



## COUR DE CASSATION

N° J1784509

Décision attaquée : 30 juin 2017 de Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris - 4e section

Royaume du Maroc

C/

Mme X...

---

Rapporteur : Marie-Noëlle Teiller

### RAPPORT

#### QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

#### ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

**Décision attaquée** : arrêt n° 4 de la quatrième chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2017

**Déclaration de pourvoi** : 30 juin 2017

##### PROCÉDURE DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE :

**Mémoire QPC** : déposé le 29 décembre 2017

**Mémoire ampliatif** : déposé le 29 décembre 2017

**Mémoire en défense** : déposé le 31 janvier 2018

**Article 618-1 du code de procédure pénale** : 3.000 euros à la charge du demandeur au pourvoi

**Décision QPC** : 27 mars 2018 – non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel

**Décision au fond** : 22 août 2018 – renvoi à l'assemblée plénière

##### PROCÉDURE DEVANT L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE :

**Mémoire QPC** : déposé le 17 septembre 2018

PROCÉDURE DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE :

## **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Le 29 décembre 2015, le Royaume du Maroc, représenté par son ambassadeur en France, a porté plainte et s'est constitué partie civile devant le doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris du chef de diffamation publique envers un particulier, sur le fondement des articles 23, 29, alinéa 1<sup>er</sup>, et 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, contre Mme X..., directrice de publication du magazine L'Obs, en qualité d'auteur principal, M. Y... et Mme Z..., journalistes, en qualité de complices, à la suite de la publication, dans l'édition du 1<sup>er</sup> octobre 2015 dudit magazine, d'un article écrit par ces journalistes sous le titre *"Une nouvelle affaire marocaine ; Tu peux demander 2 millions d'euros"*, dont plusieurs passages étaient jugés diffamatoires par cet Etat.

Le 12 mai 2016, le procureur de la République a requis l'ouverture d'une information judiciaire contre personne non dénommée du chef de diffamation publique envers un particulier et, à l'issue d'investigations menées sur commission rogatoire, Mme X..., M. Y... et Mme Z... ont été mis en examen de ce chef.

Par ordonnance du 6 mars 2017, le magistrat instructeur a, conformément aux réquisitions du ministère public, déclaré irrecevable la constitution de partie civile, au motif que :

*"le Royaume du Maroc est une personne morale de droit public exerçant une puissance souveraine, autant de spécificités exorbitantes du droit commun, qui ne lui permettent pas, contrairement aux groupements de droit privé titulaires de la personnalité morale, d'être assimilé à un particulier au se(ns) de l'article 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881"*

Sur l'appel du plaignant, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, par arrêt du 30 juin 2017, a confirmé l'ordonnance entreprise en se prononçant comme suit :

*"Considérant que selon l'article 111-2 du Code Pénal, il ne peut y avoir d'infraction pénale sans fondement légal ;*

*Considérant que l'article 111-4 du Code Pénal dispose que la loi pénale est d'interprétation stricte ;*

*Considérant que l'article 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la base duquel le Royaume du Maroc a déposé plainte réprime "la diffamation commise envers les particuliers" ;*

*qu'il ne peut qu'être constaté que le terme de "particuliers" est totalement antinomique avec la notion de puissance publique que recouvre celle d'Etat ;*

*que la Cour, qui n'a pas vocation à combler d'éventuelles lacunes de la loi, ne peut donc, sans faire un contresens manifeste, étendre au Royaume du Maroc le bénéfice des dispositions de l'article 32 alinéa 1 ;*

*qu'il y a lieu de confirmer l'ordonnance ayant déclaré irrecevable la constitution de partie civile du Royaume du Maroc"*

Le Royaume du Maroc a formé un pourvoi en cassation le 30 juin 2017.

Le 29 décembre 2017, il a déposé un mémoire distinct présentant une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ainsi rédigée :

*“Les dispositions des articles 29, alinéa 1er, et 32, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en ce qu’elles excluent qu’un Etat étranger, personne morale étrangère de droit public, puisse se prétendre victime de diffamation commise envers les particuliers, méconnaissent-elles d’abord le droit au recours juridictionnel effectif, ensuite le principe d’égalité devant la justice, et enfin le droit constitutionnel à la protection de la réputation qui découle de la liberté personnelle, tels qu’ils sont respectivement garantis par les articles 2, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ?”*

[Par arrêt du 27 mars 2018](#), la chambre criminelle de la Cour de cassation a dit n’y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel ladite question prioritaire de constitutionnalité, aux motifs qui suivent :

*“Attendu que les dispositions législatives contestées sont applicables à la procédure et n’ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d’une décision du Conseil constitutionnel ;*

*Mais attendu que la question, ne portant pas sur l’interprétation d’une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n’aurait pas encore eu l’occasion de faire application, n’est pas nouvelle ;*

*Et attendu qu’aucune des dispositions légales critiquées ne permet à un Etat étranger, pas plus qu’à l’Etat français, d’engager une poursuite en diffamation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un Etat ne pouvant être assimilé à un particulier au sens de l’article 32, alinéa 1, de cette loi ;*

*Qu’en premier lieu, il n’en résulte aucune atteinte disproportionnée au principe du droit au recours juridictionnel effectif, puisque ces dispositions protègent les responsables et représentants de cet Etat en leur permettant de demander réparation, sur le fondement de l’article 32, alinéa 1, précité, dans les conditions qu’elles fixent et telles qu’elles résultent de leur interprétation jurisprudentielle, du préjudice consécutif à une allégation ou imputation portant atteinte à leur honneur ou leur considération, de sorte qu’il est opéré une juste conciliation entre la libre critique de l’action des Etats ou de leur politique, nécessaire dans une société démocratique, et la protection de la réputation et de l’honneur de leurs responsables et représentants ;*

*Qu’en deuxième lieu, le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu’il déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général, pourvu que, dans l’un et l’autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l’objet de la loi qui l’établit ; que tel est le cas, au regard de la conciliation susmentionnée qu’a recherchée le législateur, de la différence de traitement qui en résulte, s’agissant du droit d’agir en diffamation, entre les Etats, quels qu’ils soient, et les autres personnes morales ;*

*Qu’enfin, en troisième lieu, le demandeur n’est pas fondé à se prévaloir, sur le fondement de l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, d’un prétendu droit constitutionnel à la protection de la réputation ;*

*D’où il suit que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;”*

[Par arrêt du 22 août 2018](#), la chambre criminelle de la Cour a renvoyé le présent pourvoi devant l’assemblée plénière.

Le 17 septembre 2018, le Royaume du Maroc a déposé un mémoire distinct présentant à l’assemblée plénière une question prioritaire de constitutionnalité.

## **2 - Enoncé de la question prioritaire de constitutionnalité**

□ La question est posée dans les termes suivants au “Par ces motifs” du mémoire :

*“Les dispositions combinées des articles 29, alinéa 1<sup>er</sup>, 30, 31, alinéa 1<sup>er</sup>, 32, alinéa 1<sup>er</sup>, et 48, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup> de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, desquelles il résulte qu’à la différence de l’Etat français qui, notamment par l’intermédiaire de ses ministres, peut engager des poursuites en diffamation sur le fondement des articles 30 et 31 susvisés en cas d’atteinte portée à sa réputation résultant de propos attentatoires à l’honneur ou à la considération de ses institutions, corps constitués, administrations publiques ou représentants en raison de leurs fonctions, un Etat étranger n’est pas admis à engager une telle action en cas d’atteinte portée à sa réputation par les mêmes moyens, faute de pouvoir agir sur le fondement des articles 30 et 31 de la loi susvisée et faute de pouvoir être assimilé à un particulier au sens de son article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, instituent-elles une différence de traitement injustifiée entre l’Etat français et les Etats étrangers dans l’exercice du droit à un recours juridictionnel et méconnaissent-elles par conséquent le principe d’égalité devant la justice, tel qu’il est garanti par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen?”*

□ Le contenu des articles de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse visée par la question :

– Article 29, alinéa 1<sup>er</sup> : La diffamation publique

*“Toute allégation ou imputation d’un fait qui porte atteinte à l’honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l’identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.”*

– Article 30 : La diffamation commise envers les administrations publiques

*“La diffamation commise par l’un des moyens énoncés en l’article 23 envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l’air, les corps constitués et les administrations publiques, sera punie d’une amende de 45 000 euros.”*

– Article 31, alinéa 1<sup>er</sup> : La diffamation commise envers les agents publics

*“Sera punie de la même peine, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers le Président de la République, un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l’une ou de l’autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l’autorité publique, un ministre de l’un des cultes salariés par l’Etat, un citoyen chargé d’un service ou d’un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.”*

– Article 32, alinéa 1<sup>er</sup> : La diffamation envers les particuliers

*“La diffamation commise envers les particuliers par l’un des moyens énoncés en l’article 23 sera punie d’une amende de 12 000 euros.”*

– Article 48, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup> : Les conditions de la poursuite des infractions précitées

“1° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers les cours, tribunaux et autres corps indiqués en l'article 30, la poursuite n'aura lieu que sur une délibération prise par eux en assemblée générale et requérant les poursuites, ou, si le corps n'a pas d'assemblée générale, sur la plainte du chef du corps ou du ministre duquel ce corps relève ;

[...]

3° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique autres que les ministres et envers les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public, la poursuite aura lieu, soit sur leur plainte, soit d'office sur la plainte du ministre dont ils relèvent ;

[...]

6° Dans le cas de diffamation envers les particuliers prévu par l'article 32 et dans le cas d'injure prévu par l'article 33, paragraphe 2, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée. Toutefois, la poursuite, pourra être exercée d'office par le ministère public lorsque la diffamation ou l'injure aura été commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. La poursuite pourra également être exercée d'office par le ministère public lorsque la diffamation ou l'injure aura été commise envers un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ; il en sera de même lorsque ces diffamations ou injures auront été commises envers des personnes considérées individuellement, à la condition que celles-ci aient donné leur accord ;”

□ Les dispositions constitutionnelles dont la violation est invoquée :

– Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

*“La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”*

– Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

*“Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.”*

### **3 - Analyse succincte des écritures des parties**

□ Les écritures en demande

Le Royaume du Maroc soutient :

- qu'une question prioritaire de constitutionnalité est recevable après renvoi de l'examen d'un pourvoi devant l'assemblée plénière, “dès lors que le moyen de cassation qui la reprend est recevable et que cette question a été déposée avant que le conseiller rapporteur désigné par le premier président pour instruire le pourvoi dans son ensemble n'ait déposé son rapport” ;
- que, dans la mesure où la question prioritaire de constitutionnalité ainsi posée n'est pas identique à celle examinée par la chambre criminelle et où cette

chambre n'a pas statué sur la pertinence de la critique tirée d'une rupture d'égalité devant la justice entre l'Etat français et les autres Etats, l'autorité de chose jugée ne peut être opposée ;

- que les dispositions contestées sont applicables au litige et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution ;
- que la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur le caractère sérieux du grief tiré de la rupture d'égalité dans le droit d'accès à un juge entre l'Etat français et les Etats étrangers, question qui présente manifestement un caractère sérieux au regard des considérations suivantes :
  - le principe d'égalité devant la loi bénéficie à toutes les personnes morales, de droit privé ou de droit public, de droit français ou de droit étranger ;
  - le législateur peut déroger à ce principe, à condition que la différence de traitement soit en rapport direct avec la loi qui l'établit ;
  - le principe d'égalité devant la justice découle du principe d'égalité devant la loi et obéit au même régime ;
  - si l'Etat français n'est pas protégé en tant que tel par les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 précitée, ses articles 30 et 31 ont pour objet de préserver sa réputation, en sanctionnant les atteintes portées à l'honneur et à la considération de ses institutions, de ses corps constitués, de ses administrations publiques ou de ses représentants à raison de leurs fonctions. Est ainsi réprimée la diffamation publique commise envers l'armée (Crim., 29 octobre 1953, *Bull. crim.*, n° 277) ou la police nationale (Crim., 6 mars 1952, *Bull. crim.*, n° 68 ; [Crim., 3 décembre 2002, pourvoi n° 01-85.466, Bull. crim. 2002, n° 217](#)). Les Etats étrangers sont, en revanche, privés de toute action judiciaire devant les juridictions françaises tant pénales que civiles, les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne pouvant être réparés sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;
  - cette différence de traitement est injustifiée :
    - puisqu'il n'existe aucune différence de situation entre l'Etat français et les Etats étrangers lorsqu'ils sont victimes d'une infraction pénale, hypothèse dans laquelle ils ne sont amenés ni à exercer leurs prérogatives exorbitantes du droit commun ni à mettre en oeuvre les attributs de leur souveraineté. Ainsi, la jurisprudence montre que, lorsqu'ils prétendent avoir été victimes d'une infraction de droit commun commise sur le territoire national, les Etats étrangers peuvent se constituer partie civile sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale ;
    - dès lors que tout Etat a le droit à la protection de sa réputation tant sur son territoire que sur celui des autres Etats ;

- même au regard de la nécessaire protection de la liberté d'expression. *“En effet, la répression de la diffamation porte nécessairement atteinte à cette liberté, que les propos diffamatoires aient été tenus envers les institutions de l'Etat français ou envers celles d'un Etat étranger”*. Dès lors, la question de savoir si l'atteinte à la liberté d'expression est proportionnée ou excessive relève du fond et non de la recevabilité des poursuites du chef de diffamation, de telle sorte que la différence de traitement entre l'Etat français et les Etats étrangers ne peut être justifiée par la nécessité de garantir *“la libre critique de l'action des Etats ou de leur politique, nécessaire dans une société démocratique”* ([Crim., 6 février 2018, pourvoi n° 17-83.857](#) ; [Crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 17-84.509](#) ; [Crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 17-84.511](#)).

□ Il n'y a pas de mémoire en défense.

#### **4 - Le droit d'agir des Etats étrangers sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 dans la jurisprudence de la chambre criminelle**

- Dans sa chronique au Recueil Dalloz 2018 (*“Des Etats étrangers, victimes de diffamation? Le refus légitime du droit français”*, p. 1393), M. Raschel qualifie *“l'allégation ou l'imputation d'un fait attentatoire à l'honneur ou à la considération d'un Etat”* de *“contentieux naissant”* (il observe qu'avant la plainte avec constitution de partie civile de la République d'Azerbaïdjan, aucune affaire n'avait été déférée à la Cour de cassation, ce que les recherches entreprises ont permis de confirmer).

Dans cette affaire, par arrêt du 6 février 2018 ([pourvoi n° 17-83.857](#)), la chambre criminelle a décidé de ne pas renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

*“Renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité tirée de ce que les dispositions des articles 29, 30, 31, 32, et 48-1, 48-2, 48-3, 48-4, 48-5, 48-6, 48-7 et 48-8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en tant qu'elles ne prévoient pas qu'un Etat étranger puisse obtenir réparation du préjudice résultant d'une diffamation en engageant l'action publique devant les juridictions pénales aux fins de se constituer partie civile, emporte une restriction à son droit d'exercer un recours, en méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 ?”*

aux motifs suivants :

*“Que [...] les articles 29, alinéa 1, 30, 31, 32, alinéa 1, et 48, 1°, à 8°, de la loi du 29 juillet 1881, l'article 32, alinéa 1, précité ayant été invoqué par le demandeur, tandis que ses termes lui ont été opposés par la juridiction comme l'excluant de la qualité de particulier, en ce que lesdites dispositions prévoient et répriment la diffamation et organisent les modalités des poursuites de ces infractions, mais ne comprennent pas, parmi les personnes ou institutions pouvant être visées par le fait diffamatoire, un Etat étranger,*

*sont, quant à elles, applicables au litige et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;*

*Mais attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;*

*Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;*

*Attendu qu'aucune des dispositions légales critiquées ne permet à un Etat étranger, pas plus qu'à l'Etat français, d'engager une poursuite en diffamation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un Etat ne pouvant être assimilé à un particulier au sens de l'article 32, alinéa 1, de la loi précitée ;*

*Qu'il n'en résulte aucune atteinte disproportionnée au principe du recours juridictionnel effectif, puisque ces dispositions protègent les responsables et représentants de cet Etat en leur permettant de demander réparation, sur le fondement de l'article 32, alinéa 1, précité, dans les conditions qu'elles fixent et telles qu'elles résultent de leur interprétation jurisprudentielle, du préjudice consécutif à une allégation ou imputation portant atteinte à leur honneur ou leur considération ;*

*Qu'il est ainsi opéré une juste conciliation entre la libre critique de l'action des Etats ou de leur politique, nécessaire dans une société démocratique, et la protection de la réputation et de l'honneur de leurs responsables et représentants ;”*

→ Il résulte de cette décision et de celles rendues dans la présente affaire et dans l'affaire n° 17-84.511 que l'Etat français et les États étrangers sont placés dans une situation identique, au regard de la protection de leur réputation par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dès lors du moins qu'est strictement concernée la personne morale de l'État : toute protection leur est également déniée par ces décisions, qui leur refusent pareillement le droit d'agir en diffamation en ce qu'ils ne sont pas des particuliers.

- Commentant ces arrêts, M. Dreyer écrit au Légitime (“Pas de protection judiciaire en France pour l'honneur d'un Etat étranger”, mai 2018, n° 356, p. 272) :

*“Substantiellement, la solution paraît s'imposer compte tenu de la situation particulière dans laquelle se trouvent les Etats. En effet, leur irresponsabilité pénale et leur immunité sur la scène internationale font d'eux des êtres à part. Ils sont certes dotés de la personnalité morale mais ils disposent de prérogatives à ce point exceptionnelles qu'ils ne sauraient revendiquer la même protection qu'un particulier. L'Etat offensé fait la guerre, saisit l'organisation des Nations Unies ou proteste par la voie diplomatique ; il ne saisit pas une juridiction répressive, a fortiori dans un Etat voisin. La solution prévaut en France où la loi du 29 juillet 1881 fut adoptée, notamment pour réviser la législation antérieure admettant la sanction des délits d'attaque ou de tendance (ceux qui tendaient à protéger la Couronne ou le Gouvernement).”*

Quant à M. Beignier, il observe à La Semaine juridique édition générale (n° 21, 21 mai 2018, 575), s'agissant des puissances souveraines :

*“c'est bien parce que l'Etat français s'exclut lui-même de toute protection dans la loi qu'il édicte sur la presse que, nécessairement, il applique la même solution aux autres Etats dont il est partenaire dans le ‘concert des nations”*

- On ajoutera, ainsi que cela ressort du rapport de M. Parlos à propos du pourvoi n° 17-83.857 ayant donné lieu à l'arrêt du 6 février 2018 précité :



*“La chambre criminelle semble rejeter systématiquement la qualification de provocation à la discrimination prévue à l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881, lorsqu’est en cause un Etat ou sa politique :*

- *s’agissant de la mise en cause de la politique de l’Etat Serbe: [Crim., 5 mars 2002, pourvoi n° 01-82.785](#) ;*
- *s’agissant de la mise en cause de la politique de M. A... : [Crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 04-82.507](#) ;*
- *s’agissant d’une chanson stigmatisant “la France” : [Crim., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-85.329](#) ; [Crim., 3 février 2009, pourvoi n° 08-852.20](#).*

*Ainsi, méconnaît l’article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 la cour d’appel qui, pour condamner le prévenu ayant mis en vente dans son commerce des tee-shirts portant la mention : “J’baiserai la France jusqu’à ce qu’elle m’aime”, avait énoncé, notamment, “qu’en réalité, sous le vocable ‘France’, il faut comprendre l’ensemble des Français, qu’il s’agit là d’un groupe de personnes, facilement identifiable, à savoir ceux qui, de nationalité française, demeurent sur le territoire national, et s’identifient par leur appartenance à la nation française” et “que dans une perspective planétaire et mondialiste, les Français constituent un groupe de personnes bien précis, spécifique et identifiable, au sens de la loi du 29 juillet 1881”, “alors qu’il ne résulte pas des faits et circonstances de l’espèce que le prévenu entendait viser, par ses écrits ou ses imprimés, les Français en tant que groupe constitutif d’une nation”*

- On retiendra du rapport de M. Bonnal, déposé avant la transmission du pourvoi n° 18-82.737 à l’assemblée plénière :

*“Un arrêt ancien, dans une action en diffamation engagée par des fonctionnaires français détachés auprès du Gouvernement marocain, a en effet consacré le principe selon lequel les agents d’un gouvernement étranger ne peuvent agir que du chef de diffamation envers un particulier. La Cour de cassation a jugé “que la qualité de citoyen chargé d’un service ou d’un mandat public, au sens de l’article 31 de la loi du 29 juillet 1881, ne s’applique qu’aux agents investis, dans une mesure quelconque, d’une portion de l’autorité publique française, et non pas aux personnes qui -comme en l’espèce- ne participent pas à cette autorité, alors même qu’un intérêt public s’attacherait à la mission qui leur est confiée ; que, de même, la qualité de fonctionnaire public, au sens du même article, est exclusive d’une position de détachement auprès d’un gouvernement étranger, dès lors que, par l’effet de ce détachement, le fonctionnaire français se trouve désormais placé sous la seule autorité de ce gouvernement, et que les propos dénoncés comme diffamatoires visent l’exercice des fonctions qu’il remplit au service de ce dernier” ([Crim., 27 février 1964, pourvoi n° 63-93.990, Bull. crim. 1964, n° 76, cassation](#)).*

*La loi sur la liberté de la presse renfermait deux dispositions protégeant spécialement certains dignitaires étrangers. L’article 36 réprimait l’offense à chef d’État*

étranger. Mais ce texte<sup>1</sup>, qui avait été jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg (CEDH, arrêt du 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, n° 51279/99<sup>2</sup>), a été abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Subsiste l'article 37, qui réprime "l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République" et ne protège donc que les diplomates étrangers en poste à Paris.

Sauf cette exception, c'est donc bien au visa de l'article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse que peuvent agir les responsables publics et représentants des États étrangers qui se plaignent d'une diffamation, y compris, depuis l'abrogation de l'article 36, les chefs d'État étrangers.

La jurisprudence offre quelques exemples de cette latitude. Ainsi d'une poursuite en diffamation engagée du chef de diffamation envers un particulier par le président de la République du Bénin, pour des imputations de détournement de fonds public, poursuite qui a abouti à un arrêt de condamnation, définitif ([Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 12-87.212](#), rejet), ou d'autres engagées devant les juridictions civiles par le président de la République de Côte d'Ivoire, son épouse, et un officier de sécurité de celle-ci (1<sup>re</sup> Civ., 14 juin 2007, [pourvoi n° 06-16.602](#), *Bull.* 2007, I, n° 232, cassation ; 1<sup>re</sup> Civ., 14 juin 2007, [pourvoi n° 06-16.605](#), cassation ; 1<sup>re</sup> Civ., 19 septembre 2007, [pourvoi n° 06-19.263](#), cassation)."

- Enfin, s'agissant non plus de poursuites engagées par l'Etat étranger mais de poursuites contre lui, la chambre criminelle a jugé que la coutume internationale s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger et s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné ([Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-84.265](#), *Bull. crim.* 2004, n° 292).

## **5 - Examen de la question prioritaire de constitutionnalité**

### **5.1 - La recevabilité**

---

<sup>1</sup> très critiqué en doctrine (cf. notamment J.-F. Renucci, *Recueil Dalloz* 2002, "Primauté de la liberté d'expression par rapport au délit d'offense publique à chef d'Etat étranger", p. 2571)

<sup>2</sup> "68. La Cour observe que l'application de l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 portant sur le délit d'offense tend à conférer aux chefs d'Etat un régime exorbitant du droit commun, les soustrayant à la critique seulement en raison de leur fonction ou statut, sans que soit pris en compte son intérêt. Elle considère que cela revient à conférer aux chefs d'Etats étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui. Quel que soit l'intérêt évident, pour tout Etat, d'entretenir des rapports amicaux et confiants avec les dirigeants des autres pays, ce privilège dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif.

69. La Cour constate donc que le délit d'offense tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun « besoin social impérieux » susceptible de justifier cette restriction. Elle précise que c'est le régime dérogatoire de protection prévu par l'article 36 pour les chefs d'Etats étrangers qui est attentatoire à la liberté d'expression, et nullement le droit pour ces derniers de faire sanctionner les atteintes à leur honneur, ou à leur réputation, ou encore les propos injurieux tenus à leur rencontre, dans les conditions de droit reconnues à toute personne."

Les conditions prévues aux articles [23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel](#) et [R. 49-31 du code de procédure pénale](#) sont manifestement réunies.

- La question prioritaire de constitutionnalité n'est "*pas une prétention autonome mais un moyen dont le régime suit celui applicable à la prétention au soutien de laquelle il vient*" (circulaire n° CIV/04/10 du 24 février 2010, p. 14).

Dès lors, sa recevabilité est conditionnée par la recevabilité du recours à l'occasion duquel elle est présentée (*ex* : [Crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 11-81.178](#)).

L'exigence d'un recours recevable est remplie.

- La question prioritaire de constitutionnalité du Royaume du Maroc est présentée dans un écrit distinct et motivé, et désigne spécialement "*ceux des droits ou libertés que la Constitution garantit auxquels [les] dispositions [législatives critiquées] porteraient atteinte*" ([Cons. constit., 26 juillet 2013, décision n° 2013-334/335 QPC](#)).

Mais c'est la première fois que, dans une même affaire, deux questions prioritaires de constitutionnalité sont successivement posées, l'une devant une chambre, l'autre devant l'assemblée plénière.

La situation étant inédite, il apparaît opportun de mentionner les éléments de réflexion suivants.

**1°)** Il convient d'observer que le mémoire ampliatif et le mémoire QPC ont été déposés le 29 décembre 2017 devant la chambre criminelle, avant que cette chambre ne statue sur la question prioritaire de constitutionnalité et le pourvoi présentés par la République d'Azerbaïdjan (pourvoi n° 17-83.857) et n'affirme, dans son arrêt du 6 février 2018 précité, "*qu'aucune des dispositions légales critiquées [articles 29 à 32 et 48-1 à 48-8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse] ne permet à un Etat étranger, pas plus qu'à l'Etat français, d'engager une poursuite en diffamation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un Etat ne pouvant être assimilé à un particulier au sens de l'article 32, alinéa 1, de la loi précitée*".

Un changement de circonstances de droit n'est-il pas dès lors intervenu, justifiant, au regard notamment du respect du contradictoire et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tirée de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la recevabilité du moyen soit admise ?

**2°)** Après renvoi par une chambre de l'examen du pourvoi en assemblée plénière, la question prioritaire de constitutionnalité est déposée après saisine du rapporteur en application de l'article R. 431-14 du code de l'organisation judiciaire, mais avant dépôt du rapport.

**a)** La jurisprudence des chambres

- Au visa de [l'article 590 du code de procédure pénale](#), la chambre criminelle déclare irrecevable la question prioritaire de constitutionnalité déposée postérieurement au dépôt de son rapport par le conseiller rapporteur (jurisprudence constante depuis [Crim., 29 septembre 2010, pourvoi n° 10-80.582](#), *ex* : [Crim., 17 février 2015, pourvoi n° 14-83.651](#) ; [Crim., 1<sup>er</sup> mars 2017, pourvoi n° 16-85.660](#) ; [Crim., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-85.493](#) ; [Crim., 4 septembre 2018, pourvoi n° 17-85.869](#)).

Les termes identiques de ces arrêts sont les suivants :

*“Attendu que, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le mémoire qui la présente doit être déposé dans le délai d'instruction de ce pourvoi ;*

*Attendu qu'aux termes de l'article 590 du code de procédure pénale, aucun mémoire additionnel ne peut être joint postérieurement au dépôt de son rapport par le conseiller commis ; qu'il en va de même, en raison du principe susvisé, du mémoire distinct et motivé prévu par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 tel qu'il résulte de la loi organique du 10 décembre 2009 ;”*

A *contrario*, il résulte de cette jurisprudence qu'est recevable la question prioritaire de constitutionnalité déposée dans le délai d'instruction du pourvoi par le conseiller rapporteur. C'est en considération de celle-ci que le Royaume du Maroc soutient que la QPC est recevable devant l'assemblée plénière tant que le rapporteur désigné n'a pas déposé son rapport.

Il convient d'ajouter que :

- par arrêt du 23 octobre 2018 ([pourvoi n° 17-85.871](#)), la chambre criminelle a déclaré recevable une question prioritaire de constitutionnalité déposée après dépôt du rapport dans la mesure où elle avait précisément pour objet de contester la constitutionnalité des dispositions de l'article 590 du code de procédure pénale ;
- par arrêt du 30 octobre 2018 ([pourvoi n° 18-83.360](#)), cette chambre a précisé et assoupli sa jurisprudence en déclarant recevable une QPC, au motif suivant :

*“Attendu que lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est présentée, à la suite d'une précédente question prioritaire de constitutionnalité, par le même demandeur, postérieurement au dépôt du rapport par le conseiller commis sur cette précédente question, le mémoire qui ne contient aucun élément dont la méconnaissance aurait mis l'intéressé dans l'impossibilité de soulever la nouvelle question antérieurement, est irrecevable ;”*

- En matière civile, le mémoire spécial doit, à peine d'irrecevabilité, avoir été remis au greffe dans le délai d'instruction du pourvoi. En effet, en vertu de [l'article 978 du code de procédure civile](#), il est exigé que le mémoire QPC soit produit dans le délai de dépôt du mémoire en demande (jurisprudence constante depuis [Formation de constitutionnalité, 19 mars 2010, pourvoi n° 09-81.027](#), *ex* : [Com., 14 avril 2016, pourvoi n° 15-11.168](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 15 juin 2016, pourvois n°s 15-16.260 et 15-60.103](#) ; [2<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2018, pourvoi n° 18-60.130](#)).

→ Il ressort donc de la jurisprudence civile et criminelle de la Cour de cassation que la question est recevable à tout moment au cours de l'instruction. Il y a lieu d'ajouter que :

– le législateur organique a entendu laisser la possibilité au justiciable de soulever une question à tout moment de la procédure. Ainsi, M. Warsmann, dans son [rapport devant l'assemblée nationale relatif au projet de loi organique relatif à la QPC](#), écrit, dans une partie intitulée "Ouvrir largement la question aux citoyens" (p. 12) :

*"Le projet de loi organique précise que la question peut être soulevée pour la première fois aussi bien à l'occasion d'un appel que d'un pourvoi en cassation. Il est également prévu que la question puisse être soulevée au cours de l'instruction pénale. Cette formulation très large permettra par conséquent de soulever une question de constitutionnalité à tous les stades d'une procédure. Pouvant être soulevée à tout moment, elle ne sera donc pas soumise à la règle imposant de soulever les exceptions de procédure in limine litis."*

– ainsi que le relève M. Guillaume au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (*op. cit.*, n° 119) :

*"Le législateur organique n'a enserré l'invocation d'une QPC dans aucun délai. La QPC peut donc être soulevée à tout moment de l'instruction. Devant le Conseil d'Etat, la QPC peut même être invoquée après la clôture de l'instruction 'dans l'intérêt d'une bonne justice' (CE 12 juill. 2002, req. n° 236125, Leniau) par note en délibéré (CE 28 janv. 2011, req. n° 338199, M. Huchon)."*

Dans sa décision du 28 janvier 2011 précitée, le Conseil d'Etat a jugé que :

*"lorsqu'il est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du rapporteur public, d'une note en délibéré émanant d'une des parties à l'instance, il appartient dans tous les cas au juge administratif d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision ; que, en dehors des hypothèses où il est tenu de rouvrir l'instruction à peine d'irrégularité de sa décision [...], le juge a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré."*

La question, qui était présentée postérieurement à la clôture de l'instruction, a donc été déclarée recevable aux motifs suivants :

*"Considérant qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat a décidé, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction afin de tenir compte des éléments produits le 6 décembre 2010 ; que, dès lors, la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. A, qui a été présentée sous la forme d'un mémoire distinct de la note en délibéré et motivé, est recevable."*

Les recherches n'ont pas permis d'identifier d'autres décisions en ce sens.

**b) Question prioritaire de constitutionnalité et procédure devant l'assemblée plénière**

- Les dispositions des articles [L. 431-6 à L. 431-9](#) et [R. 431-11 à R. 431-14](#) du code de l'organisation judiciaire régissent le "fonctionnement" de l'assemblée plénière. La procédure devant elle ne fait l'objet d'aucun texte spécifique. L'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit que "*Le procureur général porte la parole aux audiences des chambres mixtes et de l'assemblée plénière*".

En vertu de l'article R. 431-14 du code de l'organisation judiciaire, le renvoi d'une affaire en assemblée plénière implique la désignation d'un nouveau conseiller rapporteur chargé de l'élaboration d'un nouveau rapport : "*Un membre de la chambre mixte ou de l'assemblée plénière, selon le cas, est chargé du rapport par le premier président*".

Le renvoi en assemblée plénière marque-t-il une forme de "réouverture de l'instruction", notamment en ce que les débats suivent le dépôt d'un nouveau rapport et d'un nouvel avis du parquet général ?

Dès lors, n'est-ce pas le rapport déposé devant l'assemblée plénière qui conditionne la recevabilité du mémoire QPC ? Cela aurait pour conséquence de rendre le mémoire en cause recevable, notamment au regard des dispositions de l'article 590 du code de procédure pénale, dans la mesure où celui-ci est bien déposé avant le rapport devant elle.

- Une telle approche serait conciliable avec les arrêts de la chambre criminelle du [23 mai 2018](#) et du [4 septembre 2018](#) (pourvoi n° 17-85.871).

Dans son arrêt du 23 mai 2018, la Cour de cassation avait accepté la réouverture des débats pour rectifier une erreur commise par le greffe qui avait omis d'enregistrer la constitution d'une société civile professionnelle d'avocat :

*"que, par suite d'une erreur matérielle, l'affaire a été examinée à l'audience du 7 mai 2018 sans qu'ait été enregistrée la constitution de la société civile professionnelle Thouvenin, Coudray et Grévy, intervenue le 4 octobre 2017 pour le compte de la Fédération CFDT des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique ; qu'il convient d'ordonner la réouverture des débats afin de permettre à cette demanderesse de déposer son mémoire et aux autres parties d'y répondre."*

Les requérants, considérant que l'instruction du dossier était rouverte, avaient déposé deux mémoires QPC. La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 septembre 2018, prononce une irrecevabilité de la question en limitant l'effet de la réouverture des débats :

*"Attendu que, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le mémoire qui la présente doit être déposé dans le délai d'instruction du pourvoi ; qu'aux termes de l'article 590 du code de procédure pénale, aucun mémoire additionnel ne peut être joint, postérieurement au dépôt de son rapport par le conseiller commis et qu'il en va de même, en raison du principe susvisé, du mémoire distinct et motivé prévu par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée ;*

*Attendu que, par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation ordonnant la réouverture des débats afin de permettre à un demandeur de déposer un mémoire contenant les moyens de cassation et aux autres parties d'y répondre ne permet pas aux autres demandeurs au pourvoi de déposer une question prioritaire de constitutionnalité lorsque ce mémoire*

*ne contient aucun élément dont la méconnaissance aurait mis les intéressés dans l'impossibilité de soulever ladite question dans les délais ci-dessus visés."*

3°) La question qui succède à celle présentée devant la chambre criminelle est-elle identique ?

a) La jurisprudence des chambres

- La chambre criminelle a déjà jugé irrecevables certaines questions au motif qu'elle avait déjà statué sur une question identique, posée en les mêmes termes par un même demandeur au cours de la même instance :

- Ainsi, dans un arrêt [Crim., 1<sup>er</sup> décembre 2010, pourvoi n° 10-80.016, Bull. crim. 2010, n° 192](#) :

*"Mais attendu que la même question a déjà été posée par la même demanderesse, à l'occasion du même pourvoi par mémoire du 15 avril 2010 ; que par arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel ; que la présente question est dès lors irrecevable."*

- De même, plus récemment, dans un arrêt [Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-85.261, Bull. crim. 2015, n° 58](#) :

*"Attendu que la question, irrecevable en ce qu'elle invoque, dans la même procédure et à l'encontre de la même disposition, le droit à la liberté individuelle, le droit de propriété et les droits de la défense, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation, en date du 5 février 2013 disant n'y avoir lieu à renvoi, est recevable, s'agissant du droit à un recours juridictionnel, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme."*

Dans cette affaire, la Cour de cassation n'a accepté d'examiner le caractère sérieux que des griefs qui n'avaient pas déjà été invoqués par le requérant dans une précédente question prioritaire de constitutionnalité. Le surplus, identique à une question déjà posée par le requérant au cours de la même instance, a été déclaré irrecevable.

- En matière civile, la troisième chambre civile a jugé une question prioritaire de constitutionnalité irrecevable au motif qu'elle avait déjà répondu par un arrêt précédent à une question identique ([3<sup>e</sup> Civ., 9 février 2017, pourvoi n° 16-40.252, Bull. 2017, III, n° 23](#)). Le juge des loyers commerciaux avait transmis à la Cour de cassation une question sur laquelle la troisième chambre avait déjà statué. Postérieurement à cet arrêt, le même juge des loyers commerciaux, rectifiant une erreur entachant la date de son précédent jugement, avait transmis à nouveau la question, à l'identique, à la Cour de cassation. Celle-ci a alors appliqué sa jurisprudence en matière de question identique en déclarant la seconde question transmise irrecevable, en ce qu'elle était posée en les mêmes termes, par le même demandeur et au cours d'une instance identique :

*"Attendu que, par jugement du 15 décembre 2016, le juge des loyers commerciaux a rectifié l'erreur affectant la date de son précédent jugement et a ordonné de nouveau la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité ;*

*Attendu que, sous le couvert d'une décision rectificative, la Cour de cassation ne peut être saisie de la question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle elle a déjà statué ;"*

La chambre sociale a récemment ([17 octobre 2018, pourvoi n° 18-40.032](#)) réaffirmé cette jurisprudence :

*“Mais attendu que la Cour de cassation ne peut être saisie de la question prioritaire de constitutionnalité [relative aux dispositions de l'article L. 1251-5 du code du travail et transmise par un conseil de prud'hommes] sur laquelle elle a déjà statué ;”*

**b) Analyse de la question prioritaire de constitutionnalité posée**

- Elle n'est pas identique en ce que :
    - elle vise également les dispositions des articles 30, 31, alinéa 1<sup>er</sup>, et 48, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 ;
    - elle prétend qu'il résulte des dispositions **combinées** de la loi du 29 juillet 1881 précitée une différence de traitement injustifiée entre l'Etat français et les Etats étrangers dans l'exercice du droit à un recours juridictionnel, l'Etat français pouvant, à la différence des Etats étrangers, engager des poursuites en diffamation, notamment par l'intermédiaire de ses ministres ;
    - elle n'invoque plus un droit constitutionnel à la protection de la réputation découlant de la liberté personnelle. Cette argumentation avait notamment conduit M. Desportes, avocat général, à émettre un avis de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il avait, en effet, conclu qu'il pouvait être sérieusement soutenu que la question de *“la constitutionnalisation d'un droit à la réputation autonome, distinct du droit à la vie privée”*, était nouvelle. En effet, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'il existe des références au droit à la protection de l'honneur et de la réputation des personnes, qu'elles soient physiques ou morales, c'est en tant que droit subjectif reconnu par le droit positif et non en tant que principe garanti par la Constitution.
  - Elle est identique en ce que :
    - elle porte sur les articles 29, alinéa 1<sup>er</sup>, et 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 précitée ;
    - elle invoque une violation du principe d'égalité devant la justice et du droit à un recours juridictionnel effectif, tels qu'ils sont garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- Si l'assemblée plénière devait s'interroger sur la recevabilité d'une partie de la question, la chambre criminelle ayant déjà statué sur la question prioritaire de constitutionnalité, en ce qu'elle porte sur les articles 29, alinéa 1<sup>er</sup>, et 32, alinéa 1<sup>er</sup>, posée par le même requérant au cours de la même instance, il conviendrait de prendre en considération l'analyse de la jurisprudence de notre Cour faite par M. Guillaume au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (V<sup>o</sup> *Question prioritaire de constitutionnalité*, n° 118) :



*“La Cour de cassation a imposé une exigence de concentration des moyens d'inconstitutionnalité, qui ne paraît pourtant pas découler des textes régissant la QPC. Elle avait eu à connaître d'une première QPC posée par une partie et transmise par la cour d'appel de Rennes. Après son rejet, la même partie avait déposé une seconde QPC à l'encontre de la même disposition législative mais invoquant un nouveau moyen d'inconstitutionnalité. La Cour de cassation a jugé irrecevable cette QPC en jugeant « qu'une QPC concernant la même disposition législative ne peut être formulée qu'à l'occasion d'un recours contre la décision de cette juridiction réglant tout ou partie du litige » ([Crim. 17 janv. 2012, n° 11-90.112](#)).”*

Dès lors, elle pourrait déclarer la question recevable et réexaminer les dispositions ayant déjà fait l'objet de l'arrêt de la chambre criminelle, au motif qu'elles sont indissociables des dispositions nouvellement contestées.

Ainsi, dans son arrêt du 5 septembre 2013 ([pourvoi n° 13-40.034, Bull. 2013, IV, n° 127](#)), la chambre commerciale a jugé l'article L. 622-24 du code de commerce applicable au litige en ce qu'il était indissociable de l'article L. 622-26 du même code qui fondait la décision de rejet de demande de relevé de forclusion.

Il convient d'observer que, si dans son arrêt du 6 février 2018 ([pourvoi n° 17-83.857](#)), statuant sur requête de la République d'Azerbaïdjan, la Cour de cassation a déjà statué sur les articles 29, 30, 31, 32 et 48 de la loi du 29 juillet 1881 précitée au regard du droit à un recours effectif, l'assemblée plénière ne pourra pas déclarer la question prioritaire de constitutionnalité dont elle est saisie irrecevable, sur ce fondement, puisque les deux questions ont été posées dans une instance différente.

## **5.2 - Le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité**

Il résulte de [l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel](#) qu'il est procédé au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité lorsque trois conditions sont réunies :

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

### **5.2.1 - Applicabilité au litige des dispositions législatives contestées**

Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, *“Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”*.

L'article 23-2 de la loi organique ajoute qu'il est procédé à la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité si *"la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites"*.

En premier lieu, il convient de préciser que le critère de l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée est laissé à la seule appréciation des cours suprêmes de renvoi, le Conseil constitutionnel ayant jugé *"qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites"* ([Cons. constit., 28 mai 2010, décision n° 2010-1 QPC](#), cons. 6 ; [Cons. constit., 24 novembre 2017, décision n° 2017-673 QPC](#)).

En second lieu, comme le rappelle M. Guillaume dans les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 29 ([octobre 2010, "QPC : textes applicables et premières décisions"](#)), *"l'article 23-1 qualifie la question prioritaire de constitutionnalité de 'moyen'. Compte tenu de sa nature, c'est un moyen de droit. La QPC constitue un motif juridique invoqué par une partie au soutien d'une de ses prétentions. Elle ne peut donc constituer la cause ou l'objet principal de l'instance : elle est soulevée au soutien d'une demande d'une partie et elle en est l'accessoire jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel en soit, le cas échéant saisi"*. Il en conclut que *"Ce premier critère apparaît comme le plus simple des trois à apprécier. Il est rempli dès lors que la disposition législative est susceptible d'être appliquée dans l'espèce au requérant"*.

Cet auteur observe au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (*op. cit.*, n° 155) :

*"C'est la jurisprudence des deux cours suprêmes qui est déterminante quant à la condition d'applicabilité au litige. Le Conseil d'État a ainsi développé une jurisprudence extensive de cette notion. En premier lieu, il a retenu une conception autonome de l'applicabilité au litige « au sens et pour l'application des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 ». En soulignant que lorsqu'il prend position, au moment où il statue sur la QPC, sur la seule question de l'applicabilité au litige de la disposition législative arguée d'inconstitutionnalité « au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958 », le Conseil d'État se réserve entièrement la possibilité de la juger, lors du règlement de l'affaire, inapplicable au litige. [...] Par ailleurs, le Conseil d'État considère que la disposition contestée en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation à l'origine du litige doit être regardée comme applicable au litige (CE 9 juill. 2010, req. n° 339261, B...), toujours « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 » (CE 14 avr. 2010, req. n° 336753, C...). Le Conseil constitutionnel a suivi cette position du Conseil d'État (Cons. const. 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC). Enfin, le Conseil d'État admet qu'une disposition remplit la condition d'applicabilité au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dès lors que cette disposition présente un rapport d'indissociabilité avec celle, également contestée, dont l'application est à l'origine du litige (CE 28 mai 2010, req. n° 337840, C...et D... – CE 18 juin 2010, req. n° 337898, Sté L'office central d'accession au logement) [...]"*

**1°) Le critère de l'incidence d'une éventuelle décision d'inconstitutionnalité sur la résolution du litige**

La Cour de cassation a pu exiger, dans certains cas, que la question prioritaire de constitutionnalité produise un “*effet utile*” sur la solution à donner au litige.

Au cours des deux premières années d’application de la réforme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel s’est référé à plusieurs reprises à “*l’effet utile*” des questions prioritaires de constitutionnalité notamment lorsque la question portait sur des dispositions abrogées. Ainsi, dans sa [décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012](#), le Conseil constitutionnel a jugé (cons. 4)<sup>3</sup> :

*“Considérant [...] que la modification ou l’abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l’atteinte éventuelle aux droits et libertés que la Constitution garantit ; qu’elle n’ôte pas son effet utile à la question prioritaire de constitutionnalité et ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel ;”*

Durant les trois premières années de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a déclaré certaines questions irrecevables en ce qu’à la supposer réelle, l’inconstitutionnalité alléguée n’aurait aucune incidence sur l’issue du litige.

- En matière civile :
  - [1<sup>re</sup> Civ., 14 septembre 2010, pourvoi n° 10-13.616](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10.393](#) : “*Mais attendu que l’inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, inapplicables à ce litige, serait dépourvue d’incidence sur sa solution ; que dès lors, la question est irrecevable*” ; [1<sup>re</sup> Civ., 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.042](#) ;
  - [Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 12-11.596](#) ;
  - [2<sup>e</sup> Civ., 25 avril 2013, pourvoi n° 12-26.177](#).
- En matière pénale :
  - [Crim., 9 mai 2012, pourvoi n° 12-81.242](#) ; [Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-88.430](#) ; [Crim., 17 avril 2013, pourvoi n° 13-80.728](#) : “*Attendu que les dispositions contestées ne sont pas applicables à la procédure, dès lors que, la chambre de l’instruction ayant ordonné la comparution personnelle du requérant et l’ayant entendu à l’audience, une déclaration d’inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait dépourvue d’incidence sur la solution du pourvoi*”.

La chambre criminelle a aussi pu relever, de manière ponctuelle, le défaut d’intérêt à agir du demandeur à la transmission d’une question prioritaire de constitutionnalité ([Crim., 9 mai 2012, pourvoi n° 12-81.242](#), précité ; [Crim., 25 juin 2013, pourvois n°s 13-84.355 et 13-84.149](#) : “*Que M. B est, en conséquence, sans intérêt à contester le défaut, dans la disposition critiquée, d’une sanction au dépassement du*

---

<sup>3</sup> Voir aussi : [Cons. constit., 23 juillet 2010, décision n° 2010-16 QPC](#), cons. 2

délai qu'elle prescrit” ; [Crim., 20 août 2014, pourvoi n° 14-90.035](#) ; [Crim., 29 juin 2016, pourvoi n° 16-90.011, Bull. crim. 2016, n° 210](#)).

- Il résulte des recherches entreprises que, depuis 2013, les chambres civiles ont eu tendance à abandonner ce critère au profit du simple examen de l'applicabilité au litige.

La chambre criminelle n'en a fait usage, après cette date, que de manière très circonstanciée.

Il est à noter que *“le projet de loi initial exigeait que la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure”*<sup>4</sup>. La rédaction finalement retenue par le législateur, volontairement moins restrictive, présente plus de souplesse quant à l'appréciation de ce principe, ce qui pourrait expliquer l'abandon de l'examen de cette condition par la Cour de cassation et plaiderait pour une conception plus extensive du critère d'applicabilité au litige.

## 2°) La nécessité d'un lien réel entre la disposition législative critiquée et l'objet de la demande du requérant

- La jurisprudence de la Cour de cassation laisse apparaître plusieurs cas de figure :
  - Les dispositions sont en lien avec l'objet du litige ([1<sup>re</sup> Civ., 20 janvier 2016, pourvoi n° 15-40.041](#) ; [Com., 5 juillet 2016, pourvoi n° 15-28.886](#) ; [Crim., 19 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.855](#) ; [Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 16-40.241, Bull. 2016, V, n° 250](#) ; [Com., 11 avril 2018, pourvoi n° 17-21.938](#)) ;
  - Les dispositions ont été invoquées et/ou appliquées devant les juridictions du fond ([Crim., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-86.918](#) ; [Com., 2 février 2017, pourvoi n° 16-21.032](#)) ;
  - Les dispositions constituent le fondement des poursuites ([Com., 18 février 2016, pourvoi n° 15-22.317](#) ; [Crim., 27 juillet 2016, pourvoi n° 16-80.694, Bull. crim. 2016, n° 226](#)) ;
  - Les dispositions sont applicables à la procédure ([Crim., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-86.918](#) ; [Crim., 14 décembre 2016, pourvoi n° 16-86.623](#)).
- La Cour de cassation tend à privilégier une approche restrictive du critère d'applicabilité au litige. M. Guillaume observe au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (*op. cit.*, n° 156) :

*“À la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation ne dissocie pas le critère de l'applicabilité au litige, pour l'examen d'une QPC, de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en considération desquelles « le litige doit être tranché » (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2012, n° 12-12.356). Il en résulte un contrôle renforcé du lien entre la*

---

<sup>4</sup> C. Maugué, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3<sup>ème</sup> éd., Connaissance du droit, Dalloz

*disposition contestée et le litige qui conduit à un examen de la pertinence juridique de l'argumentation par laquelle le requérant entend démontrer ce lien (Civ. 2e, 13 oct. 2011, n° 11-40.058) et une vérification au regard des faits de la cause (Crim. 29 mars 2011, n° 10-87.404), notamment pour déterminer si les dispositions contestées sont celles en vigueur au moment des faits (Crim. 12 oct. 2010, n° 10-90.106). Lorsque la QPC vise plusieurs dispositions législatives, la Cour de cassation est conduite sur ce fondement à procéder au tri entre les dispositions jugées applicables au litige et celles qui ne le sont pas (Com. 19 oct. 2010, n° 10-40.035). Cette conception plus restrictive de l'applicabilité au litige s'avère particulièrement rigoureuse lorsque sont invoqués des griefs tirés de l'incompétence négative du législateur, les dispositions contestées « en tant qu'elles ne sont pas » étendues aux situations d'espèce pouvant être jugées, pour ce motif, comme n'étant pas applicables au litige (Civ. 1re, 19 janv. 2012, n° 11-40.086).»*

La jurisprudence de la Cour de cassation est abondante en ce sens :

- [1<sup>re</sup> Civ., 14 septembre 2010, pourvoi n° 10-13.616](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10.393](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.042](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 19 janvier 2012, pourvoi n° 11-40.086](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 4 juin 2013, pourvoi n° 13-40.013](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 4 février 2015, pourvoi n° 14-21.309, Bull. 2015, I, n° 30](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 15 mars 2017, pourvoi n° 16-22.570](#) en matière de liberté de la presse : *“Mais attendu que les dispositions contestées ne sont pas applicables au litige, dès lors qu'elles ne constituent pas le fondement des poursuites ; qu'en effet, dans leur acte introductif d'instance qui, en matière d'infractions à la loi sur la liberté de la presse, fixe irrévocablement la qualification des faits, les associations ont exclusivement invoqué l'article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 ; que ce texte incrimine la diffamation commise envers les particuliers, quel qu'en soit le mobile, et non la diffamation commise envers un groupe de personnes pour des raisons spécialement déterminées, prévue et réprimée par l'article 32, alinéas 2 et 3, de ladite loi ; qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de renvoyer la question au Conseil constitutionnel”* ;
- [2<sup>e</sup> Civ., 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-40.048](#) ; [2<sup>e</sup> Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 11-40.058](#) ; [2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 12-60.235](#) ; [2<sup>e</sup> Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 13-40.069](#) ; [2<sup>e</sup> Civ., 2 avril 2015, pourvoi n° 14-24.941](#) ;
- [3<sup>e</sup> Civ., 11 février 2016, pourvoi n° 15-21.949](#) ; [3<sup>e</sup> Civ., 31 mars 2016, pourvois n°s 15-25.822 et 15-25.823, Bull. 2016, III, n° 45](#) ;
- [Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-40.035](#) ; [Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.033](#) ;
- [Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 10-40.040 Bull. 2010, V, QPC, n° 5](#) ;
- [Crim., 3 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351](#) ; [Crim., 9 mars 2016, pourvoi n° 15-83.517, Bull. crim. 2016, n° 74](#) ; [Crim., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-86.918](#) ; [Crim., 19 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.855](#) ; [Crim., 23 novembre 2016, pourvoi n° 16-85.756](#) ; [Crim., 9 août 2017, pourvoi n° 17-90.013](#) ; [Crim., 6 février 2018, pourvoi n° 17-83.857](#) ; [Crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 18-80.106](#) ; [Crim., 8 août 2018, pourvoi n° 18-84.282](#) ; [Crim., 8 août 2018, pourvoi n° 18-83.484](#) ; [Crim., 12 septembre 2018, pourvoi n° 18-90.019](#).

- Plus rares sont les arrêts de la Cour de cassation retenant une conception large de l'applicabilité au litige :
- [1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> septembre 2015, pourvoi n° 15-50.062, Bull. 2015, I, n° 186](#) ; [1<sup>re</sup> Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n° 15-40.035, Bull. 2015, I, n° 298](#) ;
- [Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-23.097](#) ;
- [Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 12-90.044](#) ; [Crim., 6 février 2018, pourvoi n° 17-83.857](#).

**3°) L'appréciation du critère d'applicabilité au litige est complexe lorsqu'est mise en cause une absence de dispositions**

La présente question prioritaire de constitutionnalité vise les articles 29, alinéa 1<sup>er</sup>, et 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 qui ont fondé la plainte avec constitution de partie civile du Royaume du Maroc, l'article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, lui ayant été opposé pour déclarer cette plainte irrecevable. Mais elle vise également, en combinaison avec lesdits textes, les articles 30, 31, alinéa 1<sup>er</sup>, et 48, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>, de la loi du 28 juillet 1881 afin de démontrer la rupture d'égalité prétendue résultant de l'impossibilité d'agir de l'Etat étranger.

- M. Parlos, rapporteur de l'arrêt de la chambre criminelle du 6 février 2018 (pourvoi n° 17-83.857), faisait observer que l'appréciation de la notion d'applicabilité au litige est délicate lorsque la question prioritaire de constitutionnalité tend, en réalité, à critiquer, comme en la cause, l'absence d'une disposition.

En effet, même si le contentieux devant le Conseil constitutionnel est objectif, la déclaration d'inconstitutionnalité a pour seul effet d'abroger la disposition législative contestée, de sorte qu'il est nécessaire que l'abrogation du texte critiqué puisse être de nature à faire prospérer la demande du requérant.

- M. Guillaume écrit au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (*op. cit.*, n° 167) :

*“Le Conseil constitutionnel accepte d'examiner des griefs relatifs à une disposition législative en tant que cette disposition législative ne traite pas une situation lorsque cette situation n'est par ailleurs traitée par aucune autre disposition législative. Ce sont ses jurisprudences sur le contrôle “en tant que de ne pas” et sur l'incompétence négative. Ce raisonnement ne s'applique pas, par définition, quand une autre disposition traite de la situation particulière. Il en allait ainsi dans la [QPC n° 2013-312 du 22 mai 2013](#) (M. Jory Orlando T., AJDA 2013. 1028 ; D. 2013. 1282 ; AJ fam. 2013. 387, obs. Gallmeister. – V. aussi [Cons. const. 29 nov. 2013, M. Azdine A., n° 2013-358 QPC](#) ; AJDA 2013. 2411).”*

- A l'instar du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a accepté d'examiner des questions portant sur des dispositions limitatives par leur objet ou leur champ d'application.

La première chambre civile a conclu à l'applicabilité au litige de dispositions en ce qu'elles ne comprenaient pas dans leur champ d'application certaines professions

([1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> septembre 2015, pourvoi n° 15-50.062, Bull. 2015, I, n° 186](#) : “Attendu que la disposition critiquée, en ce qu'elle ne vise pas les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, doit être regardée comme applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958” ; [1<sup>re</sup> Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n° 15-40.035, Bull. 2015, I, n° 298](#), précités).

La chambre commerciale a estimé que les dispositions de l'article L. 642-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce étaient applicables au litige ([Com., 7 juillet 2016, pourvoi n° 14-50.066](#) : “Attendu que ces dispositions sont applicables au litige, dès lors que c'est sur leur fondement que le juge-commissaire puis la cour d'appel ont déclaré irrecevable l'offre de reprise présentée par Mme D, débitrice en liquidation judiciaire, en qualité de mandataire de son fils”).

Récemment, la deuxième chambre civile a expressément jugé applicables au litige des dispositions en ce qu'elles auraient du prévoir certaines règles ([2<sup>e</sup> Civ., 15 février 2018, pourvoi n° 18-60.031](#) : “Attendu que l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature est applicable au litige en tant que M. B, magistrat qui a fait l'objet d'une sanction disciplinaire, soutient que le législateur organique aurait dû prévoir les règles de formation du recours en cassation contre l'ordonnance ayant rejeté sa demande de renvoi pour cause de suspicion légitime dans un litige en relation avec la sanction le concernant”).

Elle a également jugé applicable au litige une question portant sur l'article L. 512-1 du code de la sécurité sociale en ce qu'il ne prévoit pas de dérogation à la condition de résidence en France ([2<sup>e</sup> Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-10.385](#)).

Enfin, la chambre criminelle a jugé applicable à la procédure une question portant sur l'article 46 de la loi n° 2009-1436 pénitentiaire du 24 novembre 2009 en ce qu'elle ne prévoit pas l'hypothèse de la personne mise en examen malade pour laquelle est envisagé le placement en détention ([Crim., 9 janvier 2018, pourvoi n° 17-86.231](#)).

### **5.2.2 - Absence de déclaration de conformité à la Constitution**

La question prioritaire de constitutionnalité doit porter sur une disposition n'ayant pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances.

Au 12 novembre 2018, selon le tableau accessible sur le site internet du Conseil constitutionnel, les articles visés n'avaient pas été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs ou dans le dispositif d'une décision dudit Conseil.

Par ailleurs, il résulte des informations concordantes figurant sur les sites internet du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel n'est pas déjà saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, les dispositions législatives contestées.

### **5.2.3 - La nouveauté ou le caractère sérieux de la question**

### **5.2.3.1 - La nouveauté de la question**

- Dans sa [décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009](#) (cons. 21), le Conseil constitutionnel décide que le critère de nouveauté ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative contestée, mais au regard de la disposition constitutionnelle à laquelle la disposition législative est confrontée ; il retient en effet qu' *"une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle [...] au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel"* et que *"le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère [de nouveauté], imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application et que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif"*.

D'une part, le critère alternatif de la "question nouvelle" a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel, sous prétexte que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question. Le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution. Son action, dans le cadre de l'article 61-1, ne sera pas seulement de censurer des dispositions législatives mais aussi d'assurer l'interprétation uniforme de la Constitution, même dans les cas dans lesquels la disposition législative contestée n'apparaît pas contraire à la Constitution.

D'autre part, le Conseil constitutionnel a estimé que ce critère de la nouveauté habilitait le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à apprécier l'intérêt de le saisir. *"Pourrait ainsi être qualifiée de nouvelle une disposition législative qui fait l'objet à un recours massif à la QPC et qu'il est opportun de faire trancher définitivement par le Conseil constitutionnel"* (commentaire de la décision n° 2009-595 DC précitée aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28). La question nouvelle permet aussi aux cours suprêmes de soumettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qu'elles peuvent ne pas estimer sérieuse mais sur un sujet de société important.

Ainsi que l'observent MM. Guérin et Borzeix au JurisClasseur Procédure pénale (Art. LO 630, Fasc. 20 : Question prioritaire de constitutionnalité, n° 99), le critère de nouveauté représente *"un moyen d'examen de recevabilité complémentaire, ouvert à la Cour de cassation pour déterminer s'il est ou non opportun de transmettre une question potentiellement dépourvue de caractère sérieux"*.

M. Talabardon, dans son rapport sur la décision de la chambre criminelle, refusant dans la présente instance de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité présentée devant elle, écrit que c'est en considération de cette seconde approche que :

- la chambre criminelle a renvoyé au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité critiquant l'absence de motivation des arrêts de cour d'assises ([Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.159, Bull. crim. 2011, n° 11](#) ; [Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.305, Bull. crim. 2011, n° 12](#)) ;



- la première chambre civile a renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité critiquant les dispositions du code civil, alors en vigueur, qui étaient regardées comme prohibant le mariage entre personnes de même sexe ([1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-40.042](#)) ;
- le Conseil d'Etat a renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité critiquant la disposition du code de justice administrative confiant à son vice-président l'établissement de la charte de déontologie de la juridiction administrative ([CE, 19 juillet 2017, n° 411070](#)).
- Le Royaume du Maroc invoque la violation du principe d'égalité devant la justice, tel qu'il est garanti par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

L'analyse des tables de la jurisprudence montre que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion à plusieurs reprises de faire application de ce principe, hors relations entre Etats souverains, et de ces articles.

On citera, à titre illustratif :

- sur le principe d'égalité devant la loi résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ([Cons. constit., 6 juillet 2016, décision n° 2016-551 QPC](#) ; [Cons. constit., 6 septembre 2018, décision n° 2018-770 DC](#)) ;
- sur la garantie des droits résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le droit au recours effectif devant une juridiction qui en découle ([Cons. constit., 9 avril 1996, décision n° 96-373 DC](#), cons. 83 ; [Cons. constit., 25 novembre 2011, décision n° 2011-198 QPC](#) ; [Cons. constit., 13 avril 2012, décision n° 2012-231/234 QPC](#) ; [Cons. constit., 5 octobre 2016, décision n° 2016-580 QPC](#) ; [Cons. constit., 6 septembre 2018, décision n° 2018-770 DC](#), précitée).

### **5.2.3.2 - Le caractère sérieux de la question**

Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité peut être envisagé en considération des éléments suivants :

#### **1°) La protection constitutionnelle du principe d'égalité**

##### **a) Portée du principe**

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 fait référence à trois reprises au principe d'égalité :

- en son article 1<sup>er</sup> : *“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit”*. Cette référence est toutefois si générale que le Conseil constitutionnel ne s'y est jamais référé ;
- en son article 6 : *“La loi doit être la même pour tous”* ;

- en son article 13 : *“Une contribution commune [...] doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés”*.
- L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution (*“[La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion”*) et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*“La loi est l'expression de la volonté générale [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”*) servent de principal support au principe d'égalité devant la loi que le Conseil constitutionnel a reconnu dès 1973 ([Cons. constit., 27 décembre 1973, décision n° 73-51 DC](#), cons. 2).

Dans un attendu de principe repris depuis 1979 ([Cons. constit., 12 juillet 1979, décision n° 79-107 DC](#), cons. 4), le Conseil constitutionnel décide que le principe d'égalité *“ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit”* et précise cependant que *“si en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes”*<sup>5</sup>.

Cette position a été rappelée dans le considérant 14 de sa [décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012](#) (loi de finances pour 2013), considérant dont les sources se retrouvent dans de nombreuses décisions antérieures :

*“Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ;”*

Ainsi, s'il n'y a pas de différence de traitement, il ne peut y avoir violation du principe d'égalité ([Cons. constit., 31 octobre 1981, décision n° 81- 129 DC](#), cons. 18 et suivants. ; [Cons. constit., 9 juin 2011, décision n° 2011- 631 DC](#), cons. 40).

En revanche, lorsque la loi prévoit des différences de traitement, celles-ci doivent être justifiées soit par des différences de situation, soit par des motifs d'intérêt général, en rapport direct avec l'objet de la loi en cause.

Il ressort de la jurisprudence que *“l'égalité ne peut être un droit fondamental absolu et inconditionnel, mais est au contraire une norme relative et contingente”* ([F. Melin-Soucramanien, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 29, octobre 2010, “Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?”](#))

---

<sup>5</sup> Voir aussi [Cons. constit., 29 décembre 2003, décision n° 2003-489](#), cons. 37

Le principe constitutionnel d'égalité devant la loi ne signifie pas que le législateur doit nécessairement s'abstenir d'introduire des distinctions dans les normes qu'il édicte, mais lui impose de ne pas établir de distinctions arbitraires qui contreviendraient aux principes de la Constitution du 24 octobre 1958 et notamment aux exigences posées par son article 1<sup>er</sup>.

Le raisonnement général en matière d'égalité est donc le suivant :

- Le législateur a-t-il traité de manière différente des situations identiques ? Ce traitement différent est-il alors justifié par des raisons d'intérêt général ?
- Ou le législateur a-t-il réglé de façon différente des situations différentes ?
- En tout état de cause, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement est-elle en rapport direct avec l'objet ou la finalité de la loi qui l'établit ?
- Par sa [décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975](#) (cons. 4), le Conseil constitutionnel a dégagé un *“principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi”* et s'appuie sur la combinaison des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce principe a été sans cesse réaffirmé (cf. par ex. [Cons. constit., 17 juin 2011, décision n° 2011-138 QPC](#), cons. 4 ; [Cons. constit., 8 juin 2018, décision n° 2018-712 QPC](#), cons. 6).

Le commentaire de la [décision n° 2015-461 QPC du 24 avril 2015](#) (p.7) exprime avec clarté la double portée du principe d'égalité devant la justice. D'abord utilisé en ce qu'il reconnaît l'égalité entre les parties à même procédure (équilibre des droits des parties), il est aussi considéré comme fondant le principe *“du droit des justiciables dans une situation identique à être jugés devant les mêmes formations de jugement ou selon les mêmes garanties de procédure et à ne pas voir celles-ci varier en fonction de critères qui ne seraient pas objectifs et rationnels”*.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions selon lesquelles seules les associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur des victimes de crimes de guerre commis durant la seconde guerre mondiale pouvaient se constituer partie civile ([Cons. constit., 16 octobre 2015, décision n° 2015-492 QPC](#), cons. 6 et 7) :

*“par suite, les dispositions contestées, en excluant du bénéfice de l'exercice des droits reconnus à la partie civile les associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur des victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité autres que ceux commis durant la seconde guerre mondiale, méconnaissent le principe d'égalité devant la justice ; que les mots : « des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou » figurant à l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse doivent être déclarés contraires à la Constitution”*

#### **b) Champ d'application du principe**

- Le Conseil constitutionnel a déjà fait application du principe d'égalité entre personnes publiques:

- élus locaux ([Cons. constit., 8 décembre 2016, décision n° 2016-741 DC](#), cons. 40 et 41) ;
- collectivités territoriales ([Cons. constit., 29 décembre 2009, décision n° 2009-599 DC](#), cons. 26 à 30 ; [Cons. constit., 19 avril 2013, décision n° 2013-305/306/307 QPC](#), cons. 4 à 7 ; [Cons. constit., 29 décembre 2015, décision n° 2015-725 DC](#), cons. 20 et 22 ; [Cons. constit., 8 décembre 2016, décision n° 2016-741 DC](#), cons. 40 et 41) ;
- communes ([Cons. constit., 30 décembre 1987, décision n° 87-237 DC](#), cons. 2 à 4 :
  - selon leur niveau d'urbanisation ([Cons. constit., 28 décembre 1995, décision n° 95-369 DC](#), cons. 17, 18 et 21) ;
  - selon leur appartenance à une communauté d'agglomération ou pas ([Cons. constit., 26 juin 2003, décision n° 2003-472 DC](#), cons. 5 et 7 ; [Cons. constit., 17 janvier 2013, décision n° 2012-660 DC](#), cons. 17 et 18) ;
- établissements publics selon qu'ils sont d'État ou locaux ([Cons. constit., 24 juillet 2008, décision n° 2008-567 DC](#), cons. 36 et 37) ;
- sociétés d'économie mixte ([Cons. constit., 20 janvier 1993, décision n° 92-316 DC](#), cons. 54.
  - Le principe d'égalité a déjà trouvé à s'appliquer entre personnes morales de droit français et de droit étranger :
    - concernant un seuil d'exonération fiscale ([Cons. constit., 14 janvier 1983, décision n° 82-152 DC](#), cons. 7) ;
    - concernant les organismes d'assurance français et ceux non établis en France ([Cons. constit., 23 juillet 1999, décision n° 99-416 DC](#), cons. 25).
  - Les recherches n'ont pas permis de trouver de décisions appliquant le principe d'égalité entre États, pas plus qu'entre personnes publiques mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ou exerçant une puissance souveraine.

## 2°) La protection constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel effectif

### a) Portée

Le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du droit au recours juridictionnel effectif dans sa [décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996](#) (cons. 83) en le fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel :

*"Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" et "il résulte de cette disposition qu'en*

*principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ;"*

Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour qui un droit ou une liberté n'est protégé que lorsque les conditions de son exercice effectif sont remplies, semble faire écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'article 6 de la Convention doit consacrer une protection réelle et efficace au droit d'accès à la justice afin qu'en soit assuré le caractère effectif.

Sont ainsi protégés :

- le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ([Cons. constit., 17 juin 2011, décision n° 2011-138 QPC](#), cons. 4). Il ne doit pas être porté une atteinte substantielle au droit au recours dans l'édition des règles encadrant ce recours ([Cons. constit., 1<sup>er</sup> juin 2018, décision n° 2018-709 QPC](#)) ;
- le droit des personnes à exercer un recours juridictionnel effectif qui comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles ([Cons. constit., 6 mars 2015, décision n° 2014-455 QPC](#), cons. 3).

C'est au regard de la première acception que l'assemblée plénière devra évaluer le caractère sérieux de la question.

Dans le cadre du contentieux QPC, le Conseil constitutionnel a pu dégager le considérant suivant ([Cons. constit., 13 mai 2011, décision n° 2011-126 QPC](#), cons. 7)<sup>6</sup> :

*“Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : ‘Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution’ ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire”*

Ou bien encore, après avoir cité l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil peut se borner à rappeler *“qu'il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction”* ([Cons. constit., 25 novembre 2011, décision n° 2011-198 QPC](#), précitée, cons. 3)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Voir aussi [Cons. constit., 30 septembre 2011, décision n° 2011-168 QPC](#), cons. 4 ; [Cons. constit., 13 janvier 2012, décision n° 2011-208 QPC](#), cons. 5 ; [Cons. constit., 16 mai 2012, décision n° 2012-247 QPC](#), cons. 3 ; [Cons. constit., 20 novembre 2015, décision n° 2015-499 QPC](#), cons. 3 : *“Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique le droit à une procédure juste et équitable”*

<sup>7</sup> Voir aussi, dans une formulation un peu différente, [Cons. constit., 30 juillet 2010, décision n° 2010-19/27 QPC](#), cons. 9

Pour le Conseil constitutionnel, ce droit “au recours” signifie uniquement “le droit d'accès à un juge”. Il ne correspond donc pas au droit à un double degré de juridiction, pas plus qu'au droit systématique à une voie de recours. En effet, il ressort de l'examen de la jurisprudence constitutionnelle que c'est la potentielle absence totale de recours qui est contraire à la Constitution, et non l'existence de règles encadrant le recours, notamment au regard de sa recevabilité (commentaire de [Cons. constit., 25 octobre 2013, décision n° 2013-350 QPC](#), p. 8).

Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il jugé conforme au droit à une recours effectif des mesures encadrant ce droit. Il a jugé que “*le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789*” ([Cons. constit., 2 décembre 2011, décision n° 2011-203 QPC](#), cons. 10). Il a aussi admis que ce droit puisse être assujéti à l'acquittement d'une contribution financière ([Cons. constit., 13 avril 2012, décision n° 2012-231/234 QPC](#)). Dans le commentaire de cette décision, il est relevé :

*“Le droit à un recours effectif ne présente toutefois pas un caractère absolu. Ainsi, dans sa décision n° 2011-198 QPC du 25 novembre 2011 relative à l'article 74 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 mettant fin à la dispense du paiement des droits de plaidoirie pour les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, le Conseil a jugé que « l'aide juridictionnelle allouée par l'État peut être demandée par tout justiciable et lui est accordée s'il satisfait aux conditions de son attribution ; que les dispositions contestées qui excluent les droits de plaidoirie du champ de cette aide ne méconnaissent pas, eu égard à leur faible montant, le droit au recours effectif devant une juridiction ; qu'en tout état de cause, il appartient au pouvoir réglementaire, compétent pour fixer le montant de ces droits, de le faire dans une mesure compatible avec l'exigence constitutionnelle rappelée ci-dessus”*

A *contrario*, dans le cadre de la procédure pénale, le Conseil constitutionnel censure, au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'absence totale de recours :

- [Cons. constit., 20 novembre 2015, décision n° 2015-499 QPC](#), cons. 1 à 4 :

*“qu'en interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions du dernier alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale doivent être déclarées contraires à la Constitution”*

- [Cons. constit., 24 mai 2016, décision n° 2016-543 QPC](#), cons. 12 à 14 :

*“Au regard des conséquences qu'entraînent ces refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat, excepté lorsque cette décision est relative au refus d'accorder, durant l'instruction, un permis de visite au profit d'un membre de la famille du prévenu, conduit à ce que la procédure contestée méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789”*

## **b) Champ d'application**

- Les recherches ont permis d'identifier une décision faisant application du droit à un recours juridictionnel effectif à une personne morale de droit étranger. En vertu de ce principe, le Conseil constitutionnel a jugé que la déclaration préalable à la préfecture,

dans le but d'ester en justice pour une personne morale de droit étranger, ne devait pas s'entendre comme privant les associations ayant leur siège à l'étranger de la qualité d'agir devant les juridictions françaises ([Cons. constit., 7 novembre 2014, décision n° 2014-424 QPC](#), cons. 7) :

*“Considérant, toutefois, que les dispositions du troisième alinéa de l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 n'ont pas pour objet et ne sauraient, sans porter une atteinte injustifiée au droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, être interprétées comme privant les associations ayant leur siège à l'étranger, dotées de la personnalité morale en vertu de la législation dont elles relèvent mais qui ne disposent d'aucun établissement en France, de la qualité pour agir devant les juridictions françaises dans le respect des règles qui encadrent la recevabilité de l'action en justice ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789”*

Par cette réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel s'assure que les dispositions contestées ne conduisent pas à une totale absence de recours.

- Le Conseil a fait application de ce principe à des personnes morales de droit public nationales. Ainsi, il a jugé contraire au droit à un recours juridictionnel effectif l'impossibilité pour les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 de mettre en mouvement l'action publique, par quelque moyen que ce soit, pour des faits de diffamation. Le Conseil constitutionnel, après avoir constaté l'absence de toute voie de recours, a jugé les dispositions précitées contraires à la Constitution ([Cons. constit., 25 octobre 2013, décision n° 2013-350 QPC](#), cons. 7) :

*“lorsqu'elles sont victimes d'une diffamation, les autorités publiques dotées de la personnalité morale autres que l'État ne peuvent obtenir la réparation de leur préjudice que lorsque l'action publique a été engagée par le ministère public, en se constituant partie civile à titre incident devant la juridiction pénale ; qu'elles ne peuvent ni engager l'action publique devant les juridictions pénales aux fins de se constituer partie civile ni agir devant les juridictions civiles pour demander la réparation de leur préjudice ; que la restriction ainsi apportée à leur droit d'exercer un recours devant une juridiction méconnaît les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doit être déclarée contraire à la Constitution”*

Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel recherche, dans l'environnement normatif de la disposition critiquée, l'existence éventuelle d'autres voies de droit permettant au justiciable d'accéder à un juge et de protéger les mêmes intérêts.

### 3°) La conciliation entre le principe d'égalité et le droit à un recours effectif

- *“Le droit au recours peut donc être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles”* (commentaire de [Cons. constit., 25 octobre 2013, décision n° 2013-350 QPC](#), p. 8). Lorsqu'il est confronté à la question de l'impossibilité de contester une décision, le Conseil constitutionnel s'appuie rarement sur le seul droit à un recours effectif. Ce droit est souvent combiné avec d'autres droits et libertés garantis par la Constitution, comme l'égalité devant la loi et/ou devant la justice.

Adaptant la rédaction retenue en 1981, le Conseil a dégagé le considérant de principe suivant ([Cons. constit., 23 juillet 2010, décision n° 2010-15/23 QPC](#), cons. 4)<sup>8</sup> :

*“si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s’appliquent, c’est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l’existence d’une procédure juste et équitable garantissant l’équilibre des droits des parties”*

Cette rédaction souligne l’étroite imbrication existant entre le principe d’égalité et les garanties procédurales lorsque sont en cause des dispositions législatives relatives à la procédure devant les juridictions.

En pratique, l’égalité devant la justice présente deux aspects qui conduisent à ce qu’elle soit examinée soit de manière autonome, soit au travers des garanties des droits de la défense. Elle est traitée de manière autonome chaque fois qu’une modalité de l’organisation judiciaire ou des règles de procédure traitent de manière différente des justiciables qui se trouvent dans une situation procédurale identique. Elle est examinée à l’aune des droits de la défense chaque fois qu’elle met en cause le droit à une procédure juste et équitable, l’égalité des garanties ou l’équilibre des droits des parties.

Faisant application de sa jurisprudence en matière de différence de situation, le Conseil constitutionnel a jugé conforme au principe d’égalité devant la procédure pénale les dispositions de l’article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 allongeant la durée de la prescription pour certains délits au motif que cette différence de traitement résultait d’une différence de situation. Toutefois, le Conseil constitutionnel rappelle le nécessaire respect des droits de la défense parmi lesquels se trouve le droit à un recours juridictionnel effectif ([Cons. constit., 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC](#), cons. 31) :

*“Considérant que, si en vertu de l’article 7 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 et de l’article 34 de la Constitution, les règles de la procédure pénale sont fixées par la loi, il est loisible au législateur de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s’appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables”*

- Ainsi, une rupture d’égalité, même justifiée par une différence de situation, ne peut avoir pour finalité de priver une partie des justiciables de toute voie de recours.

---

<sup>8</sup> On peut également se référer à : [Cons. constit., 20 janvier 2005, décision n° 2004-510 DC](#) ; [Cons. constit., 21 octobre 2011, décision n° 2011-190 QPC](#), cons. 4 : *“Considérant qu’aux termes de l’article 6 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, la loi est « la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution » ; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s’appliquent, c’est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l’existence d’une procédure juste et équitable garantissant l’équilibre des droits des parties”* ; mais aussi à : [Cons. constit., 31 janvier 2014, décision n° 2013-363 QPC](#), cons. 4 ; [Cons. constit., 3 juin 2016, décision n° 2016-544 QPC](#), cons. 6 ; [Cons. constit., 21 juillet 2017, décision n° 2017-645 QPC](#), cons. 6.



Le Conseil constitutionnel a jugé conformes aux principes d'égalité et au droits à un recours effectif des dispositions limitant l'accès au juge à certains justiciables aux motifs qu'ils étaient placés dans une situation différente et que la restriction portée au droit au recours était limitée mais n'excluait pas tout accès au prétoire ([Cons. constit., 17 juin 2011, décision n° 2011-138 QPC](#), cons. 7)

*“Considérant que la disposition contestée n'a ni pour objet ni pour effet d'interdire la constitution d'une association ou de soumettre sa création à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ; qu'elle prive les seules associations, dont les statuts sont déposés après l'affichage en mairie d'une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser les sols, de la possibilité d'exercer un recours contre la décision prise à la suite de cette demande ; que la restriction ainsi apportée au droit au recours est limitée aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols ; que, par suite, l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme ne porte pas d'atteinte substantielle au droit des associations d'exercer des recours ; qu'il ne porte aucune atteinte au droit au recours de leurs membres ; qu'il ne méconnaît pas davantage la liberté d'association”*

De même, le Conseil constitutionnel a jugé conformes aux principes ci-dessus exposés les dispositions de l'article 698-2 du code de procédure pénale qui réservent aux seules personnes qui ont personnellement souffert d'un dommage causé par des actes militaires la possibilité de se constituer partie civile, excluant ainsi les personnes lésées dont le droit de mettre en œuvre l'action publique est limité. En effet, le Conseil constitutionnel a constaté la présence de voies de droit alternatives entre les mains de la partie lésée, notamment en ce qu'elle pouvait se constituer partie civile directement devant le juge d'instruction ([Cons. constit., 24 avril 2015, décision n° 2015-461 QPC](#), cons. 7) :

*“Considérant qu'il résulte du premier alinéa de l'article 698-2 du code de procédure pénale que la partie lésée ne peut mettre en mouvement l'action publique que par la voie de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction ; qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a, eu égard aux contraintes inhérentes à l'exercice de leurs missions par les forces armées, entendu limiter, en matière délictuelle, le risque de poursuites pénales abusives exercées par la voie de la citation directe en imposant une phase d'instruction préparatoire destinée, d'une part, à vérifier si les faits constituent une infraction et la suffisance des charges à l'encontre de la personne poursuivie et, d'autre part, à établir les circonstances particulières de la commission des faits ; que la partie lésée conserve la possibilité de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile devant le juge d'instruction ou d'exercer l'action civile pour obtenir réparation du dommage que lui ont personnellement causé les faits à l'origine de la poursuite”*

A *contrario*, au visa du principe d'égalité devant la justice, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions du code de procédure pénale conditionnant la possibilité pour une victime de former un pourvoi en cassation à la formation d'un recours préalable par le ministère public en ce qu'elles pouvaient écarter la victime de son droit d'accès au juge ([Cons. constit., 23 juillet 2010, décision n° 2010-15/23 QPC](#), cons. 8) :

*“Considérant que la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public ; que, toutefois, la disposition contestée a pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure ; qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure*

*pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense ; que, par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution"*

Il semble donc que le Conseil constitutionnel s'assure que les différences procédurales résultant d'une rupture d'égalité, justifiée par une différence de situation ou par la mise en œuvre d'un intérêt général, ne conduisent pas une partie à se voir totalement privée de tout accès au juge. Pour cela, le Conseil recherche, dans l'environnement normatif de la disposition contestée, l'existence d'autres voies de droit à même de garantir au justiciable un accès effectif au prétoire. Ainsi que l'écrit, M. Guillaume écrit au Répertoire Dalloz de contentieux administratif (*op. cit.*, n° 166) : *"Le Conseil constitutionnel [...] vérifie, le cas échéant, si une autre disposition législative n'assure pas la conformité à la Constitution de la disposition contestée [...]"*.