

**RAPPORT DE Mme DARD,  
CONSEILLÈRE**  
assistée du Service de documentation, des études et du rapport

**Question prioritaire de constitutionnalité**

**Arrêt n° 665 du 17 février 2023 (B-R) – Assemblée plénière**

**Pourvois n° 21-86.418, 22-83.930 et 22-85.784**

**Décisions attaquées : Arrêts de la Commission d’instruction de la Cour de justice de la République des :**

- 3 novembre 2021 (pourvoi n° 21-86.418)**
- 14 juin 2022 (pourvoi n° 22-83.930)**
- 3 octobre 2022 (pourvoi n° 22-85.784)**

**Monsieur [Y] [W]**

**C/**

---

Le présent rapport concerne trois questions prioritaires de constitutionnalité formulées en des termes identiques, par mémoires spéciaux, à l’occasion de chacun des pourvois formés par M. [Y] [W] à l’encontre de trois décisions rendues par la Commission d’instruction de la Cour de justice de la République, dans le cadre d’une procédure suivie contre lui des chefs de prises illégales d’intérêts, à savoir :

- un arrêt du 3 novembre 2021 rejetant ses requêtes en nullité de divers actes de procédure et en suspension de l’information (pourvoi 2186418),
- un arrêt du 14 juin 2022 rejetant sa requête en nullité des mêmes actes de procédure (pourvoi G2283930),
- un arrêt du 3 octobre 2022, ordonnant son renvoi devant la formation de jugement de ladite Cour pour y être jugé des chefs précités (pourvoi 2285784) ;

# PLAN DU RAPPORT

## I/ LE CADRE PROCEDURAL DANS LEQUEL LES QUESTIONS SONT POSÉES

### I.1 / RAPPEL SUCCINCT DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

### I. 2 / LA RECEVABILITÉ DU POURVOI DIRIGÉ CONTRE L'ARRÊT DE RENVOI PORTANT SUR DES FAITS DE NATURE DELICTUELLE

#### I. 2.1 / Présentation de la problématique

#### I. 2. 2 / Applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale aux arrêts de renvoi rendus par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République en matière délictuelle

##### I. 2. 2. 1 / *La volonté du législateur*

##### I. 2. 2. 2 / *Les enseignements à tirer des précédents*

#### I. 2. 3 / La condition posée à l'application de l'irrecevabilité tirée de l'article 574 du code de procédure pénale : une décision satisfaisant aux conditions essentielles de son existence légale.

### I. 3 / L'EXAMEN SIMULTANÉ DES POURVOIS DIRIGÉS CONTRE LES ARRÊTS REJETANT LES REQUÊTES EN NULLITÉ

#### I. 3. 1 / Présentation de la problématique

#### I. 3. 2 / Éléments de réflexion

## II/ LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ POSÉE

### II. 1 / LE LIBELLE DE LA QUESTION

### II. 2 / LES DISPOSITIONS CONTESTÉES

### II. 3 / ANALYSE SUCCINCTE DE L'ARGUMENTATION

## III/ LES ÉLÉMENTS D'ANALYSE DE LA QUESTION POSÉE

### III. 1 / SUR LA NATURE LÉGISLATIVE DES DISPOSITIONS CONCERNÉES

### III. 2 / SUR L'INVOCATION D'UNE ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS

#### III. 2. 1 / Sur les droits et libertés invocables

##### III.2.1.1 / *Sur l'invocabilité des griefs d'incompétence négative et de méconnaissance de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

##### III. 2. 1. 2 / *sur l'invocabilité des griefs d'incompétence négative et de méconnaissance de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*

#### III. 2. 2 / Sur le périmètre des atteintes à prendre en compte pour l'analyse de la recevabilité puis du sérieux de la question

##### III. 2. 2. 1 / *La conception stricte, qui s'en tient au libellé de la question*

III. 2. 2. 2 / *La conception souple, qui se réfère au mémoire spécial pour identifier les droits et libertés constitutionnellement garantis*

III. 3 / SUR L'APPLICABILITE AU LITIGE OU A LA PROCÉDURE DES DISPOSITIONS CONTESTÉES

III. 4 / SUR L'ABSENCE DE DÉCLARATION ANTÉRIEURE DE CONFORMITE DES DISPOSITIONS CONTESTÉES A LA CONSTITUTION

III. 4. 1 / Sur l'examen antérieur d'une partie des dispositions critiquées

III. 4. 2 / Sur la possibilité de réduire le périmètre des dispositions critiquées

III. 4. 3 / Sur la notion de changement de circonstances

III. 5 / SUR LE CARACTÈRE NOUVEAU DE LA QUESTION

III. 6 / SUR LE CARACTÈRE SÉRIEUX DE LA QUESTION

III. 6. 1 / Sur l'incompétence négative

III. 6. 2 / Sur la séparation des pouvoirs

III. 6. 2. 1 / *La notion de séparation des pouvoirs et sa mise en oeuvre à l'égard de l'autorité judiciaire, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

III. 6. 2. 1 / *L'éclairage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

III. 6. 3 / Analyse des griefs formulés par M. [Y] [W]

III. 6. 3. 1 / *En l'état, la législation ne permettrait pas de se prémunir contre des atteintes disproportionnées au principe de la séparation des pouvoirs*

III. 6. 3. 2 / *La méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs et, par le législateur, de son domaine de compétence porterait atteinte aux droits de la défense et au droit au procès équitable*

III. 7. CONCLUSION

# I. LE CADRE PROCEDURAL DANS LEQUEL LES QUESTIONS SONT POSÉES

## I. 1 / RAPPEL SUCCINCT DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Suivant réquisitoire aux fins d'informer en date du 13 janvier 2021, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a été saisie, à l'encontre de M. [W] en sa qualité, à la date des faits, de membre du Gouvernement, garde des sceaux, ministre de la Justice, de faits relatifs à trois magistrats du parquet national financier (PNF) et au juge [X], du chef retenu par la commission des requêtes de prises illégales d'intérêts, délit prévu et réprimé par l'article 432-12 du code pénal, faits commis à Paris courant 2020, en tout cas depuis temps non prescrit.

Dans le cadre de cette information, la commission d'instruction, assistée par la section de recherches de la Gendarmerie de Paris et par les membres de la Commission du Secret de la Défense Nationale (CSDN), a mené une perquisition au sein des locaux du ministère de la Justice et notamment dans le bureau du ministre et dans ceux de ses secrétaires, de la directrice de cabinet, du directeur de cabinet - adjoint, du chef de cabinet et du directeur des affaires criminelles et des grâces.

Au cours de ces investigations, des documents susceptibles d'être en lien avec les faits poursuivis ont été collectés et saisis pour exploitation, les données de téléphones et d'ordinateurs ont été consultées et extraites, pour être versées sur des supports externes placés sous scellés, et il a été procédé à l'ouverture de plusieurs coffres-forts :

- un premier coffre-fort, se trouvant dans le bureau du ministre, ouvert avec l'aide d'un serrurier, s'est avéré vide ;

- il a été renoncé à l'ouverture d'un second coffre-fort, se trouvant dans le meuble supportant les sceaux et nécessitant une « clé à secret », pour éviter des dégradations majeures au mobilier national ;

- un troisième coffre-fort situé dans le couloir reliant le bureau du ministre à celui de la directrice de cabinet, Mme [Y], a été ouvert, grâce à la clé détenue par celle-ci, en présence des membres de la CSDN qui ont indiqué qu'aucun des documents classifiés qu'il contenait ne concernait la procédure en cours ;

- dans un quatrième coffre-fort placé dans le bureau de la directrice de cabinet et ouvert par un serrurier, ont été trouvées deux volumineuses enveloppes classifiées, examinées par les seuls membres de la CSDN qui ont indiqué qu'aucun de ces documents ne concernait la procédure en cours ;

- un cinquième coffre-fort, découvert dans le bureau du directeur de cabinet adjoint, M. [Z], et ouvert avec le concours d'un serrurier, s'est avéré vide.

- enfin, un coffre présent dans le bureau du chef de cabinet du ministre, M. [A] [W], ouvert par ses soins, ne comprenait pas de document intéressant l'information.

L'exploitation sur place, par la CSDN des postes téléphoniques ISIS, n'a pas révélé de message en lien avec les faits.

Le ministre a indiqué que l'ordinateur portable professionnel posé sur son bureau et branché sur le secteur était le sien mais qu'il ne l'utilisait pas. Le contenu de cet ordinateur s'est révélé vide.

Les données extraites des divers téléphones et ordinateurs ont été ultérieurement exploitées par les enquêteurs de la section de recherches, sur commission rogatoire.

Le 16 juillet 2021, M. [W] a été mis en examen, à l'issue de sa première comparution devant la commission d'instruction, du chef de prises illégales d'intérêts, pour avoir, à Paris courant 2020, et en tout cas depuis temps non prescrit, étant dépositaire de l'autorité publique en qualité de ministre de la Justice, garde des Sceaux, à compter du 6 juillet 2020, sciemment pris, reçu ou conservé, dans une entreprise ou une opération quelconque sur laquelle il exerçait un contrôle, en particulier sur la discipline des magistrats, un intérêt quelconque, au moment des actes posés, tant à l'encontre du juge [B] [X] (enquête administrative du 31 juillet 2020), que des magistrats du parquet [C] [V], [D] [U] et [E] [T] (enquête administrative du 18 septembre 2020).

Les 7 septembre 2021 et 29 avril 2022, ses avocats ont saisi la commission d'instruction de requêtes en nullité, concernant notamment la perquisition. Ce sont les requêtes qui ont donné lieu à rejet par les arrêts des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022, à l'encontre desquels des pourvois ont été formés par déclarations respectivement du 4 novembre 2021 et des 17 juin 2022.

Par arrêt du 3 octobre 2022, M. [Y] [W] a été renvoyé devant la Cour de justice de la République pour être jugé des délits pour lesquels il avait été mis en examen. Cet arrêt a été frappé de pourvoi par déclaration du jour-même.

Les 28 novembre 2022, un mémoire ampliatif a été déposé à l'appui de chacun de ces pourvois, accompagné ou suivi le lendemain, d'un mémoire spécial (séparé et motivé) formulant une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en termes identiques. Sur le plan strictement formel, la recevabilité des pourvois, et donc des questions prioritaires de constitutionnalité, ne paraît pas poser difficulté.

Il apparaît néanmoins nécessaire de s'assurer à ce stade que l'arrêt de renvoi est bien susceptible de pourvoi et que les pourvois interjetés contre les arrêts de rejet des requêtes en nullité sont examinables en même temps.

## **I. 2 / LA RECEVABILITÉ DU POURVOI DIRIGÉ CONTRE L'ARRÊT DE RENVOI PORTANT SUR DES FAITS DE NATURE DELICTUELLE**

L'arrêt attaqué par le pourvoi n° Y2285784 renvoie M. [Y] [W] devant la Cour de justice de la République pour y être jugé de délits de prise illégale d'intérêts. Au soutien de ce pourvoi, M. [W] présente un moyen unique faisant grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué sans que lui ait été préalablement notifié son droit de se taire sur les faits qui lui étaient reprochés, en violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 14.3 g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 26 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République et 199 alinéa 4 du code de procédure pénale.

## I. 2. 1 / Présentation de la problématique

Aux termes de l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 2013 sur la Cour de justice de la République<sup>1</sup>, « ***dans les conditions et formes déterminées par le titre Ier du livre III du code de procédure pénale***<sup>2</sup>, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. »

Le Titre Ier du livre III code de procédure pénale comprend les articles 567 à 621, relatifs au pourvoi en cassation, et notamment les articles 567 à 574-2 qui précisent les décisions susceptibles d'être attaquées par cette voie de recours et les conditions de celle-ci :

S'agissant des décisions ordonnant le renvoi devant une juridiction de jugement, les arrêts de mise en accusation et de renvoi devant la cour d'assises peuvent toujours être frappés de pourvoi, les arrêts de renvoi devant le tribunal correctionnel et devant le tribunal de police ne peuvent l'être que dans certains cas précisés par la loi et la jurisprudence.

En matière criminelle, si la chambre de l'instruction apprécie souverainement sur le plan factuel tous les éléments constitutifs des crimes, la Cour de cassation vérifie si la qualification qu'elle a donnée aux faits justifie le renvoi du mis en examen devant la cour d'assises (Crim., 20 juin 1978, pourvoi n° 78-91.367, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N 203 p0529 ; Crim., 20 août 1986, pourvoi n° 86-92.877, Bull. crim. 1986 N° 244). En effet, ainsi que l'expliquent Jacques et Louis Boré<sup>3</sup>, l'arrêt de mise en accusation étant attributif de compétence, c'est à ce stade que l'accusé doit contester, s'il y a lieu, la compétence de la cour d'assises. Par ailleurs, l'arrêt de renvoi purgeant toutes les nullités antérieures, l'accusé devra également soulever tous les vices de la procédure, étant toutefois précisé qu'il ne sera en principe recevable à le faire, que s'il les a préalablement invoqués devant la chambre de l'instruction (article 595 du code de procédure pénale). En revanche, il peut toujours soumettre à la chambre criminelle les vices affectant l'arrêt de renvoi lui-même.

Pour sa part, l'article 574 du code de procédure pénale limite la recevabilité des pourvois formés à l'encontre des arrêts de renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police, aux seuls cas où ces arrêts statuent sur la compétence ou présentent des dispositions que la juridiction de jugement n'a pas le pouvoir de modifier<sup>4</sup>. Autrement dit, la faculté de pourvoi étant extrêmement réduite, il est de principe que le pourvoi formé contre des décisions de renvoi en matière correctionnelle ou contraventionnelle est irrecevable.

---

<sup>1</sup> ci-après simplement désignée « la loi organique »

<sup>2</sup> surligné par le rapporteur, cette mention valant pour la suite du rapport.

<sup>3</sup> La cassation en matière pénale, Dalloz action, 2018/2019, n° 21.08 et 21.09.

<sup>4</sup> Cela a été le cas d'un arrêt qui, statuant sur appel de la partie civile, a ordonné le renvoi devant la juridiction de jugement, après qu'un supplément d'information préalablement ordonné avant-dire-droit par la chambre de l'instruction, ait conduit à la mise en examen du mis en cause (Crim., 13 janvier 1988, pourvoi n° 84-95.047, Bull. crim. 1988 N° 18) C'est également le cas de façon plus générale d'un arrêt infirmant une ordonnance de non-lieu sur le seul appel de la partie civile (voir en ce sens. J et L. Boré, op. cit n°21.42.). Sont aussi concernées les dispositions portant sur les nullités de la procédure (idem, n° 21.44)

Cependant, il est de jurisprudence constante<sup>5</sup> que l'irrecevabilité qui en résulte est subordonnée à l'exigence que les décisions attaquées « *satisfassent aux conditions essentielles de leur existence légale* ».

## **I. 2. 2 / Applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale aux arrêts de renvoi rendus par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en matière délictuelle**

### *I. 2. 2. 1 / La volonté du législateur*

Il est renvoyé sur ce point au développement que lui a consacré Mme la conseillère Durin-Karsenty, dans son rapport portant sur le pourvoi n° 16-80.133 :

*« Les travaux parlementaires relatifs à la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 montrent des divergences de vue entre le Sénat et l'Assemblée nationale sur l'institution de voies de recours à l'encontre des arrêts de la Cour de justice de la République. Le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale s'était montré défavorable à l'idée même d'un pourvoi en cassation contre les décisions prises par la Cour de justice elle-même, ou un de ses organes, en soulignant que cette juridiction, "même saisie selon une procédure de nature judiciaire, devait conserver un caractère de juridiction politique qu'elle perdrait, à l'évidence, si ses décisions tombaient sous le contrôle de la Cour de cassation" (A. Fanton, rapport au nom de la Commission des lois, 17 juin 1993, n° 356. Cité par B. Challe, rapport sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 2003 (n° 01-87-092, bull n°2), publié au BICC, n° 582 du 1<sup>er</sup> août 2003).*

*En l'absence d'accord entre les deux Assemblées, la question des voies de recours contre les arrêts de la commission d'instruction et la Cour de justice de la République, a été renvoyée à une loi organique. Le projet de loi organique (Projet de loi organique n°504 présenté par le Garde des Sceaux le 10 septembre 1993) a prévu la possibilité d'un pourvoi en cassation des arrêts de la commission d'instruction et de la Cour de justice de la République, en s'inspirant des recommandations du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, et des auditions de P. Draï et M. L. Gondre devant la commission de lois du Sénat, qui étaient à l'époque respectivement premier président de la Cour de cassation et président de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice. (Rapport au Président de la République du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO 16 février 1993, p.2537 et s.)*

*Lors de la discussion du projet de loi, le rapporteur à la Commission des lois de l'Assemblée nationale a renouvelé son hostilité de principe à la possibilité d'un pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice en s'exprimant ainsi : **"l'article 68-1 de la Constitution, inséré dans un titre particulier suivant celui consacré à la Haute Cour de justice et non dans le titre VIII "De l'autorité judiciaire", n'a pas créé une nouvelle juridiction répressive placée au sein de la hiérarchie judiciaire que couronne la Cour de cassation, mais une institution sui generis analogue dans sa nature, comme d'ailleurs dans sa composition, à la Haute Cour de justice. Le législateur peut lui rendre applicable certaines règles -essentiellement formelles- tirées du droit commun de la procédure pénale, ne serait-ce que pour ne pas avoir à élaborer sans nécessité toute une procédure particulière. Mais il n'est nullement tenu de lui imposer le respect de celles qu'il juge incompatibles avec sa nature. Ainsi en va-t-il justement du principe du double degré de juridiction et***

---

<sup>5</sup> voir infra, jurisprudence citée en I.2.3

**de son corollaire, la reconnaissance de la recevabilité des pourvois en cassation**". (Rapport au nom de la Commission des lois, 17 juin 1993, n° 356)

*En conclusion de son argumentation, le rapporteur a déclaré "qu'une solution consistant à admettre ce pourvoi au sein de la Commission d'instruction et à l'exclure à celui du jugement prononcé par la Cour de justice est sans doute la plus équilibrée en termes d'opportunité". C'est sur cette base que l'Assemblée nationale, puis le Sénat, ont adopté les termes de l'article 24 précité de la loi organique. Parallèlement, l'article 33 ouvre le pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice de la République, et renvoie au code de procédure pénale quant aux conditions et formes du recours. »*

Mme Durin-Karsenty le concluait en ces termes :

*« On peut donc avancer l'idée que le pourvoi contre les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est le résultat d'un compromis, tendu vers la recherche d'un équilibre entre une institution sui generis qui consacre un régime de responsabilité pénale particulier et le principe d'attractivité des règles de droit commun dans la mesure où ces règles sont compatibles avec l'article 68-1 de la Constitution et avec la loi organique. »*

On relèvera que l'article 574 du code de procédure pénale introduit une distinction non pas selon la nature des faits pour lesquels le renvoi est ordonné, mais selon les juridictions devant lesquelles l'intéressé est renvoyé, et qu'à ce titre, sa rédaction ne vise que le tribunal correctionnel ou le tribunal de police.

Il pourrait dès lors être considéré que le renvoi fait par l'article 24 aux règles de droit commun ne concernerait que les règles de forme et de délais conditionnant la recevabilité des pourvois.

#### *I. 2. 2. 2 / Les enseignements à tirer des précédents*

Il semble se dégager de l'étude des précédents les plus significatifs et les plus récents qu'implicitement, l'Assemblée plénière écarte les dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale aux pourvois interjetés à l'encontre de décisions de la commission d'instruction ordonnant le renvoi pour des faits délictuels :

Ainsi, le pourvoi formé contre un arrêt ordonnant le renvoi pour des faits de cette nature **a-t-il été rejeté par voie de conséquence du rejet d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt distinct** ayant rejeté une requête en nullité de l'information (Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-87.092, 03-80.734, Bull. crim. 2003, n° 2).

Par trois arrêts (Ass. plén., 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.690, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 2, Ass. plén., 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.691, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 3, Ass. plén., 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.692, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 4), l'Assemblée plénière a également rejeté les pourvois formés à l'encontre d'arrêts de renvoi pour des faits soit de corruption passive par une personne dépositaire de l'autorité publique, soit de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel d'abus de biens sociaux, en adoptant la motivation suivante :

*« Le demandeur n'a déposé au greffe aucun mémoire exposant ses moyens de cassation ;*

*Attendu qu'aucun moyen n'est produit au soutien du pourvoi ;*

*Et attendu que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente ; que la procédure est régulière ».*

Dans une autre espèce, l'Assemblée plénière, saisie d'un pourvoi formé contre un arrêt ayant ordonné un renvoi du chef de négligence par personne dépositaire de l'autorité publique ayant permis un détournement de fonds publics par des tiers, a accepté d'examiner d'une part, le moyen faisant grief à l'arrêt d'avoir statué sans attendre l'issue de la procédure pendante devant une juridiction de droit commun sur les poursuites exercées contre des tiers du chef de détournement de fonds publics, et, d'autre part, celui critiquant les motifs par lesquels la commission d'instruction avait retenu à l'encontre du prévenu l'existence de charges suffisantes du délit retenu contre lui. (Ass. plén., 22 juillet 2016, pourvoi n° 16-80.133, Bull. crim. 2016, Ass. plén, n° 1)

Enfin, l'Assemblée plénière a également accepté de statuer sur le pourvoi formé contre un premier ministre à l'encontre d'un arrêt de renvoi devant la Cour de justice de la République des chefs de complicité et de recel d'abus de biens sociaux, alors que les griefs invoqués portaient d'une part sur les motifs par lesquels la commission avait rejeté l'exception d'autorité de chose jugée de la décision du Conseil constitutionnel validant les comptes de la campagne présidentielle de l'intéressé, d'autre part, sur les éléments retenus par la commission d'instruction pour décider de l'existence de charges suffisantes de commission des délits visés (Ass. plén., 13 mars 2020, pourvoi n° 19-86.609).

Il est à noter que dans ces deux derniers cas, l'Assemblée plénière, statuant sur la base de rapports évoquant clairement la question de l'applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale (rapports de Mme la conseillère Dominique Durin-Karsenty, p. 19 à 26 et de M. le conseiller Christian Guéry, p. 40 à 45), **a accepté d'examiner des moyens critiquant des dispositions ne liant pas les juges du fond, telles celles sur les charges ou sur la qualification.**

**Elle a également montré à ces deux occasions que dans ce domaine, elle exerçait sur les arrêts de renvoi rendus en matière correctionnelle, un contrôle de même nature qu'en droit commun sur les arrêts de mise en accusation**, en retenant, après avoir rappelé l'appréciation souveraine des faits par la commission d'instruction, que « *la Cour de cassation, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République* ».

### **I. 2. 3 / La condition posée à l'application de l'irrecevabilité tirée de l'article 574 du code de procédure pénale : une décision satisfaisant aux conditions essentielles de son existence légale**

Il est de jurisprudence constante (Crim., 29 mai 1985, pourvoi n° 84-90.720, Bull. crim. 1985 n° 202 ; Crim., 14 juin 1988, pourvoi n° 87-84.751, Bull. crim. 1988 N° 269 ; Crim., 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-80.914, Bull. crim. 2005, n° 202 ), que si le pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel est en principe irrecevable c'est à la condition que la décision satisfasse, [en la forme<sup>6</sup>], aux conditions essentielles de son existence légale.

Ainsi que l'expliquent Jacques et Louis Boré<sup>7</sup>, il s'agit là de l'application d'un principe général selon lequel la voie de la cassation est toujours ouverte en cas d'excès de

---

<sup>6</sup> Précision ajoutée par la troisième décision citée

<sup>7</sup> Op. Cit n° 04.16 et 21.61

pouvoir ou de décision ne satisfaisant pas aux conditions essentielles de son existence légale.

Pour le cas où l'Assemblée plénière serait amenée à considérer que l'article 574 du code de procédure pénale a vocation à s'appliquer, elle devra donc rechercher, la décision ne statuant pas sur la compétence ni ne comportant de dispositions s'imposant à la juridiction de jugement saisie, si le grief invoqué n'affecte pas une condition essentielle de l'existence légale de l'arrêt de renvoi.

Au vu de la jurisprudence ayant écarté l'application de l'article 574 du code de procédure pénale, il sera observé qu'ont été considérés comme tels :

- l'omission de se prononcer sur une demande des inculpés (Crim., 29 mai 1985, pourvoi n° 84-90.720, Bull. crim. 1985 n° 202),
- le fait que le mis en examen ou son avocat n'avait pas eu la parole en dernier (Crim., 3 mai 1990, pourvoi n° 90-80.226, Bull. crim. 1990 N° 167 ; Crim., 22 mai 2001, pourvoi n° 00-86.586, Crim., 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-80.914, Bull. crim. 2005, n° 202 , Crim., 25 août 2021, pourvoi n° 21-83.238),
- l'existence de mentions contradictoires ne permettant pas de vérifier la composition de la juridiction ayant rendu la décision (Crim., 18 avril 1988, pourvoi n° 87-82.439, Bull. crim. 1988 N° 159),
- la composition irrégulière de la juridiction ayant rendu la décision (Crim., 14 juin 1988, pourvoi n° 87-84.751, Bull. crim. 1988 N° 269).

A la connaissance du rapporteur, la chambre criminelle n'a pas eu l'occasion de dire si la notification du droit de garder le silence lors des débats l'ayant précédé constituait « *une condition essentielle de l'existence légale* » d'un arrêt ordonnant le renvoi d'un prévenu devant le tribunal correctionnel et rendait à ce seul titre son pourvoi recevable.

En effet, si la chambre criminelle a eu l'occasion de statuer sur des pourvois formés contre des arrêts de renvoi pour méconnaissance de l'obligation de notification du droit au silence, il s'agissait d'arrêts de renvois devant la cour d'assises qui sont toujours susceptibles de pourvois (Crim., 14 mai 2019, pourvoi n° 19-81.408, Bull. crim. 2019, n° 92 ; Crim., 27 mai 2020, pourvoi n° 20-81.474 ; Crim., 4 juin 2020, pourvoi n° 20-81.777 ; Crim., 11 mai 2022, pourvoi n° 22-81.159).

### **I. 3 / L'EXAMEN SIMULTANÉ DES POURVOIS DIRIGES CONTRE LES ARRETS REJETANT LES REQUÊTES EN NULLITÉ**

#### **I. 3. 1 / Présentation de la problématique**

Ainsi que l'expliquent Jacques et Louis Boré<sup>8</sup>, les articles 570 et 571 du code de procédure pénale organisent par principe un examen différé des pourvois formés contre les arrêts avant-dire-droit (au sens large) qui ne sont examinés qu'avec le pourvoi qui sera éventuellement formé contre l'arrêt de fond (et donc qu'à condition que ce pourvoi existe), à moins que le président de la chambre criminelle estime qu'il est de l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice de faire droit à une requête du demandeur tendant à ce que le pourvoi soit déclaré immédiatement recevable.

---

<sup>8</sup> Op. Cit. n° 15.09

Ils poursuivent en ces termes : « *Il faut se garder d'une confusion : le pourvoi formé contre une décision avant dire droit n'est pas irrecevable. Bien au contraire, il doit être formé immédiatement, à peine d'irrecevabilité. Si l'on attend la décision sur le fond pour attaquer la décision avant dire droit, le pourvoi contre celle-ci sera irrecevable comme tardif, sauf devant la cour d'assises*<sup>9</sup>. *Cependant, le pourvoi formé immédiatement n'est examiné qu'en même temps que le pourvoi contre l'arrêt sur le fond, sauf autorisation du président de la Chambre criminelle.* »

Des arrêts de chambre de l'instruction rejetant des requêtes en nullité de l'information sont constitutifs d'arrêts avant-dire-droit. C'est la raison pour laquelle à l'occasion des pourvois n° S2186418 et G2283930 formés à l'encontre des arrêts de la commission d'instruction des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022 rejetant les requêtes en nullité de M. [W], des requêtes aux fins d'examen immédiat de ces pourvois ont été déposées. Par ordonnances respectivement en date des 1<sup>er</sup> décembre 2021 et 13 juillet 2022, le premier président de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de les admettre en l'état, de sorte qu'ils ne doivent être examinés qu'avec les arrêts sur le fond.

Traditionnellement, les arrêts de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police étaient considérés, à l'instar des arrêts de mise en accusation, comme des arrêts de fond. Sous réserve de la recevabilité du pourvoi formé à l'encontre d'un tel arrêt de renvoi (cf par exemple : Crim., 11 octobre 2016, pourvoi n° 09-88.080, 16-84.684 ; Crim., 4 mai 2016, pourvoi n° 14-86.999, 15-83.818) les pourvois contre les décisions avant-dire-droit faisaient alors l'objet d'un examen contemporain à celui-ci.

Cependant, la jurisprudence de la chambre criminelle a récemment évolué et les arrêts de renvoi devant la juridiction correctionnelle de droit commun ne paraissent plus considérés comme des arrêts de fond (Crim., 20 février 2019, pourvoi n° 18-86.897, 17-86.951, Bull. crim. 2019, n° 4210; Crim., 25 août 2021, pourvoi n° 21-83.238).

D'ailleurs, il y a peu, la chambre criminelle (Crim., 20 avril 2022, pourvoi n° 12-85.641, 22-80.906, 19-81.886) a dit n'y avoir lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité critiquant cette nouvelle solution jurisprudentielle, la question ne présentant pas un caractère sérieux pour les motifs suivants :

*« 5. En premier lieu, la disposition critiquée, telle qu'interprétée de façon claire et constante par la Cour de cassation en ce qu'un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel n'est pas un arrêt sur le fond permettant l'examen des précédents pourvois formés par la personne mise en examen contre les arrêts ne mettant pas fin à la procédure et qui n'ont pas fait l'objet d'un examen immédiat, n'a pour effet que de différer, dans certains cas, dans l'intérêt de l'ordre public et d'une bonne administration de la justice, l'examen de ces pourvois et ne porte pas atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif.*

---

<sup>9</sup> Cela concerne les pourvois formés à l'encontre des arrêts rendus sur incidents contentieux au cours des débats devant cette juridiction, ainsi qu'il résulte de l'article 316, alinéa 2, du code de procédure pénale.

<sup>10</sup> Le sommaire de cet arrêt est ainsi rédigé : « *n'est pas un arrêt sur le fond au sens des articles 570 et 571 du code de procédure pénale la décision rendue par la chambre de l'instruction qui, saisie sur le fondement de l'article 186-3 du même code, confirme l'ordonnance du juge d'instruction renvoyant la personne mise en examen devant le tribunal correctionnel* ». Il est précisé que l'article 186-3 régit les conditions, au demeurant très limitées » dans lesquelles l'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel est recevable.

6. En second lieu, la différence de traitement qui résulte de l'interprétation jurisprudentielle constante selon laquelle l'arrêt de mise en accusation constitue en revanche, au sens de ce texte, un arrêt sur le fond, ne porte pas atteinte au principe d'égalité, dès lors que les accusés, qui vont comparaître devant la cour d'assises, dont la compétence est irrévocablement fixée par l'arrêt de mise en accusation et qui est en partie composée d'un jury, devant lequel aucun doute sur la régularité de la procédure d'instruction ne peut subsister, sont placés à cet égard dans une situation procédurale différente de celle des prévenus qui comparaîtront devant le tribunal correctionnel. »

Il reste néanmoins à déterminer si cette nouvelle jurisprudence est applicable aux arrêts de renvoi devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République, pour des faits de nature délictuelle.

### I. 3. 2 / **Eléments de réflexion**

Avant que n'intervienne cette évolution jurisprudentielle, l'Assemblée plénière avait déjà examiné à l'occasion d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la commission d'instruction ordonnant le renvoi d'un ministre devant la formation de jugement, un pourvoi formé **contre une décision antérieure** de cette commission statuant sur une requête en nullité, dont l'examen immédiat n'avait pas été admis (Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-87.092, 03-80.734, Bull. crim. 2003, n° 2).

Dans son arrêt du 13 mars 2020 (Ass. plén., 13 mars 2020, pourvoi n° 19-86.609), la Cour de cassation a persisté dans le même sens puisqu'elle a tout à la fois examiné les pourvois formés contre trois arrêts du 21 décembre 2017 par lesquels la commission d'instruction rejetait les requêtes du mis en examen tendant à faire déclarer prescrite l'action publique concernant certains faits et à faire annuler certains actes d'instruction, et l'arrêt du 30 septembre 2019 ordonnant son renvoi devant la juridiction de jugement.

Dans son avis, M. le premier avocat général Frédéric Desportes consacrait un développement à l'application de l'article 570 du code de procédure pénale, en ces termes<sup>11</sup> :

*« Par ailleurs, s'agissant des trois pourvois [...], dès lors qu'ils ont fait l'objet d'ordonnances du premier président disant n'y avoir lieu à leur examen immédiat, ils sont appelés à être examinés en même temps que le pourvoi formé contre "l'arrêt sur le fond", conformément à l'interprétation constante de l'article 570 du code de procédure pénale donnée par la chambre criminelle (Interprétation constante des dispositions de l'article 570 du CPP par la chambre criminelle, v. not. Crim. 7 juin 1963, 7 juin 1963, n° 63-90.694, Bull. n° 194). Or, au même titre que les arrêts de renvoi rendus par la chambre de l'instruction, l'arrêt de renvoi rendu par la commission d'instruction doit être regardé comme un "arrêt sur le fond" au sens de l'article précité (Pour les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction, v. Crim. 1er sept. 1987 n° 85-92.518, 87-83.370, Bull. n° 308 ; Crim. 14 mars 1989, n° 88-84.761 ; Crim. 27 nov. 1997, n° 97-81.901 et 97-84.568, Bull. n° 406 ; Crim. 15 sept. 1999, n° 98-86.569, 99-84.251, Bull. n° 185 - Pour les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, v. examinant concomitamment les pourvois formés respectivement, contre un arrêt statuant sur une requête en annulation et contre l'arrêt de renvoi : Ass. Plén. 6 juin 2003, préc. ; Ass. Plén. 17 juill. 2009, préc.). Il en résulte qu'à l'occasion du pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt du 30 septembre 2019 doivent être examinés les trois pourvois qui avaient été formés dans la même affaire contre les arrêts de la commission d'instruction dont le premier président n'avait pas prescrit l'examen immédiat. »*

---

<sup>11</sup> p.6, § I.1.3.2

Le rapport de M. le conseiller Guéry s'inscrivait également dans le sillage de la jurisprudence antérieure à l'évolution ci-dessus soulignée<sup>12</sup>.

On relèvera par ailleurs que pour rejeter les requêtes de M. [W] en examen immédiat des deux pourvois en cause, le premier président a ainsi motivé ses décisions :

*« L'arrêt attaqué entre dans les prévisions des textes susvisés, mais ni l'intérêt de l'ordre public ni celui d'une bonne administration de la justice ne commandent qu'il soit statué dès à présent sur le pourvoi dont il fait l'objet. »*

***En effet, l'examen de ce pourvoi serait, de plein droit, soumis à l'assemblée plénière de la Cour de cassation si un recours venait à être formé contre la décision de la commission d'instruction portant règlement de l'information. »***

En outre, il ne faut pas omettre la spécificité de la procédure instituée par la loi organique, puisque d'une part, les décisions rendues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne sont jamais susceptibles d'une autre voie de recours que le pourvoi en cassation, et que, d'autre part, les requêtes en nullité sont examinées par la juridiction qui mène l'instruction.

A ce dernier égard, on rappellera que par deux fois, l'Assemblée plénière a jugé que les garanties de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas méconnues lorsque la commission d'instruction de la Cour de justice de la République statue sur la régularité des actes de l'information qu'elle a elle-même conduite, en application de l'article 23 de la loi organique, **dès lors qu'elle se prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière qui a, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit** (Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-87.092, 03-80.734, Bull. crim. 2003, n° 2 ; Ass. plén., 13 mars 2020, pourvoi n° 19-86.609).

Enfin, il pourrait être retenu que la formation de jugement de la Cour de justice de la République est en partie composée de parlementaires, devant lesquels *« aucun doute sur la régularité de la procédure d'instruction ne peut subsister »*, pour reprendre la formule de l'arrêt précité du 20 avril 2022, à propos du jury d'assises.

### **III/ LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ POSÉE**

Pour la suite du rapport, pour des raisons de commodités rédactionnelles, la question (identique dans les trois pourvois) sera évoquée au singulier.

Cette identité devra d'ailleurs conduire à envisager **soit la jonction des pourvois** (à l'instar de ce qui a été décidé dans l'arrêt suivant : Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 20-15.928, 20-15.975, 20-15.976, 20-15.954, 20-15.955, 20-15.978, 20-15.934, 20-15.980, 20-15.933, 20-15.956, 20-15.979, 20-15.958, 20-15.981, 20-15.959, 20-15.937, 20-15.961, 20-15.939, 20-15.963, 20-15.941, 20-15.942, 20-15.966, 20-15.967, 20-15.923, 20-15.947, 20-15.970, 20-15.925, 20-15.971, 20-15.926, 20-15.949 <sup>13</sup>) **soit la**

---

<sup>12</sup> p. 45 à 48

<sup>13</sup> Cas d'une question posée dans des termes identiques à l'occasion de plusieurs pourvois formés dans le cadre d'instances distinctes opposant des salariés au même employeur

**jonction des questions** (ainsi qu'il a été pratiqué dans les arrêts suivants : 3e Civ., 1 avril 2021, pourvoi n° 20-17.133, 20-17.13414; Crim., 23 septembre 2020, pourvoi n° 20-80.78615 ; Soc., 10 septembre 2019, pourvoi n° 19-12.025, 19-12.026, 19-12.027<sup>16</sup>).

## II. 1 / LE LIBELLE DE LA QUESTION

La question est rédigée dans les termes suivants :

**« Les dispositions des articles 56, 57, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 ? »**

## II. 2 / LES DISPOSITIONS CONTESTÉES

Avertissement préalable : dans les développements qui suivent, il sera, sauf précision contraire, fait état des dispositions du code de procédure pénale dans leur rédaction en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2021, date à laquelle a eu lieu la perquisition en cause.<sup>17</sup>

Les articles 56 et 57 du code de procédure pénale s'inscrivent dans un corpus de règles afférentes à la conduite des enquêtes de flagrance et concernent plus particulièrement les conditions dans lesquelles il peut être procédé à des perquisitions et saisies.

Aux termes de l'article 56 :

*« Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désarmer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. L'officier de police judiciaire peut également se transporter en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal, pour y procéder à une perquisition aux fins*

---

<sup>14</sup> Cas d'une question posée dans des termes identiques à l'occasion de deux pourvois formés contre des arrêts d'expropriation distincts rendus au bénéfice de la même entité.

<sup>15</sup> Cas de deux questions connexes posées de façon séparée à l'occasion d'un même pourvoi.

<sup>16</sup> Cas d'une question posée dans des termes identiques à l'occasion de plusieurs pourvois formés dans le cadre d'instances distinctes opposant des salariés au même employeur .

<sup>17</sup> Cette mention vaut surtout pour l'article 56-1 du code de procédure pénale qui a été modifié par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021.

*de saisie de ces biens ; si 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 ce même article, elle doit être préalablement autorisée par le procureur de la République. Lorsque l'enquête porte sur des infractions de violences, l'officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instructions du procureur de la République, procéder à la saisie des armes qui sont détenues par la personne suspectée ou dont celle-ci a la libre disposition, quel que soit le lieu où se trouvent ces armes.*

*Il a seul, avec les personnes désignées à l'article 57, art. 1er) du présent code, les fonctionnaires et agents agissant dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 28 et celles auxquelles il a éventuellement recours en application de l'article 60, le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie.*

***Toutefois, sans préjudice de l'application des articles 56-1 à 56-5, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.***

*Tous objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition suivant les modalités prévues à l'article 57.*

*Il est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous-main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition.*

*Si une copie est réalisée, il peut être procédé, sur instruction du procureur de la République, à l'effacement définitif, sur le support physique qui n'a pas été placé sous main de justice, des données informatiques dont la détention ou l'usage est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes ou des biens.*

*Avec l'accord du procureur de la République, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets, documents et données informatiques utiles à la manifestation de la vérité, ainsi que des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal.*

*Le procureur de la République peut également, lorsque la saisie porte sur des espèces, lingots, effets ou valeurs dont la conservation en nature n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des personnes intéressées, autoriser leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Banque de France ou sur un compte ouvert auprès d'un établissement bancaire par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués.*

*Lorsque la saisie porte sur des billets de banque ou pièces de monnaie libellés en euros contrefaisants, l'officier de police judiciaire doit transmettre, pour analyse et identification, au moins un exemplaire de chaque type de billets ou pièces suspectés faux au centre d'analyse national habilité à cette fin. Le centre d'analyse national peut procéder à l'ouverture des scellés. Il en dresse inventaire dans un rapport qui doit mentionner toute ouverture ou réouverture des scellés. Lorsque les opérations sont terminées, le rapport et les scellés sont déposés entre les mains du greffier de la juridiction compétente. Ce dépôt est constaté par procès-verbal.*

*Les dispositions du précédent alinéa ne sont pas applicables lorsqu'il n'existe qu'un seul exemplaire d'un type de billets ou de pièces suspectés faux, tant que celui-ci est nécessaire à la manifestation de la vérité.*

*Si elles sont susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces opérations. »*

Quant à l'article 57, alinéa 1<sup>er</sup>, il est ainsi rédigé :

**« Sous réserve des articles 56-1 à 56-5 et du respect du secret professionnel et des droits de la défense mentionnés 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. »**

Les articles 56-1 et 56-5 auxquels l'un et l'autre de ces textes font référence comportent des dispositions spécifiques destinées à assurer la protection de certains secrets et de certains droits :

Il s'agit des perquisitions diligentées

- dans un cabinet d'avocat ou à son domicile, dans les locaux de l'ordre des avocats ou dans ceux des caisses de règlement pécuniaire des avocats (art. 56-1),
- 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 lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle (art. 56-2),
- dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier (art. 56-3),
- dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale (art. 56-4),
- dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles, si les perquisitions tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré (art. 56-5).

Ces perquisitions ne peuvent être effectuées que par un magistrat.

Sans rentrer dans le détail de chacun des régimes, on relèvera qu'ils exigent le plus souvent :

- une décision écrite et motivée préalable de ce magistrat (dans les locaux abritant des éléments couverts par le secret défense, dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant une fonction juridictionnelle pour les perquisitions tendant à la saisie de documents couverts par le secret du délibéré, dans les locaux d'une entreprise de presse ou assimilés, dans le cabinet d'un avocat et locaux assimilés),
- la présence d'une personne particulièrement qualifiée pour veiller au respect du secret ou droit protégé : soit selon le cas, le bâtonnier de l'ordre des avocats (qui a seul le droit avec le magistrat de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie et peut s'opposer à celle-ci s'il l'estime irrégulière, l'objet ou document étant alors placé sous scellé fermé

et la contestation, soumise au juge des libertés et de la détention<sup>18</sup>), le responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle (pour les médecins, notaires ou huissiers), le président de la Commission du secret de la défense nationale - ou son représentant ou délégué - (qui a seul pouvoir de prendre connaissance des éléments classifiés et d'en dresser l'inventaire quand ils sont saisis, ledit président en étant nécessairement institué gardien, avant éventuelle déclassification et communication), le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la Cour de cassation - ou son délégué - (qui 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),

- que le magistrat veille, selon les cas, à ce que les investigations conduites « *ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat* » (art. 56-1, alinéa 2), « *respectent le libre exercice de la profession de journaliste, ne portent pas atteinte au secret des sources [...] et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information* » (art. 56-2, alinéa 5), ou « *ne portent pas atteinte à l'indépendance de la justice* » (art. 56-5, alinéa 2).

S'agissant enfin de l'article 96 du code de procédure pénale, inséré dans les dispositions relatives aux transports, perquisitions et saisies réalisés par le juge d'instruction, il dispose :

*« Si la perquisition a lieu dans un domicile autre que celui de la personne mise en examen, la personne chez laquelle elle doit s'effectuer est invitée à y assister. Si cette personne est absente ou refuse d'y assister, la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés présents sur les lieux ou, à défaut, en présence de deux témoins.*

*Le juge d'instruction doit se conformer aux dispositions des articles 57 (alinéa 2) et 59. Toutefois, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.*

*Les dispositions des articles 56 et 56-1 à 56-5 sont applicables aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction. »*

Précisons que l'article 57, alinéa 2, régit le cas où la personne au domicile de laquelle ont lieu les opérations ne peut y assister et, l'article 59, la tranche horaire dans laquelle celles-ci peuvent commencer.

## **II. 3 / ANALYSE SUCCINCTE DE L'ARGUMENTATION**

La loi a instauré des garanties particulières, renforcées par rapport à celles du droit commun, pour des perquisitions réalisées dans certains lieux, qui, intrinsèquement, abritent des secrets, ou constituent le siège naturel de l'exercice de certaines activités dont la liberté et l'indépendance doivent être assurées.

En dehors du code de procédure pénale, des régimes protecteurs existent également en faveur des lieux d'exercice du pouvoir législatif, puisqu'une perquisition ne peut avoir

---

<sup>18</sup> A noter que dans les entreprises de presse, il n'est pas prévu le recours à une autre personne que celle visée à l'article 57, mais que celle-ci a également seule le droit, avec le magistrat, de prendre connaissance des documents et objets découverts avant leur éventuelle saisie et peut user d'une faculté d'opposition identique à celle du bâtonnier pour le cas où elle considérerait que cette saisie est irrégulière au regard du libre exercice de la profession de journaliste, de l'atteinte portée au secret des sources ou d'un retard injustifié porté à la diffusion de l'information.

lieu à l'Assemblée nationale ou au Sénat qu'avec l'autorisation du président de l'assemblée concernée. Une protection existe également à l'égard des lieux affectés à la diplomatie puisqu'en vertu de l'article 22 alinéa 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, les locaux et les moyens de transport de la mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition. Le Président de la République ne peut non plus faire l'objet d'aucun acte d'information ou d'instruction, ainsi qu'il résulte de l'article 67 de la Constitution et le pouvoir judiciaire est lui-même protégé contre toute immixtion du pouvoir exécutif ou législatif par l'article 64.

En revanche, en l'absence de dispositions spécifiques, les perquisitions effectuées dans des ministères, lieu d'exercice du pouvoir exécutif, sont soumises au droit commun et ne bénéficient d'aucune garantie particulière pour prévenir d'éventuels excès, nonobstant la confidentialité ou la sensibilité de certains éléments qui s'y trouvent et qui ne sont pas nécessairement couverts par le secret défense, lequel en outre n'a pas pour objet de préserver la séparation des pouvoirs.

Car précisément cette situation expose de façon excessive le principe de séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et « *affecte manifestement les droits et libertés garantis par la Constitution aux titres desquels figurent les droits de la défense et le droit au procès équitable.* »

Or, l'article 34 de la Constitution disposant que la loi fixe les règles concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et « *la procédure pénale* », les dispositions législatives critiquées sont entachées d'incompétence négative, en ce que le législateur a omis de prévoir les garanties constitutionnellement requises pour assurer la protection des droits et libertés dans le cadre de la perquisition d'un ministère.

### **III. LES ÉLÉMENTS D'ANALYSE DE LA QUESTION POSÉE**

Aux termes des articles 23-2, 23-4 et 23-5 de 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, la Cour de cassation procède à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui est fondée sur une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, si les conditions suivantes, qu'il conviendra d'examiner successivement, sont remplies :

- la disposition contestée, de nature législative, est applicable au litige ou la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

#### **III. 1 / SUR LA NATURE LÉGISLATIVE DES DISPOSITIONS CONCERNÉES**

Les dispositions du code de procédure pénale sont de nature législative.

### III. 2 / SUR L'INVOCATION D'UNE ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS

#### III. 2. 1 / Sur les droits et libertés invocables

La question prioritaire de constitutionnalité, telle qu'elle est rédigée, ne vise que l'atteinte portée à la séparation des pouvoirs, dont le principe est garanti par l'article 16 de la DDHC, et à l'article 34 de la Constitution qui fixe le domaine de la loi.

Le requérant y soulève le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa compétence, dans des conditions de nature à entraîner une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs. Est donc visée une situation d'incompétence négative où le législateur serait réputé s'être abstenu d'assortir un dispositif relevant de sa compétence de garanties suffisantes pour assurer la protection d'un principe constitutionnel.

Or, selon l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité que lorsqu'il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte **aux droits et libertés que la Constitution garantit**.

En principe, ne sont donc pas invocables les normes régissant la répartition des compétences entre les institutions et le fonctionnement de celles-ci, ces normes n'instituant pas des droits dont le citoyen peut se prévaloir à titre personnel (ex : [décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010](#), cons. n° 4, à propos de l'article 34 de la Constitution, [décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010](#), cons. n° 7, à propos de la méconnaissance de la procédure d'adoption de la loi). Cependant, l'incompétence négative et la séparation des pouvoirs obéissent à un régime particulier :

#### III. 2. 1. 1 / Sur l'invocabilité des griefs d'incompétence négative et de méconnaissance de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

□ S'agissant de l'incompétence négative :

Dans un considérant de principe, le Conseil constitutionnel a jugé 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 est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit*** » ([Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010](#), cons. n°3).

Il a ensuite précisé la portée de cette solution en ces termes : « *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*** » ([décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012](#), cons. n° 3).

Depuis lors, cette formulation est désormais constante ([Décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012](#) , cons. n° 3 ; [Décision n° 2013-364 QPC du 31 janvier 2014](#), cons. n° 5 ; [Décision n° 2017-678 QPC du 8 décembre 2017](#), § 8 ; [Décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021](#), § 4).

□ S'agissant de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs :

Elle a fait l'objet d'une unique décision qui transpose la jurisprudence adoptée en matière d'incompétence négative, le Conseil constitutionnel y ayant énoncé 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.* » (décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, § 9)

Et il n'a pas été identifié de cas où l'un de ces deux griefs auraient été jugés invocables dans le cadre d'une QPC, par eux-mêmes, sans affecter un droit ou une liberté constitutionnellement garantie<sup>19</sup>.

III. 2. 1. 2 / *Sur l'invocabilité des griefs d'incompétence négative et de méconnaissance de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*

□ S'agissant de la jurisprudence de la Cour de cassation :

La Cour de cassation a tiré les leçons de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en déclarant irrecevables des questions invoquant seulement une méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs ou le grief d'incompétence négative, à l'exclusion de toute atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit :

- 3e Civ., 4 février 2016, pourvoi n° 15-21.381, Bull. 2016, III, n° 24

---

<sup>19</sup> A noter que certaines décisions du Conseil ont pu être présentées comme admettant de considérer la séparation des pouvoirs comme un droit ou une liberté invocable en QPC (cf : le commentaire autorisé de la décision n°2011-129 QPC qui indiquait en p. 11 que « *la séparation des pouvoirs, souvent invoquée par les requérants dans la procédure de QPC, a été reconnue, en tant que telle, comme faisant partie des " droits et libertés que la Constitution garantit "* par le Conseil constitutionnel » en renvoyant aux décisions nos 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, cons. 13, et 2010-100 QPC, cons. 5) ou encore le commentaire autorisé de la décision n°2015-524 QPC, p. 20, renvoyant à une décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011). Cependant, ces commentaires sont antérieurs à la décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, dont le commentaire autorisé indique :

« *Dans le cadre du contrôle a posteriori, le Conseil constitutionnel a jugé que la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs au détriment des fonctions juridictionnelles peut être utilement invoquée dans le cadre d'une QPC 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 du 22 septembre 2010, 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 QPC .*

*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 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 QPC.*

*Enfin, 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 QPC.*

*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 (...)* »

Ces mêmes observations ont été reprises dans le commentaire autorisé de la décision 2017-680 QPC du 8 décembre 2017.

A une question ainsi rédigée :

« Les dispositions des articles L. 145-3 et L. 145-33 du code de commerce, selon la portée que leur a conférée la Cour de cassation par son arrêt du 19 février 2014, qui revient sur l'assujettissement des baux emphytéotiques aux modalités de révision prévues par les articles devenus L. 145-37 et suivants du code de commerce prévu par la loi n° 56-245 du 12 mars 1956 modifiant l'article 3 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, devenu l'article L. 145-3 du code de commerce, **sont-elles inconstitutionnelles en ce qu'elles méconnaissent le principe de séparation des pouvoirs qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?** » ;

il a été répondu en ces termes :

« [...] attendu qu'il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5, alinéa 3, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel que la question prioritaire de constitutionnalité doit soutenir que les textes tels qu'interprétés par la jurisprudence portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée, **qui se borne à invoquer une violation du principe de la séparation des pouvoirs, sans préciser quel droit ou liberté constitutionnellement protégé serait atteint, n'est pas recevable** ».

- 3e Civ., 17 novembre 2021, pourvoi n° 21-40.019, 21-40.018

A deux questions ainsi posées :

« En adoptant les dispositions de l'article 3 de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 par lesquelles les dispositions de l'article L. 411-58 du code rural et de la pêche maritime ont été modifiées ainsi : " si la reprise est subordonnée à une autorisation en application des dispositions du Titre III du Livre III relatives au contrôle des structures des exploitations agricoles, le tribunal paritaire peut, à la demande d'une des parties ou d'office, surseoir à statuer dans l'attente de l'obtention d'une autorisation définitive. Toutefois, le sursis à statuer est de droit si l'autorisation a été suspendue dans le cadre d'une procédure de référé " ; **le législateur a-t-il méconnu le principe général de la séparation des pouvoirs, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et l'article 19 de la Constitution<sup>20</sup> ?** »

« En modifiant les dispositions de l'article L. 411-58 du code rural et de la pêche maritime sans modifier dans le même temps les dispositions de l'article L. 411-68 du même code en ce qu'elles posent comme principe que « les dispositions des chapitres 1er (à l'exception de l'article L. 411-58, alinéas 2 à 4), II, V et VII du présent titre sont applicables aux baux à long terme » ; le législateur le 13 juillet 2006 et le 13 octobre 2014 **a-t-il commis une incompétence négative et une atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi ?** »

il a été répondu en ces termes :

---

<sup>20</sup> L'article 19 de la Constitution dispose : « Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1 alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables. »

**« 7. Les questions posées n'allèguent la méconnaissance d'aucun droit ou liberté garantis par la Constitution.**

8. Elles sont, dès lors, irrecevables. »

- 3e Civ., 1 décembre 2022, pourvoi n° 22-16.432 (seconde question)

A une question ainsi rédigée :

*« Les articles 88, 206, 209 et 230 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, et L. 353-7 et L. 353-16 du code de la construction et de l'habitation, en ce qu'il ne renferment aucune disposition prévoyant l'application de l'article 88 susvisé aux locataires dont les immeubles ont été rachetés par des bailleurs conventionnés avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 2018, et impliquent que l'option instaurée par l'article L. 353-16 du code de la construction et de l'habitation permettant aux locataires titulaires d'un bail privé au moment de l'acquisition et du conventionnement à l'aide personnalisée au logement (APL) de leur logement par un bailleur social de choisir, soit de conserver ce bail, soit de conclure un bail conforme à la convention APL, et d'échapper ainsi à des hausses brutales de loyers, soit réservée aux seuls locataires dont les immeubles ont été rachetés par des bailleurs conventionnés après l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre 2018, **contreviennent-ils aux articles 34 de la Constitution, 4 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, faute pour le législateur d'avoir exercé pleinement sa compétence, dans des conditions entachant la loi d'un vice d'incompétence négative ?** »*

il a été répondu en ces termes :

**« 9. La question posée ne précise pas en quoi les dispositions législatives critiquées porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.**

10. Elle est, dès lors, irrecevable. »

En revanche, la Cour de cassation accepte d'examiner le sérieux de la question, lorsque l'incompétence négative ou la méconnaissance de la séparation des pouvoirs est corrélée à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. On peut se référer à ce titre aux exemples suivants :

- pour l'incompétence négative : 1re Civ., 7 novembre 2018, pourvoi n° 18-14.982 et Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-87.424, Bull. crim. 2018, n° 129 (concernant une atteinte au droit de propriété) ; Com., 16 septembre 2020, pourvoi n° 19-25.123 (étaient en jeu le principe d'égalité et de non discrimination devant la loi) ; 2e Civ., 4 mars 2021, pourvoi n° 20-18.527 (était invoqué le droit au recours effectif) ; Soc., 25 mai 2022, pourvoi n° 22-40.006 (étaient en cause la liberté d'association, la liberté d'entreprendre ainsi que le droit de propriété).

- pour la méconnaissance de la séparation des pouvoirs : Crim., 31 août 2011, pourvoi n° 11-90.065, Bull. crim. 2011, n° 169 (associée au droit à un procès équitable) ; Crim., 19 mai 2016, pourvoi n° 16-81.857, Bull. crim. 2016, n° 153 (associée à l'indépendance de l'autorité judiciaire<sup>21</sup>) ; Com., 7 février 2019, pourvoi n° 18-40.044

---

<sup>21</sup> Par sa [décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012](#) (cons. n°3 à 5) et sa [décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016](#) (cons. n°9 à 15) le Conseil constitutionnel a en effet retenu que

(associée au droit au recours effectif et au droit de propriété).

□ S'agissant de la jurisprudence du Conseil d'Etat :

Le Conseil d'Etat rejette pour défaut de sérieux les questions prioritaires de constitutionnalité qui n'invoquent qu'une incompétence négative sans que n'en soit affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

On peut se référer en ce sens aux décisions suivantes pour l'incompétence négative : [CE, 27 janvier 2016, n° 392479](#), § 4 ; [CE, 2 juin 2021, 450329](#), 450631, 451114, 451157, § 4 (« [...] *la méconnaissance alléguée par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une telle question que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. En l'espèce, les requérants ne font état d'aucun droit ou liberté que cette méconnaissance, à la supposer établie, affecterait.* »)

Dans une récente décision ([CE, 9 juin 2020, n°438822](#)), il a par ailleurs repris la règle dégagée par le Conseil constitutionnel en matière de méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs.

### III. 2. 2 / **Sur le périmètre des atteintes à prendre en compte pour l'analyse de la recevabilité puis du sérieux de la question**

Si la question n'invoque donc pas en elle-même « *une atteinte aux droits ou libertés que la Constitution garantit* », dans son mémoire spécial, M. [Y] [W] affirme que les atteintes portées à la séparation des pouvoirs et à la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence portent elle-même une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et au droit à un procès équitable.

Il le fait en ces termes :

p. 16, XII :

« *A tous points de vue, l'absence de dispositions spécifiques prévoyant des garanties en cas de perquisition au sein d'un ministère expose par trop le principe de la séparation des pouvoirs, et **affecte manifestement** les droits et libertés garantis par la Constitution **aux titres desquels figurent les droits de la défense et le droit au procès équitable.*** »

p. 20 et 21, XVI :

« *Dans ces conditions, il incombe au législateur d'intervenir, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'instituer des garanties procédurales qui entrent dans le champ de sa compétence.*

[...]

*En effet, cette omission est susceptible de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles<sup>22</sup>, ce que le juge constitutionnel ne saurait admettre.*

---

l'indépendance de l'autorité judiciaire est constitutive d'un droit ou d'une liberté invocable en QPC.

<sup>22</sup> Souligné dans le texte original

**Parmi ces libertés publiques figurent notamment les droits de la défense et le droit au procès équitable qui résultent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.**

Or, en l'occurrence<sup>23</sup>, l'ensemble de ces exigences constitutionnelles sont gravement méconnues par les dispositions litigieuses, dans la mesure où, en édictant ces dispositions, **le législateur a manqué de prévoir les garanties légales constitutionnellement requises.**

**Et ce, tout particulièrement aux fins d'assurer la protection des droits et libertés dans le cadre de la perquisition d'un ministère. »**

Se pose donc la question de savoir quelles sont les atteintes qui doivent être prises en compte pour apprécier la recevabilité puis le sérieux de la question.

La jurisprudence n'est pas homogène sur ce point, bien que l'Assemblée plénière ait jugé « *que si la question peut être reformulée par le juge à effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, **il ne lui appartient pas d'en modifier l'objet et la portée** ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité **telle qu'elle a été soulevée** dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise » (Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.033, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 6, à propos d'une question dont le juge du fond avait élargi le périmètre).*

III. 2. 2. 1 / *La conception stricte, qui s'en tient au libellé de la question*

Elle est illustrée par les arrêts suivants :

□ Crim., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-90.111, Bull. crim. 2010, n° 203

La question était posée en ces termes :

« *Les dispositions de l'article L. 511-1 du code de l'environnement portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution portant en son préambule renvoi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ?* ».

Il a été décidé d'un non-lieu à transmission au Conseil constitutionnel au motif que « *la question, dans les termes très généraux où elle est posée, ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler son caractère nouveau ou sérieux.* »

L'avis de l'avocat général précisait pourtant que dans le mémoire spécial était notamment invoquée une méconnaissance du principe de légalité des incriminations et du principe de précision de la loi pénale, autrement dit une violation du principe de légalité des délits.

□ 1re Civ., 7 septembre 2017, pourvoi n° 17-13.290

La question prioritaire de constitutionnalité était ainsi formulée :

« *RENOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 6-I de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des*

---

<sup>23</sup> Idem

*activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, selon lequel : " Aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif d'honoraires, de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû aux personnes indiquées à l'article 1er ou ne peut être exigé ou accepté par elles, avant qu'une des opérations visées audit article ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties ».*

Elle a été déclarée irrecevable au motif que « *ce moyen, qui n'invoque à l'encontre du texte qu'il critique aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle auquel il contreviendrait, ne permet pas à la Cour de cassation d'apprécier le sens et la portée de la question prioritaire de constitutionnalité posée.* »

Pourtant le mémoire spécial invoquait dans ses développements des atteintes aux principes d'égalité et de liberté contractuelle dont le rapporteur avait examiné le sérieux, après avoir souligné que la Cour devrait d'abord s'interroger sur la régularité formelle et donc sur la recevabilité de la QPC.

□ 3e Civ., 17 novembre 2022, pourvoi n° 22-16.034

La question posée était la suivante :

« *L'article L. 145-46-1 du code de commerce, qui limite le droit de propriété du bailleur en instaurant un droit de préemption au profit des locataires commerciaux qui font du bien loué un usage commercial ou artisanal, porte-t-il atteinte à l'article 34 de la Constitution et aux objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce que, en l'absence de toute définition du local à usage industriel non couvert par le droit de préférence et de l'usage artisanal ou commercial visé par ce texte, il ne permet pas de déterminer, de façon claire et précise, les locaux qui se trouvent exclus de son champ d'application ?* »

La 3e chambre civile l'a déclarée irrecevable pour les motifs suivants :

« *6. Si le principe de clarté de la loi découlant de l'article 34 de la Constitution, composante de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.*

***7. Dès lors que la question n'allègue la méconnaissance d'aucun droit ou liberté garantis par la Constitution, elle n'est pas recevable.*** »

Pourtant, le mémoire spécial pouvait éventuellement être regardé comme comportant une indication quant aux droits et libertés méconnus : « *En effet, ce texte affecte le droit de propriété du bailleur en ce qu'il a pour objet d'instaurer une limitation à son exercice en conférant au locataire un droit de préemption en cas de vente de l'immeuble objet du bail commercial* » (mémoire spécial, p. 11). « *Dès lors, compte tenu du caractère aussi imprécis qu'équivoque du champ d'application de l'article L. 145-46-1 du code de commerce, le législateur a de facto délégué aux autorités administratives ou juridictionnelles le soin de délimiter la portée de la restriction apportée par ce texte au droit de propriété du bailleur et, par suite, de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (mémoire spécial p. 15).

Par ailleurs, dans son avis de transmission (p. 3), Mme l'avocate générale Morel-Coujard avait considéré que « *La question, dans son libellé, fait référence directement au droit de propriété du bailleur, garanti par les articles 2 et 17 de la DDHC, droit dont la portée est limitée par l'instauration d'un droit de préemption au profit du preneur.* »

III. 2. 2. 2 / *La conception souple, qui se réfère au mémoire spécial pour identifier les droits et libertés invoqués*

Cette conception trouve sa traduction dans la méthodologie développée par M. le conseiller Le Coroller, dans son rapport complémentaire, sur le pourvoi n° 11-90.054 :

*« Le juge du fond ne doit pas modifier la question posée par une partie mais il est admis qu'il réécrit une question maladroitement formulée, ainsi que l'a jugé l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 mai 2011 [...] »*

*De même, est-il admis que le conseiller rapporteur précise lui-même, en cas de besoin, la question mais il ne saurait cependant en dénaturer le sens. Le rapporteur doit, en effet, rester au plus près de la question telle que posée et si nécessaire, en cas de modification de la question par le tribunal, revenir à celle posée par le requérant.*

*Lorsque la QPC ne précise pas, dans la question posée, le ou les principes constitutionnels invoqués à l'appui de la demande, mais les mentionne seulement dans le mémoire spécial, le conseiller rapporteur peut insérer, pour plus de clarté, ces principes dans la question posée.*

[...]

*Par ailleurs, le conseiller rapporteur reformule la QPC sous forme de question lorsque ce n'est pas le cas.*

*Hormis les possibilités qui lui sont accordées pour les besoins du traitement du dossier, le conseiller rapporteur doit vérifier que la QPC respecte les limites indiquées ci-dessus. A défaut, elle est irrecevable.*

*En conclusion sur ce point, il faut retenir que la question, qui ne serait pas articulée, pas intelligible par elle-même, et qui ne permettrait pas d'identifier à quel droit et à quels principes il aurait été porté atteinte, ne constitue pas une QPC au sens de la loi et est donc irrecevable (Cf. arrêt Crim., 1er février 2011, QPC no 639, n° 1090121). »*

On peut se référer en ce sens à :

□ Crim., 4 mars 2014, pourvoi n° 13-90.041

Dans cette espèce, la chambre criminelle a accepté d'examiner au fond une question ainsi libellée :

*« L'article 537 du code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés que la Constitution et les textes à valeur constitutionnelle garantissent en ce qu'il limite les moyens de contester les procès-verbaux et rapports des officiers et agents de police judiciaire uniquement par l'écrit ou par témoin. »*

Sur la base d'un rapport qui indiquait que « *par un mémoire distinct, [la requérante] a[vait] soulevé un moyen d'inconstitutionnalité portant sur les dispositions de l'article 537, alinéa 3 du code de procédure pénale en invoquant "une rupture du principe du*

*contradictoire et de l'égalité des armes qui résulte de l'exigence d'une procédure équitable et contradictoire" », la chambre criminelle a jugé que « **la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux** dès lors qu'en présence des constatations d'un procès-verbal ou d'un rapport établi conformément à l'article 537 du code de procédure pénale, la présomption de culpabilité instituée par ce texte en matière de contravention ne revêt pas de caractère irréfragable, que **le respect des droits de la défense** est assuré devant la juridiction de jugement et que se trouve ainsi préservé **l'équilibre des droits des parties**. »*

□ 1<sup>re</sup> Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n° 15-40.035, Bull. 2015, I, n° 298

La question prioritaire de constitutionnalité était ainsi rédigée :

*« Les dispositions de l'article L. 211-3 du code de la consommation, en ce qu'elles réservent aux professionnels l'application des dispositions du chapitre premier du titre premier du livre deuxième du code de la consommation, sont-elles conformes à la Constitution ? »*

La 1<sup>ère</sup> chambre civile a estimé ne pas devoir la transmettre au Conseil constitutionnel aux motifs *« que **la question posée ne présente pas un caractère sérieux** en ce que l'article L. 211-3 du code de la consommation, qui assure la transposition de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, fixe le champ d'application des dispositions générales relatives à la conformité des produits et services en considération de l'objectif recherché par cette directive, laquelle vise à renforcer la confiance des consommateurs et à permettre à ceux-ci de profiter au mieux du marché intérieur ; que seul le vendeur agissant à l'occasion de son activité professionnelle ou commerciale a vocation à servir un tel but et à connaître ainsi d'un régime spécifique de garantie qui impose aux professionnels, notamment, de garantir l'ensemble des défauts de conformité présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire, de procéder, selon le choix du consommateur, à la réparation ou au remplacement du bien, sous réserve d'un coût manifestement disproportionné, et d'offrir une garantie commerciale, toute clause contraire étant réputée non écrite ; qu'il en résulte qu'en visant ce seul vendeur, l'article L. 211-3 du code de la consommation ne porte pas atteinte **au principe d'égalité**, qui ne s'oppose pas à ce que des situations différentes soient réglées de façon différente. »*

On relèvera néanmoins que dans ces espèces, la Cour de cassation n'a pas cru nécessaire de reformuler les questions.

\*\*\*\*\*

**Il appartiendra donc à l'Assemblée plénière d'apprécier le périmètre de la question dont elle est effectivement saisie, sachant que si les mémoires spéciaux invoquent la nécessité de garantir le respect des droits de la défense et le droit au procès équitable, ils n'explicitent pas en quoi, l'atteinte à la séparation des pouvoirs, par méconnaissance par le législateur de sa compétence, qu'ils dénoncent, affecte de façon concrète lesdits droits.**

### **III. 3 / SUR L'APPLICABILITÉ AU LITIGE OU A LA PROCÉDURE DES DISPOSITIONS CONTESTÉES**

Les dispositions attaquées constituent le fondement légal de la perquisition effectuée le 1<sup>er</sup> juillet 2021, au sein du ministère de la Justice, par la commission d'instruction.

Il a été fait état de la réalisation et du déroulement de cette perquisition dans l'arrêt de renvoi du 3 octobre 2022 (point 3.2, p. 68 et s.) et cet acte de procédure fait partie de ceux objets des requêtes en nullité ayant donné lieu à rejets par les arrêts du 3 novembre 2021 et du 14 juin 2022.

L'arrêt de renvoi est attaqué par un moyen unique invoquant le non-respect au droit au silence mais les deux autres le sont, s'agissant du rejet de la demande de nullité de la perquisition, notamment parce que « *les dispositions des articles 56, 57 et 96 du Code de procédure pénale, en ce qu'elles autorisent la perquisition au sein 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 atteinte à ce principe, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à l'article 34 de la Constitution qui impose au législateur de fixer les règles concernant la procédure pénale ; que la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra privera de fondement la décision attaquée, par laquelle la Commission d'instruction de la Cour de Justice de la République a jugé régulière la perquisition réalisée au Ministère de la Justice (D903).* » (huitième moyen du pourvoi S2186418 et septième moyen du pourvoi G2283930).

### **III. 4 / SUR L'ABSENCE DE DÉCLARATION ANTÉRIEURE DE CONFORMITÉ DES DISPOSITIONS CONTESTÉES A LA CONSTITUTION**

Il ressort des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.

#### **III. 4. 1 / Sur l'examen antérieur d'une partie des dispositions critiquées**

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître des dispositions critiquées à l'occasion d'une question transmise par la Cour de cassation (Crim., 29 septembre 2015, pourvoi n° 15-83.207, Bull. crim. 2015, n°212) et posée dans les termes suivants :

*« Les dispositions des articles 81, 56, 57 et 96 du code de procédure pénale, en ce qu'elles autorisent la saisie de toutes pièces, y compris, au sein d'une juridiction, d'une pièce couverte par le secret du délibéré, sans assigner de limites à cette mesure ni l'assortir de garanties spéciales de procédure, portent-elles atteinte au principe d'indépendance des juges et au droit à un procès équitable garantis par articles 64 de la Constitution et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? »*

Y répondant par une décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, il a déclaré **l'article 96 alinéa 3 du code de procédure pénale** (dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1957<sup>24</sup>) conforme à la Constitution (§ 16 des motifs, § 3 du dispositif) et invalidé **le troisième alinéa de l'article 56** (dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1957<sup>25</sup>) **ainsi que les mots « Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56**

---

<sup>24</sup> - laquelle rédaction est inchangée à ce jour -

**concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense** » figurant à l'article 57, alinéa 1<sup>er</sup> (dans sa rédaction issue de la loi du 29 juillet 2009<sup>26</sup>). Le Conseil constitutionnel ne s'est en revanche pas prononcé sur les autres parties des dispositions aujourd'hui déferées, et au vu des éléments disponibles sur son site internet, il ne l'a pas non plus fait à d'autres occasions.

Depuis la décision du 4 décembre 2015, les dispositions déclarées non conformes ont été complétées, en vertu de l'article 58 de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016, par les termes mentionnés en gras ci-dessous :

Article 56, alinéa 3 :

« Toutefois, **sans préjudice de l'application des articles 56-1 à 56-5**, il [l'officier de police judiciaire] a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense. »

Article 57, alinéa 1 :

« 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. »

Par ailleurs l'alinéa 4 de l'article 96 a été modifié par ce même texte de la façon suivante :

« Les dispositions des articles 56 et 56-1 à **56-4 56-5** sont applicables aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction ».

Car c'est en effet par ledit article 58 que le législateur, tirant les conséquences de la déclaration de non conformité du Conseil constitutionnel, a introduit dans le code de procédure pénale un nouvel article 56-5 encadrant le régime des perquisitions « *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 des délibérés.* »

Or, ce sont les passages des dispositions critiquées ayant fait l'objet d'ajouts ou de modification par ce texte qui sont précisément visés par la question prioritaire de constitutionnalité aujourd'hui soumise à l'Assemblée plénière.

### III. 4. 2 / **Sur la possibilité de réduire le périmètre des dispositions critiquées**

Dans sa [décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015](#), le Conseil constitutionnel a réduit la portée de son examen aux seules dispositions véritablement concernées par le grief invoqué.

---

<sup>25</sup> Cette rédaction était la suivante :

« Toutefois, il [l'officier de police judiciaire] a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense »

<sup>26</sup> Cette rédaction était la suivante :

« Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu. »

Il est déjà arrivé à la Cour de cassation de procéder de même (3e Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n°16-40.229, 16-40.228, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232, 16-40.233, Bull. 2016, III, n° 124 qui a estimé que n'étaient concernés par la question que les deux premiers alinéas du texte déféré ; Crim., 21 septembre 2021, pourvoi n° 21-90.030 qui a considéré que seul le dernier alinéa du texte déféré était visé par la question ; pour une pratique similaire, voir également : Com., 12 octobre 2022, pourvoi n° 22-40.01327 et Com., 7 décembre 2022, pourvoi n° 22-16.616).

Dans notre cas de figure il pourrait être envisagé de limiter la portée de la question aux alinéas 3 de l'article 56, 1er de l'article 57 et 4 de l'article 96, qui seuls font référence aux régimes spéciaux de perquisition, qu'il est fait grief au législateur de n'avoir pas étendu à celle diligentée dans un ministère.

Cela pourrait avoir le mérite de simplifier l'examen de la recevabilité de la question puisque

- l'alinéa 4 de l'article 96 du code de procédure pénale n'a jamais été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel,
- l'alinéa 3 de l'article 56, avait été déclaré non conforme sous son ancienne rédaction, et dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016, il n'a jamais été soumis au Conseil constitutionnel,

---

<sup>27</sup> Dans cette espèce, la chambre commerciale avait considéré que seul le premier alinéa de l'article 227-16 du code de commerce et le second alinéa de l'article 227-19 du même code étaient contestés, alors que les questions mettaient en cause sans distinction d'alinéas la constitutionnalité de ces deux textes.

Dans sa [décision n° 2022-1029 QPC du 9 décembre 2022](#), le Conseil constitutionnel à qui ces questions avaient été transmises telles quelles, a procédé à la même analyse :

*« 1. Le premier alinéa de l'article L. 227-16 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 septembre 2000 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ».*

*2. Le second alinéa de l'article L. 227-19 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi du 19 juillet 2019 mentionnée ci-dessus, prévoit : "Les clauses statutaires mentionnées aux articles L. 227-14 et L. 227-16 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts".*

*3. Le requérant reproche à ces dispositions de permettre qu'un associé soit tenu de céder ses actions en application d'une clause statutaire d'exclusion à laquelle il n'aurait pas consenti. Selon lui, la privation de propriété qui en résulterait pour l'associé exclu ne serait pas justifiée par une nécessité publique légalement constatée, en méconnaissance des exigences de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En tout état de cause, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit de propriété de l'associé, garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789.*

*4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le premier alinéa de l'article L. 227-16 du code de commerce et sur les mots "et L. 227-16" figurant au second alinéa de l'article L. 227-19 du même code. »*

- la modification apportée par la loi du 3 juin 2016 à l'article 57, alinéa 1, pour pallier l'inconstitutionnalité constatée par la décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, ne lui a non plus jamais été déférée.

Sur une telle manière de procéder, on pourrait se référer aux arrêts suivants :

□ Crim., 21 septembre 2021, pourvoi n° 21-90.030 :

A propos d'une question ainsi posée :

« **Les dispositions prévues par l'article 802-2 du code de procédure pénale** portent-elles atteinte aux principes constitutionnels des droits de la défense et du droit au recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dès lors que ce texte ne prévoit pas que l'auteur de la demande d'annulation d'une perquisition effectuée au cours d'une enquête préliminaire a accès à l'intégralité du dossier de cette enquête préliminaire, qui doit au surplus être coté ? »,

il a été relevé :

« **3. Le dernier alinéa de cette disposition, seul visé par la question, n'a pas déjà été déclaré conforme** à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. »

□ Com., 7 décembre 2022, pourvoi n° 22-16.616 :

La question était la suivante :

« **En édictant les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, lesquelles prévoient la faculté pour l'Autorité de la concurrence d'accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles illégales, le législateur a-t-il, d'une part, méconnu les exigences constitutionnelles découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, à savoir les principes d'indépendance et d'impartialité ainsi que le principe des droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, et d'autre part, méconnu sa propre compétence dans des conditions affectant ces mêmes droits et libertés ? »**

L'arrêt examine la recevabilité de la question de la façon suivante :

« **9. La disposition contestée, figurant à la seconde phrase de l'article L. 464-2, I, alinéa 1, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, en vigueur du 11 mars 2017 au 5 décembre 2020, est applicable au litige, qui concerne la recevabilité d'un recours introduit contre une décision de l'Autorité de ne pas accepter une proposition d'engagements et de renvoyer l'affaire à l'instruction.**

**10. Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. »**

### III. 4. 3 / Sur la notion de changement de circonstances

Si l'Assemblée plénière n'envisageait pas de réduire l'examen de la question à

certaines des dispositions critiquées, il lui appartiendrait de dire si un changement de circonstances justifierait le réexamen de la constitutionnalité de l'article 96, alinéa 3, du code de procédure pénale, déclaré conforme par la décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015.

Le Conseil constitutionnel admet qu'un changement des circonstances puisse résulter de la modification du cadre législatif dans lequel la disposition s'insère.

En l'espèce, on observera que la déclaration de conformité de l'article 96, alinéa 3, du code de procédure pénale, n'a pas fait obstacle à l'invalidation de l'article 56, alinéa 3, du même code, et des 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, alinéa 1.

Dans ces conditions, il pourrait être difficile de considérer que les modifications apportées par la loi du n° 2016-731 du 3 juin 2016, aux articles 56, alinéa 3, 57, alinéa 1er, et 96, alinéa 4, du code de procédure pénale, pour pallier l'inconstitutionnalité constatée, aient une incidence sur l'appréciation de la conformité de l'article 96, alinéa 3, du même code.

En outre, dans la mesure où le Conseil constitutionnel avait écarté le grief d'incompétence négative du législateur, compte tenu de ce que ce texte était antérieur à la Constitution, un nouvel examen de sa conformité, fondé sur le même grief, serait voué à l'échec.<sup>28</sup>

\*\*\*\*\*

**Il appartiendra donc à l'Assemblée plénière d'apprécier s'il y a lieu d'envisager une irrecevabilité partielle de la question.**

### **III. 5 / SUR LE CARACTÈRE NOUVEAU DE LA QUESTION**

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les griefs pris de la méconnaissance des articles 16 de la DDHC (atteinte à la garantie des droits et atteinte portée à la séparation des pouvoirs) et 34 de la Constitution.

### **III. 6 / SUR LE CARACTÈRE SÉRIEUX DE LA QUESTION**

#### **III. 6. 1 / Sur l'incompétence négative**

Ainsi qu'indiqué dans les mémoires spéciaux, l'article 34 de la Constitution donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et « *la procédure pénale* ».

Dans le commentaire autorisé de la [décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021](#), il est expliqué :

---

<sup>28</sup> Sur ce point, on pourra se reporter aux explications données infra, III.6.1

« Apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, le contrôle de l'incompétence négative du législateur 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.

Une disposition législative peut être entachée d'incompétence négative parce que le législateur est intervenu sans avoir épuisé sa compétence dans un domaine qui 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 législatif ou de dispositions excessivement imprécises ou ambiguës.

**Mais l'incompétence négative est également caractérisée lorsque le législateur a omis de prévoir les garanties légales dont le dispositif institué devait être entouré pour assurer le respect d'exigences constitutionnelles. 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 publiques. »**

C'est ce dernier cas de figure qui est visé par la question posée par M. [Y] [W].

La question ayant donné lieu à la [décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015](#), se rapproche tout particulièrement de celle-ci en ce que, dans ce précédent, il était fait grief au législateur d'avoir méconnu sa compétence en s'abstenant de prévoir un régime spécifique pour la saisie, au sein d'une juridiction, de pièces couvertes par le secret du délibéré.

Le commentaire autorisé de cette décision précisait en pages 14 et 15 :

« En matière de procédure pénale, et plus spécifiquement en ce qui concerne des dispositions relatives à la phase d'enquête ou d'information judiciaire, le Conseil constitutionnel a prononcé peu de censures pour incompétence négative. Dans une décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, il a censuré de[W] dispositions du CPP [qui] permettent que la liberté de choisir son avocat soit suspendue pendant la durée d'une garde à vue mise en œuvre pour des crimes et délits constituant des actes de terrorisme dès lors que le législateur n'avait pas encadré le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat. En revanche, le fait de pouvoir soumettre à des opérations de prélèvement externe dans le cadre d'une enquête les « personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause » est formulé en termes assez clairs et précis pour satisfaire aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003).

**Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'accepte l'opérance d'un grief tiré de l'incompétence négative que dans la mesure où ce grief est dirigé contre des dispositions législatives postérieures à la Constitution du 4 octobre 1958 : « que, si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958. »**

C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'incompétence négative pour l'article 96 alinéa 3 du code de procédure pénale, ce texte remontant au 31 décembre 1957. C'était également le cas de l'article 56, alinéa 3, mais le Conseil constitutionnel a estimé qu'il était inséparable des dispositions contestées de l'article 57, de sorte que le grief tiré de ce que le législateur avait méconnu sa propre compétence pouvait être invoqué à l'encontre des dispositions contestées des articles 56 et 57.

Puis le Conseil constitutionnel a ainsi motivé sa décision de non-conformité de l'alinéa 3 de l'article 56 du code de procédure pénale et, dans l'article 57, alinéa 1, des mots « *Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense* » :

**« 12. Considérant, en second lieu, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer les règles concernant la procédure pénale ;**

**13. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 » ; qu'est garanti par cette disposition le principe d'indépendance, qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré ;**

**14. Considérant 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 ;**

**15. Considérant 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 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 [...] »**

### III. 6. 2 / Sur la séparation des pouvoirs

Aux termes de l'article 16 de la DDHC 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. »

### III.6.2.1 / La notion de séparation des pouvoirs et sa mise en oeuvre à l'égard de l'autorité judiciaire, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Il n'a pas été identifié de définition générale de la notion de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui en a consacré le principe dans sa [décision n°79-104 DC du 23 mai 1979](#) (cons.9)<sup>29</sup>.

Selon la formule de Mme le rapporteur public Sophie Roussel<sup>30</sup>, « *l'objet du principe de séparation des pouvoirs (...) est de dissocier en les confiant à des organes distincts et indépendants les fonctions législative, exécutive et judiciaire, sans pour autant exclure des mécanismes de collaboration et de contrôles réciproques.* »

Si ce principe est évidemment d'application générale, en ce qu'il concerne les interactions entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et juridictionnel, on ne s'intéressera dans les développements qui suivent, qu'au seul positionnement de l'autorité judiciaire à l'égard du Parlement et des organes du pouvoir exécutif, et plus particulièrement à l'égard de ces derniers.

Selon la fiche consacrée par le Conseil constitutionnel à la séparation des pouvoirs, ce principe implique la reconnaissance du « *caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative.* »

A cet égard, peut être citée la [décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008](#) (cons. n° 33 et 34) dans laquelle le Conseil constitutionnel juge qu'en subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, l'article 12 de la loi relative à la rétention de sûreté et à la responsabilité pénale pour cause de trouble mental a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle qui résulte des articles 64 et 66 de la Constitution.

Ainsi que le relève le commentaire autorisé de la décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012 (p. 43), en se référant aux cons. n° 4 et 5 de la décision n° 2010-100 QPC du 11 février 2011 qui concernait une loi dite « de validation », « *le Conseil constitutionnel utilise par ailleurs la séparation des pouvoirs pour s'assurer que l'autorité judiciaire peut accomplir sa mission* ».

Cependant, selon les auteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, « *le principe [de séparation des pouvoirs] peut être source de contraintes pour les juridictions elles-mêmes eu égard aux prérogatives qui sont celles du pouvoir exécutif dans certains domaines. Ainsi le Conseil Constitutionnel prend soin de souligner que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement (2011-192 QPC, 10 novembre 2011, cons. 20) [et suivants... à propos de la ] procédure de déclassification et de communication d'information secret-défense).* »<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> voir en ce sens, P. Gaïa, R. Ghévantian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, L. Domingo, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 20e éd., Paris : Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2022, p. 108

<sup>30</sup> p. 4 de ses conclusions afférentes à la requête n°414118 soumise au Conseil d'Etat.

<sup>31</sup> Op.cit., p. 110

Par ailleurs, selon la fiche susvisée, qui se fonde à cet égard sur le cons. n° 15 de la [décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987](#), il implique également une réserve de compétence au profit du juge administratif, en ce que, à l'exception de matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.

Mais le principe de séparations des pouvoirs n'est pas absolu :

- il peut y être dérogé par d'autres dispositions d'ordre constitutionnel ; c'est le cas du droit de grâce accordé au Président de la République par l'article 17 de la Constitution ; c'est également celui des lois d'amnistie consacrées par l'article 34 (voir en ce sens, la [décision n°89-258 DC du 8 juillet 1989](#), cons. n°8) ;

- d'autre part, ainsi que l'écrit le professeur Valérie Goesel-Le-Bihan<sup>32</sup>, « *le principe de séparation des pouvoirs, même lorsqu'il fonde - avec la garantie des droits - l'indépendance des juridictions, n'est en effet que relatif ; des restrictions peuvent toujours lui être apportées dès lors qu'elles poursuivent un objectif légitime et lui sont proportionnées, comme en témoigne la jurisprudence du Conseil relative aux validations législatives ou aux limites qui peuvent être apportées par le législateur au secret du délibéré* ». Dans cette perspective, le contrôle du Conseil constitutionnel reprendrait les étapes suivantes : constatation d'une atteinte au principe, existence d'un motif légitime de nature à la justifier (voir sur ce point : [décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998](#), cons. n° 45 à 47) et proportionnalité de celle-ci (voir en ce sens : les décisions [n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011](#) cons. n° 32 et 37 et [n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011](#), cons. n° 4).

Cependant, certaines décisions retiennent l'atteinte portée au principe de séparation des pouvoirs sans procéder, du moins explicitement, à un contrôle de proportionnalité (cf [décision n°2008-562 DC du 21 février 2008](#) cons. n° 32, 33 et 34 et [décision n° 2007-551 DC du 1er mars 2007](#), cons. n° 11, [décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006](#), cons n° 5).

Dans l'analyse de la jurisprudence, confrontant le pouvoir juridictionnel aux autres pouvoirs, il n'a pas été trouvé de précédent dans lesquels aurait été invoquée par les requérants une atteinte portée par l'autorité judiciaire soit au pouvoir législatif, soit au pouvoir exécutif.

En revanche, la séparation des pouvoirs est parfois invoquée pour limiter le pouvoir juridictionnel. Deux décisions peuvent être citées en ce sens :

- dans la [décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011](#), le Conseil constitutionnel a estimé qu'en ne permettant pas à un syndicat de fonctionnaires du Sénat 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 des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

---

<sup>32</sup> « La violation de la séparation des pouvoirs : quels fondements ? Quels griefs ? Retour sur une critique doctrinale », *Titre VII*, n° 3, octobre 2019, publié sur le site du Conseil constitutionnel.

- dans la [décision n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011](#), s'il a estimé, à propos des lieux classifiés défense, qu'étaient non conformes à la Constitution, des dispositions qui subordonnaient à une autorisation administrative, la conduite d'investigations judiciaires dans certains lieux, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions restreignant les pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire, dans les lieux identifiés comme abritant ou se révélant abriter des éléments couverts par le secret-défense, étaient conformes.

### III. 6. 2. 1 / L'éclairage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Les développements qui suivent sont empruntés à l'étude qu'y a consacrée le professeur Laure Milano<sup>33</sup> :

*« Traiter de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne [...] suppose au préalable de s'interroger sur le sens qu'elle donne à ce principe et sur les raisons de son invocation.*

*Comme le confirme une rapide recherche par mots-clés sur le site de la Cour, il faut tout d'abord constater que le principe est en réalité rarement directement mobilisé par la Cour, même si nombreux sont les arrêts qui se réfèrent à l'esprit de ce principe (Voir CEDH, 6 sept. 1978, Klass c/ Allemagne, §55 sous l'angle de l'art. 8 ou CEDH, 9 juin 1998, Incal c/ Turquie sous l'angle de l'art. 6.). Il l'est plus souvent, en revanche, par les requérants, les gouvernements défendeurs ou dans les opinions des juges à la Cour. **Ceci n'a rien de surprenant car, en tant que principe d'organisation des pouvoirs politiques, la séparation des pouvoirs ne relève pas des principes garantis par la Convention et se trouve, par nature, hors du champ du contrôle du juge européen.***

*D'autre part, si l'article 6 de la Convention est le terrain de prédilection de son invocation, il n'est pas son terrain exclusif. La doctrine (N. Le Bonniec, « L'appréhension du principe de séparation des pouvoirs par la Cour EDH », RFDC, 2016.335.) relève d'ailleurs que c'est dans l'arrêt Stafford de 2002 (CEDH, GC, 28 mai 2002, Stafford c/ Royaume-Uni, §78.) que la Cour l'a, pour la première fois, explicitement utilisé dans un litige portant sur l'article 5 §1 de la Convention garantissant le droit à la liberté et à la sûreté.*

***L'analyse des arrêts dans lesquels la Cour utilise nommément ce principe démontre également que, si elle n'en définit pas la teneur et estime, conformément à son approche in concreto, que ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique de séparation des pouvoirs [...], elle lui assigne une fonction particulière. Que ce soit dans le cadre de l'article 6 ou des autres dispositions de la Convention, le principe de séparation des pouvoirs vise, en premier lieu, à protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire [...]. La filiation avec le principe matriciel de prééminence du droit [...], « qui inspire la Convention toute entière » [...], est alors patente, la prééminence du droit supposant notamment un contrôle indépendant et effectif sur les actes des autorités publiques(9), l'exercice d'une fonction juridictionnelle indépendante participe à la réalisation de la prééminence du droit dans une société démocratique [...].***

---

<sup>33</sup> « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Titre VII*, n° 3, octobre 2019, publié sur le site du Conseil constitutionnel

A travers cette fonction assignée au principe de séparation des pouvoirs se dessine en creux l'acception que lui donne la Cour, une acception classique, celle d'une séparation des pouvoirs « au sens strict » qui « suppose la combinaison de deux règles, la spécialisation et l'indépendance » [...].

Ces exigences de spécialisation et d'indépendance appliquées au pouvoir judiciaire (Nous parlerons de « pouvoir » judiciaire comme le fait la Cour ou le texte même de la Convention à l'article 10 §2 et non d'autorité judiciaire comme le prévoit la Constitution française.) n'ont toutefois pas la même teneur vis-à-vis du pouvoir exécutif et vis-à-vis du pouvoir législatif. La Cour est, en effet, particulièrement vigilante au risque d'immixtion du pouvoir exécutif dans l'administration de la justice et reconnaît que « la notion de séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire tend à acquérir une importance croissante dans la jurisprudence de la Cour » (CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, § 193). **Dès lors, l'utilisation du principe de séparation des pouvoirs selon qu'il concerne la séparation des pouvoirs judiciaire et exécutif ou judiciaire et législatif permet de distinguer deux usages de ce principe. Dans le premier cas, le principe est utilisé comme un principe de défense de l'indépendance de la justice (I), alors qu'il est conçu, dans le second cas, comme un principe de régulation des relations entre les pouvoirs (II). »**

[...]

« La séparation des pouvoirs doit tout d'abord interdire toute ingérence du pouvoir exécutif dans le cours de la justice. De nombreux arrêts portent sur ce type d'immixtion, sans que la Cour invoque d'ailleurs toujours nommément le principe de séparation des pouvoirs. Par exemple dans l'arrêt *Vasilescu* (CEDH, 22 mai 1998, *Vasilescu c/ Roumanie*, §41), le droit roumain octroyant le pouvoir au procureur, subordonné au ministre de la Justice, de saisir la Cour suprême d'un recours en annulation contre des décisions juridictionnelles définitives, la Cour constatera une violation de l'article 6 après avoir rappelé "que seul mérite l'appellation de 'tribunal' au sens de l'article 6 §1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause " [...].

Parmi les affaires françaises, il faut rappeler les condamnations des arrêts *Beaumartin* (CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France...*) et *Chevrol* (CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c/ France...*), à propos de la pratique du Conseil d'État consistant à demander au ministre des affaires étrangères le sens d'une convention internationale soulevant des difficultés d'interprétation dans le premier ou d'apprécier la condition de réciprocité d'un traité international dans le second. Alors que le Gouvernement arguait que cette pratique visait justement à garantir la séparation des pouvoirs, la politique extérieure relevant de l'*imperium* de l'État (...), la Cour a, quant à elle, constaté qu'en suivant " obligatoirement l'avis du ministre, c'est-à-dire d'une autorité qui lui est extérieure, et qui se trouve en outre relever du pouvoir exécutif, sans soumettre cet avis à la critique ni à un débat contradictoire", une telle "ingérence d'une autorité du pouvoir exécutif [...] dans les compétences du Conseil d'État ne cadre pas avec le principe d'indépendance du pouvoir juridictionnel énoncé à l'article 6 §1 "[...]. »

[...]

Si les ingérences du pouvoir exécutif dans l'administration de la justice sont proscrites comme constitutives d'une atteinte à la garantie du droit à un « tribunal », un des principaux éléments constitutifs de la notion de « tribunal » étant son indépendance par rapport à l'exécutif (41), l'intervention du pouvoir législatif, bien que strictement

*encadrée, ne fait pas l'objet d'une telle interdiction de principe (A). Il s'agit, en effet, avant tout de préserver l'indépendance respective des deux pouvoirs (B).*

[...] »

### **III. 6. 3 / Analyse des griefs formulés par M. [Y] [W]**

*III. 6. 3. 1 / En l'état, la législation ne permettrait pas de se prémunir contre des atteintes disproportionnées au principe de la séparation des pouvoirs*

Il est d'abord souligné que tous les documents se trouvant dans un ministère n'ont pas vocation à être couverts par le secret-défense et que les dispositions de l'article 56-4 du code de procédure pénale ne sont pas destinées à garantir la séparation des pouvoirs.

Le demandeur expose ainsi :

*« la perquisition peut conduire à la saisie de nombreux dossiers, parmi lesquels figurent les projets de loi, les projets d'arrêtés, les contrats de la commande publique et, plus particulièrement s'agissant du ministère de la Justice, des projets de nomination de magistrats, de réglementation ou circulaire sur l'organisation de la magistrature, d'enquête ou encore des remontées d'informations, autant de documents qui n'entrent pas dans la catégorie du secret défense.*

*De même, certains documents se situant au sein des ministères peuvent être classés " diffusion restreinte " ou " diffusion restreinte spécial France " (Instruction générale interministérielle n° 1300<sup>34</sup> et instruction interministérielle n° 901<sup>35</sup>).*

*Or, ces documents, qui ne touchent pas à la protection du secret de la défense nationale, mais qui possèdent une sensibilité certaine, peuvent être saisis par la justice sans aucune garantie. »*

Et de conclure sur ce point : *« Le juge dispose ainsi de la liberté totale de prendre connaissance et de saisir de nombreux documents présents dans les locaux des ministères sans que puisse être notamment vérifiée - par un représentant du pouvoir exécutif - l'utilité de la saisie pour la manifestation de la vérité.<sup>36</sup> »*

Le requérant ne mobilise aucun droit particulier protégeant la confidentialité invoquée.

L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de mettre en évidence que le pouvoir exécutif peut, outre le secret défense, se prévaloir du secret de ses

---

<sup>34</sup> Cette instruction, du 9 août 2021, porte sur la protection du secret de la défense nationale. Elle traite donc de l'information classifiée.

<sup>35</sup> Cette instruction, qui *« a valeur de recommandation pour toute autre entité publique ou privée qui met en œuvre des systèmes d'informations sensibles »*, *« fixe les règles les règles de protection appropriée des systèmes d'information sensibles contre toutes les menaces, qu'elles soient d'origine humaine ou non. Le respect des règles contribue à :*

- assurer la continuité des activités de l'entité ;*
- prévenir la compromission d'informations sensibles ;*
- protéger l'image de l'entité ;*
- assurer la sécurité des personnes et des biens. »*

<sup>36</sup> Les passages soulignés le sont également dans les mémoires spéciaux.

propres délibérations ([décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017](#), § 7), mais l'éventuelle méconnaissance de ce secret, à l'occasion d'une perquisition judiciaire, ne paraît pas pouvoir tomber sous le coup d'une atteinte portée à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti<sup>37</sup>.

Le requérant se prévaut également de la protection dont bénéficient les autres lieux d'exercice de l'un des trois pouvoirs :

Ainsi qu'indiqué *supra*, le dispositif de l'article 56-5 du code de procédure pénale ne vise que les perquisitions qui tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré. La [décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015](#) a montré qu'un tel dispositif était requis pour garantir l'indépendance des juridictions, qui est constitutionnellement protégée.

A propos des perquisitions dans les locaux des assemblées parlementaires et à la présidence de la République, Vincent Lescloux<sup>38</sup> écrit : « *Bien qu'il semble n'exister aucun texte, il est admis qu'y pénétrer aux fins d'enquête et de perquisition suppose l'autorisation du président de l'Assemblée nationale ou du Sénat ou du président de la République ou de leurs représentants.* »

Serge Rayne<sup>39</sup> apporte quant à lui les précisions suivantes :

*« 60. L'article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit une inviolabilité des membres du Parlement en interdisant, sauf crime ou délit flagrant, toute mesure privative ou restrictive de liberté à leur encontre sans l'accord du bureau de l'Assemblée concernée. (...) S'il n'existe pas de texte spécifique en la matière, il est admis que 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, justifiée par la nature même des Assemblées en tant que lieux où siège la représentation nationale, est obtenue par voie de réquisition. Il n'y a pas, en revanche, de protection particulière pour les perquisitions effectuées au domicile ou dans le bureau d'un membre du Parlement.*

*61. [...] Certains parlementaires français ont également cherché à introduire dans le code de procédure pénale un article prévoyant que les perquisitions dans le bureau, la permanence ou le domicile d'un parlementaire soient effectuées par un magistrat après qu'il a pris une décision motivée sur la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la "perquisition et l'objet de celle-ci". »*

Les pouvoirs des présidents des assemblées parlementaires paraissent résulter de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, dont les alinéas 1 et 2, sont ainsi rédigés :

---

<sup>37</sup> **On relèvera d'ailleurs que dans cette décision, la préservation dudit secret est présentée comme un objectif d'intérêt général et non une exigence constitutionnelle.**

<sup>38</sup> JurisClasseur procédure pénale, « Enquête préliminaire », Fasc. 20, art.75 à 78 (date du fascicule : 1<sup>er</sup> février 2022, mise à jour : 28 octobre 2022), n°178

<sup>39</sup> Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Perquisition – Saisie – Visite domiciliaire – – Janvier 2022 (actualisation : Juillet 2022)

*« Les présidents des assemblées Parlementaires sont chargés de veiller à la sûreté intérieure et extérieure des assemblées qu'ils président. Ces dispositions s'appliquent aux immeubles affectés aux assemblées ainsi qu'aux immeubles dont elles ont la jouissance à quelque titre que ce soit.*

*Ils peuvent, à cet effet, requérir la force armée et toutes les autorités dont ils jugent le concours nécessaire. Cette réquisition peut être adressée directement à tous officiers et fonctionnaires, qui sont tenus d'y déférer immédiatement sous les peines prévues par la loi. »*

Enfin, on relèvera que tant les parlementaires, que le Président de la République, bénéficient de par la Constitution, d'une inviolabilité prévue respectivement aux articles 26<sup>40</sup> et, 67<sup>41</sup> et 68<sup>42</sup>, alors qu'aux termes de l'article 68-1, alinéas 1 et 2 :

---

<sup>40</sup> Ce texte dispose :

*« Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions.*

*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.*

*La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.*

*L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus. »*

<sup>41</sup> Ce texte dispose :

*« Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.*

*Il 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.*

*Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions. »*

<sup>42</sup> Ce texte dispose :

*« Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.*

*La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours.*

*La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat.*

*« Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.*

*Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. »*

*III. 6. 3. 2 / La méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs et, par le législateur, de son domaine de compétence porterait atteinte aux droits de la défense et au droit au procès équitable*

Les droits de la défense et le droit au procès équitable recouvrent un panel important de garanties, dont on donnera pour exemple: le droit d'être entendu avant toute décision présentant le caractère d'une sanction, le droit d'être ou de ne pas être assisté d'un avocat, le libre choix de cet avocat, le droit d'avoir (ou que son conseil ait) la parole en dernier, la libre communication de l'avocat avec son client, le caractère contradictoire de la procédure, le libre accès aux pièces du dossier, le droit de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense, l'équilibre des droits des parties, le droit au recours...

En l'espèce, les mémoires spéciaux ne précisent pas l'impact des dispositions législatives invoquées sur ces droits.

### **III. 7 / CONCLUSION**

Au vu de ces éléments, l'Assemblée plénière, après avoir vérifié la recevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt du 3 octobre 2022, et la possibilité d'examiner concomitamment les pourvois formés contre les arrêts des 3 novembre 2021 et 14 juin 2022, appréciera si les questions posées remplissent les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution et aux articles 23-2, 23-4 et 23-5 de 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.

Au terme de ce rapport, **trois projets** lui sont soumis par le rapporteur.

---

*Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution.*

*Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article. »*