

**AVIS ORAL DE M. DESPORTES,  
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL**

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

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

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

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

**Monsieur [Y] [W]**

**C/**

---

Monsieur le président,  
Mesdames et messieurs les présidents de chambre,  
Mesdames et messieurs les doyens,  
Mesdames et messieurs les conseillers,

Le 1<sup>er</sup> juillet 2021, la commission d’instruction de la Cour de justice de la République a procédé à une perquisition au sein du ministère de la justice dans l’information suivie contre le garde des Sceaux en exercice pour prise illégale d’intérêt. Cette perquisition, qui a connu un certain retentissement médiatique, a fait l’objet, par le garde des Sceaux, d’une demande d’annulation au motif, notamment, qu’elle aurait présenté un caractère disproportionné. La question prioritaire de constitutionnalité – la QPC - qui vous est soumise vient au soutien de cette demande d’annulation. Elle tend à faire juger par le Conseil constitutionnel que les dispositions du code de procédure pénale sur le fondement desquelles cette perquisition s’est déroulée seraient inconstitutionnelles faute d’entourer de garanties suffisantes les perquisitions lorsqu’elles sont conduites au siège d’un ministère.

En raison du lien entre cette question et la demande d’annulation, il est naturel et, à vrai dire, inévitable, qu’à l’occasion de son examen, chacun ait à l’esprit la perquisition dont la régularité est contestée. Mais, dans votre réflexion, cette perquisition ne peut être présente qu’en arrière-

plan. Il est bien clair qu'il ne s'agit pas aujourd'hui d'en apprécier la régularité. Cette appréciation sera portée lors de l'examen du pourvoi formé contre l'arrêt – ou les arrêts – par lesquels la commission d'instruction a rejeté la demande d'annulation. La question que le demandeur souhaite voir transmettre au Conseil constitutionnel est uniquement de déterminer si, considérés de manière abstraite, les textes qui ont constitué le fondement de la mesure contestée sont conformes aux exigences constitutionnelles. Autrement dit, la circonstance que la régularité de la perquisition puisse donner lieu à débat ne saurait être, par elle-même, un motif de renvoi au Conseil constitutionnel des dispositions en vertu desquelles elle a été effectuée. Si je me permets de rappeler cette évidence, c'est qu'il me semble que, parmi les arguments mis en avant en faveur du renvoi de la question, certains auraient davantage leur place dans un débat, à venir, sur la régularité de la perquisition.

Sous le bénéfice de cette observation liminaire, j'en viens à l'examen de la question. Je consacrerai mes conclusions orales aux interrogations suscitées par sa recevabilité, au cœur du débat.

La question qu'il vous est demandé de renvoyer au Conseil constitutionnel tend donc à faire juger que, faute d'assigner des limites spécifiques aux perquisitions lorsqu'elles sont effectuées au sein d'un ministère, les dispositions des articles 56, 57 et 96 du code de procédure pénale méconnaîtraient, d'une part, le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la DDHC et, d'autre part, l'article 34 de la Constitution selon lequel il appartient au législateur de fixer les règles concernant la procédure pénale.

En réalité, les deux griefs, indissociablement liés, n'en font qu'un. Aux yeux du demandeur, le principe de séparation des pouvoirs se trouve méconnu faute pour le législateur d'avoir exercé sa compétence en énonçant les règles de nature à le préserver.

Il faut cependant rappeler qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, seule peut être invoquée au soutien d'une QPC l'atteinte portée aux droits et libertés que garantit la Constitution. Or, toute violation d'une norme incluse dans le bloc de constitutionnalité ne s'analyse pas en une telle atteinte. Le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions - appelé plus communément comité Balladur - dont les travaux ont inspiré la création de la QPC, avait recommandé que, je le cite, ne soient « *invocables que les normes constitutionnelles de fond, le justiciable n'ayant pas vocation à s'ériger en gardien de la procédure législative ou du respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire* ».

Cette orientation a été entérinée par le législateur constitutionnel. Il résulte des travaux préparatoires de la réforme constitutionnelle de 2008 que les droits et libertés dont la violation peut être invoquée au soutien d'une QPC sont les normes assurant la garantie des droits de la personne à l'exclusion des normes constitutionnelles de compétence et de procédure qui, pour reprendre l'exposé des motifs du projet, « *n'intéressent que les rapports entre les pouvoirs publics* ».

Tirant les conséquences de cette exclusion, le Conseil a jugé à plusieurs reprises que la violation de telles normes ne pouvait fonder une QPC. C'est en définitive la solution de principe qu'il applique au grief tiré de la méconnaissance de la compétence de la loi telle qu'elle est définie à l'article 34 de la Constitution et à celui tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs proclamé à l'article 16 de la DDHC. Toutefois, la solution est alors appliquée par lui avec nuance. C'est que ces deux règles constitutionnelles se situent en quelque sorte aux confins des règles de fond et des règles de procédure ou de compétence.

Depuis sa décision société Kimberly Clark du 18 juin 2010, s'agissant des dispositions de l'article 34, et depuis sa décision Karim. B. du 22 juillet 2016, s'agissant du principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel juge que leur méconnaissance « *ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ». Notons que quelques

mois avant la décision du 22 juillet 2016, votre troisième chambre avait statué dans le même sens à propos de la violation du principe de séparation des pouvoirs.

Il résulte de ces décisions que le Conseil constitutionnel assimile les deux griefs à ceux tirés de la violation de règles de compétence. Dans la mesure où les règles méconnues ont avant tout pour objet de fixer la répartition entre les pouvoirs, leur méconnaissance ne peut en principe fonder une QPC sauf le cas où elle emporterait par elle-même celle d'un droit ou d'une liberté que garantit la Constitution. Cela revient à dire que le grief tiré de la violation de l'article 34 ou celui tiré de la violation de la séparation des pouvoirs ne peut être utilement invoqué à l'appui d'une QPC qu'en combinaison avec celui tiré de la violation d'un droit ou d'une liberté entrant dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution.

Les arguments avancés par le demandeur pour affirmer que cette solution ne serait plus applicable ou qu'elle ne le serait pas en l'espèce ne m'apparaissent pas convaincants.

D'abord, la circonstance que, dans la question qui vous est soumise, les deux griefs soient invoqués de manière combinée n'est pas de nature à renouveler les termes du débat. Il résulte clairement des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel qu'ensemble ou séparément, ces griefs ne peuvent fonder une QPC s'ils ne sont pas le support, la condition ou la modalité de la violation d'un droit ou d'une liberté qui serait invoquée par ailleurs. Il n'importe à cet égard que la violation de la séparation des pouvoirs procède d'une incompétence négative et non d'une atteinte qui lui serait, si je puis dire, frontalement portée.

Par ailleurs, le demandeur soutient qu'il résulterait des développements de sa jurisprudence depuis sa décision du 22 juillet 2016 que le Conseil admettrait désormais que la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs puisse être invoquée de manière autonome.

Il est vrai que, par des décisions des 8 décembre 2017 et 14 septembre 2021, statuant sur des QPC fondées, notamment, sur une atteinte au principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution après avoir relevé qu'elles ne portaient pas atteinte à ce principe. Cependant, il ne saurait en être déduit qu'il serait revenu - d'une manière qui eût été alors fort subreptice - sur la solution nettement affirmée dans sa décision du 22 juillet 2016. En réalité, dans les cas de figure qui étaient alors soumis au Conseil constitutionnel, la violation de la séparation des pouvoirs était susceptible de porter atteinte, par elle-même, à un droit ou une liberté dont la violation était invoquée par ailleurs – en l'occurrence l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif. Dans les deux décisions citées, le Conseil a jugé que les dispositions contestées plaçant les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des Sceaux assuraient une conciliation qui n'était pas déséquilibrée entre le principe d'indépendance et les exigences découlant de l'article 20 de la Constitution qui confie au Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation. Cette appréciation emportait mécaniquement et, comme l'a relevé le Conseil dans la seconde décision citée, « *pour les mêmes motifs* », l'absence d'atteinte au principe de séparation des pouvoirs, laquelle se confondait en l'occurrence avec l'atteinte au principe d'indépendance. En tout cas, on ne trouvera aucun exemple de décision de censure rendue sur une QPC qui serait fondée sur la seule violation du principe de séparation des pouvoirs.

En vérité, comme l'observe - parmi d'autres auteurs - Dominique Rousseau dans son ouvrage sur la question prioritaire de constitutionnalité, l'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs à l'appui d'une QPC est très limitée. Pour reprendre ses mots, en pratique, on constate que « *le principe est invocable (...) dans la mesure où il vise à préserver l'exercice de la fonction juridictionnelle contre l'immixtion des autres pouvoirs et a ainsi partie étroitement liée avec l'exigence de la garantie des droits à laquelle il est d'ailleurs associé par la lettre même de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ». Il est difficile de dire mieux. On ajoutera avec Dominique Rousseau que dans ce cas de figure, l'intérêt du moyen tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs est très relatif dans la mesure où, je le cite, « *ce principe conforte alors simplement une argumentation qui pourrait être uniquement et tout aussi valablement fondée, selon le cas, sur la seule méconnaissance de la garantie des droits* ».

Pour dire les choses un peu trivialement, en matière de QPC, le principe de séparation des pouvoirs peut être pleinement mobilisé de manière autonome en contre mais non en attaque. Il

peut venir justifier la limitation apportée au droit ou à la liberté dont la violation est invoquée. En revanche, sa violation ne peut fonder une QPC, sauf si elle emporte, en miroir, la violation d'un droit qui lui est consubstantiel parce qu'il est attaché à la nature même du pouvoir qui a été atteint.

Toute la question est donc de savoir s'il est possible de considérer que le demandeur aurait entendu, implicitement ou explicitement, invoquer en même temps que la violation du principe de séparation des pouvoirs, celle d'un droit entrant dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution et notamment l'un de ceux constitutifs de la garantie des droits proclamée par ailleurs à l'article 16 de la Déclaration : droit à un recours effectif, droit à une juridiction indépendante et impartiale, droit à un procès équitable ou encore droits de la défense.

Il est constant qu'il n'est fait aucune mention de l'atteinte à un tel droit dans les termes mêmes de la question. En revanche dans l'argumentation développée dans le mémoire de QPC, le demandeur fait valoir qu'en raison de leurs insuffisances, les dispositions contestées porteraient atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable. Cependant, conformément aux observations complémentaires qu'il a déposées à la suite du dépôt du rapport et de mon avis, il confirme bien devant vous qu'il n'entend se prévaloir que de la violation du principe de séparation des pouvoirs.

En réalité, à ses yeux, c'est la spécificité de l'affaire dans laquelle la question est posée qui devrait vous conduire à admettre la recevabilité du grief tiré de la violation du principe de séparation des pouvoirs. Pour reprendre les termes de ses observations écrites, la séparation des pouvoirs serait ici « *intrinsèquement liée à ses droits et libertés* » en raison du contexte contentieux. Le fait que la perquisition ait été effectuée au sein du ministère dont le demandeur a la charge induirait une forme de mutation du principe, la défense du pouvoir exécutif se confondant alors en quelque sorte avec la défense personnelle du ministre qui l'incarne. De principe d'organisation de l'Etat, le principe se muerait en un droit ou une liberté propre au ministre-justiciable mis en cause et serait invocable par lui comme tel.

Il me paraît cependant difficile de suivre cette analyse. Comme je le rappelais dans mes observations liminaires, une fois posée, une QPC se présente de manière abstraite, détachée des circonstances qui l'ont déterminées. Elle doit donc être considérée indépendamment des éléments extrinsèques que constituent la qualité du requérant ou le contexte procédural. Certes, ces éléments ne sont pas indifférents. Ils doivent être pris en compte pour déterminer l'applicabilité au litige des dispositions contestées. Mais ils ne sauraient déterminer la portée du principe constitutionnel invoqué si l'on admet qu'un principe constitutionnel ne peut être à géométrie variable.

En l'occurrence et comme le soutient le demandeur lui-même, sa question tend à faire juger par le Conseil constitutionnel que les dispositions relatives aux perquisitions assureraient une protection insuffisante du pouvoir exécutif contre les intrusions du pouvoir judiciaire. Ces intrusions tiendraient à ce qu'en perquisitionnant dans un ministère, la juridiction d'instruction pourrait prendre connaissance de documents intéressant l'action du Gouvernement susceptibles, pour certains, de faire l'objet d'une mention de protection Diffusion restreinte. Le demandeur voit là une immixtion disproportionnée dans la fonction gouvernementale telle que définie à l'article 20 de la Constitution.

Relevons incidemment qu'en l'état des garanties prévues par le code de procédure pénale, qui assure notamment, en son article 56-4, une protection drastique du secret de la défense nationale, d'ailleurs mise en œuvre dans la présente affaire, le caractère sérieux de la question ne va pas de soi. En particulier, la mention Diffusion restreinte n'a d'autre fondement que des instructions interministérielles. Elle est mise en œuvre par l'autorité administrative selon des critères laissant à celle-ci une large marge d'appréciation. En outre elle peut s'appliquer à des documents conservés dans un très grand nombre de collectivités publiques de sorte que la

question de leur accès déborde largement celle des perquisitions au siège des ministères. Enfin, la mention ne fait pas obstacle par elle-même à la communication des documents concernés sur le fondement des dispositions du code des relations entre le public et l'administration et du code du patrimoine de sorte que son opposabilité au juge d'instruction peut susciter quelques doutes.

Mais, quoi qu'il en soit, là n'est pas le sujet. Vous n'aurez pas à apprécier le caractère sérieux de la question. Si nul ne conteste que le principe de séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du pouvoir exécutif, ainsi que l'a expressément jugé le Conseil constitutionnel par sa décision *Ekaterina B.* du 10 novembre 2011, la protection constitutionnelle assurée contre des empiètements jugés disproportionnés de l'autorité judiciaire ne peut être mise en œuvre dans le cadre de la procédure de QPC.

Il est vrai que nombre des dispositions renforçant les garanties entourant certaines perquisitions découlent de la nécessité constitutionnelle de préserver des droits et libertés que garantit la Constitution : droits de la défense, s'agissant des perquisitions dans un cabinet ou au domicile d'un avocat, liberté d'expression, s'agissant de celles effectuées dans des entreprises de presse ou au domicile d'un journaliste ou encore, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel par sa décision du 4 décembre 2015, principe d'indépendance des juridictions s'agissant de celles effectuées au sein d'une juridiction ou au domicile d'un magistrat. Mais, de l'existence de ces régimes de protection, il ne saurait être déduit que, par symétrie, la protection des locaux ministériels devrait également bénéficier d'une protection et, surtout, que celle-ci trouverait sa raison d'être dans un droit ou une liberté que garantit la Constitution qui serait distinct de la séparation des pouvoirs elle-même.

En conclusion, dès lors qu'au cas présent, la violation alléguée du principe de séparation des pouvoirs n'emporte pas, par elle-même, la violation d'un droit ou d'une liberté que garantit la Constitution, je conclus à ce que vous déclariez irrecevable la question prioritaire de constitutionnalité qui vous est soumise.