



HAL
open science

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2018

Alexia David, Alexandre Labbay, Juliette Lecame, Morgan Pénitot, David
Poinsignon

► **To cite this version:**

Alexia David, Alexandre Labbay, Juliette Lecame, Morgan Pénitot, David Poinsignon. Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2018. Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2019, La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé, 17, pp.203-215. 10.4000/crdf.3860 . hal-02678689v2

HAL Id: hal-02678689

<https://normandie-univ.hal.science/hal-02678689v2>

Submitted on 13 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2018

Alexia DAVID

Doctorante en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

Alexandre LABBAY

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

Juliette LECAME

Docteure en droit public de l'université de Caen Normandie

Juge assesseur à la Cour nationale du droit d'asile

Membre associée du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

Morgan PÉNITOT

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

David POINSIGNON

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. La transposition de la directive « secret des affaires » :
quelques précisions sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel
 - A. Les précisions apportées sur les principes inhérents à l'identité constitutionnelle française
 1. La liberté d'entreprendre et l'égalité
 2. La liberté d'expression et de communication
 - B. Les précisions apportées sur l'étendue du contrôle
 1. L'incompatibilité manifeste d'une loi de transposition ou d'adaptation à un règlement
 2. Le contrôle de la marge d'appréciation du législateur
 - II. Au nom de la fraternité : la censure partielle du délit d'aide à l'entrée,
à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger
 - A. Satisfaire Antigone
 - B. Ménager Créon
 - III. L'inconstitutionnalité de l'interdiction des correspondances des prévenus en détention provisoire :
entre droit au recours effectif et droit au respect de la vie privée et familiale
 - A. Une autonomie apparente du droit au recours effectif
 - B. Une modulation conciliante des effets de la décision

IV. L'inconstitutionnalité des zones de protection ou de sécurité (ZPS) instaurées dans le cadre de l'état d'urgence

- A. Une conciliation déséquilibrée entre l'OVC de sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'aller et venir : un encadrement insuffisant des ZPS
- B. Les retombées de la loi n° 2017-1510 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme
 1. Le régime des périmètres de protection, plus strict que celui des ZPS
 2. Les périmètres de protection : une conformité sous réserve

À l'occasion des cinquante-cinq ans de la Constitution de 1958, le chef de l'État d'alors soulignait la nécessité que « l'institution [de la rue de Montpensier] ait une sagesse, une grande sagesse »¹, au regard de l'étendue de ses pouvoirs qui a évolué au fil de la V^e République. Il n'est que de regarder les décisions rendues en 2018 pour en avoir un nouvel aperçu. Le rôle actif du Conseil constitutionnel transparait tant dans ses techniques d'interprétation que dans la conciliation qu'il effectue entre droits et principes constitutionnels. L'appréhension que les membres du Conseil ont des notions d'« identité constitutionnelle française » (I) ou de « fraternité » (II) permet une rénovation de leur contrôle. Celui-ci n'aboutit pourtant pas à placer le pouvoir législatif sous un carcan. L'examen de lois dans les domaines carcéral (III) et de l'état d'urgence (IV) révèle le respect – qui n'est pas toujours sans soulever d'interrogations – de la marge d'appréciation souveraine du Parlement et de la procédure législative.

I. La transposition de la directive « secret des affaires » : quelques précisions sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel

La directive (UE) 2016/943 dite « secret des affaires »² a fait l'objet d'un traitement médiatique inhabituel³ tant les inquiétudes pour les libertés d'expression et d'information étaient et demeurent fortes. Cette directive a en effet pour ambition de protéger « les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites »⁴. Elle a été transposée en droit national par la loi n° 2018-670

du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. Cette loi a modifié plusieurs dispositions du Code du commerce afin de satisfaire aux exigences constitutionnelles de transposition des directives. Mais le Conseil constitutionnel a d'abord été saisi par soixante députés et sénateurs afin d'apprécier sa constitutionnalité. L'apport de cette décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018 ne réside pas dans l'analyse des griefs soulevés (notamment l'atteinte à la liberté d'expression et de communication, à la liberté d'entreprendre, à l'égalité devant la loi, à l'article 9 de la Charte de l'environnement ou encore au huitième alinéa du préambule de 1946) mais dans les règles contentieuses liées à l'articulation des ordres juridiques français et de l'Union. Selon la jurisprudence habituelle fondée sur l'article 88-1 de la Constitution⁵, il appartient au Conseil de contrôler l'exigence constitutionnelle de transposition des directives pesant sur le législateur. Toutefois, celui-ci limite son contrôle à l'incompatibilité manifeste d'une loi de transposition avec une directive. Aussi, cette transposition ne saurait « aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁶. En dehors de ces hypothèses, il ne lui appartient pas de contrôler la constitutionnalité de dispositions législatives qui « se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive⁷. Le recours à cette jurisprudence traditionnelle n'empêche pas le Conseil d'apporter de multiples précisions dans cette décision. D'une part, il précise le contenu des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » (A). D'autre part, il confirme puis précise l'étendue du contrôle opéré au titre des exigences de l'article 88-1 de la Constitution (B).

1. Discours du président de la République pour les cinquante-cinq ans de la Constitution de la V^e République, 3 octobre 2013, en ligne : <http://discours.vie-publique.fr/notices/137002280.html>.
2. Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.
3. A. Carasco, « La loi "secret des affaires", une épée de Damoclès sur l'information », *La Croix*, 21 juin 2018 ; L. Joffrin, « La loi sur le secret des affaires est un danger pour nos libertés fondamentales », *Libération*, 21 mars 2018 ; A. Loussouarn, « Démocratie. Secret des affaires : une loi du silence qui devrait faire grand bruit », *L'Humanité*, 27 mars 2018 ; collectif, « L'intérêt général et le droit des citoyens à l'information remis en cause », *Le Monde*, 20 mars 2018.
4. Directive (UE) 2016/943, art. 1, § 1.
5. CC, déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.
6. CC, déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, § 19.
7. *Ibid.*, § 35.

A. Les précisions apportées sur les principes inhérents à l'identité constitutionnelle française

La liberté d'entreprendre et le principe d'égalité (1), ainsi que les libertés d'expression et de communication (2) ne sont pas intégrés par le Conseil à l'identité constitutionnelle française.

1. La liberté d'entreprendre et l'égalité

Les auteurs de la saisine estimaient que la loi de transposition méconnaissait la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité car les petites entreprises seraient dans les faits désavantagées et ne pourraient protéger efficacement leurs secrets. L'arrêt *Arcelor* du 8 février 2007 a déjà été l'occasion pour le Conseil d'État de se prononcer sur la protection équivalente, en France et dans l'Union, de la liberté d'entreprendre et du principe d'égalité⁸. Il revenait à présent au Conseil constitutionnel d'apprécier si cette liberté et ce principe avaient le caractère de principes inhérents à l'identité constitutionnelle française. Le Conseil a rejeté cette hypothèse⁹. Il a relevé que la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité figurent respectivement aux articles 16 et 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Cette liberté et ce principe ne peuvent donc pas être considérés comme des principes inhérents à l'identité constitutionnelle française. Comme le précise Véronique Champeil-Desplats, un principe « inhérent » doit être compris comme un principe « exclusif »¹⁰ car il s'agit de protéger des principes qui n'auraient aucun équivalent en droit de l'Union. Il ne s'agit pas de protéger l'identité-similarité de l'ordre constitutionnel français mais de protéger son identité-singularité par rapport à l'ordre juridique de l'Union. Le Conseil s'inscrit ainsi dans le pluralisme constitutionnel en évitant un conflit avec l'ordre juridique de l'Union, qui a sa propre logique constitutionnelle et sa propre protection des droits, sans toutefois nier les spécificités constitutionnelles de la France.

Certes, comme pour l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'État, on peut mettre en doute l'identité des notions de liberté d'entreprendre et d'égalité entre les ordres juridiques¹¹. Mais plutôt qu'une stricte identité avec l'ordre juridique de l'Union, il s'agit pour le Conseil de rechercher une

équivalence à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme¹² ou de la Cour constitutionnelle allemande¹³. Peut-il en être autrement dans l'ordre juridique de l'Union où s'imbriquent vingt-huit ordres juridiques nationaux désireux de préserver leur autonomie ?

2. La liberté d'expression et de communication

Les principaux griefs portaient naturellement sur les libertés d'expression et de communication qui pouvaient être remises en cause par l'interdiction d'obtenir, d'utiliser et de divulguer des secrets d'affaires. Pour la première fois, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur l'appartenance de ces libertés aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle. Le Conseil relève toutefois que ces libertés sont protégées tant à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) qu'à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux. Elles ne figurent donc pas parmi les principes inhérents à l'identité constitutionnelle française¹⁴.

Les sénateurs et députés auteurs de la saisine arguaient pourtant que ces libertés étaient des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France pour des raisons historiques et juridiques¹⁵. Ils ont d'abord convoqué l'histoire française, la Révolution de 1789 et la philosophie des Lumières qui se serait principalement développée en France. À cet égard, les sénateurs n'hésitent pas à citer la définition des Lumières d'Immanuel Kant qui était prussien... La philosophie des Lumières n'est en effet pas spécifiquement française mais s'est déployée partout en Europe au XVIII^e siècle¹⁶. L'argument historique pouvait dès lors être écarté. L'argument juridique se concentrait sur la portée différente de la liberté d'expression en droit français et en droit de l'Union. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, la liberté d'expression « constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste »¹⁷ tandis que, pour le Conseil constitutionnel, elle « est une condition de la démocratie »¹⁸. Les sénateurs se sont engagés dans une comparaison quelque peu byzantine de ces conclusions propres à chaque juridiction. Selon eux, dès lors que la liberté d'expression ne serait pour la Cour de justice qu'« un des fondements essentiels d'une société démocratique » parmi d'autres, elle pourrait faire l'objet d'atteintes limitées sans que cette société démocratique disparaisse nécessairement. En revanche, dès lors que la

8. Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

9. CC, déc. n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, § 12 sq. et 38.

10. Voir V. Champeil-Desplats, « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre », *Revue du droit du travail*, 2018, p. 666.

11. *Ibid.*

12. Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n° 45036/98, point 155.

13. BVerfG, 30 juin 2009, *traité de Lisbonne*, 2 BvE 2/08, point 191 : « La Cour constitutionnelle fédérale n'exerce plus sa juridiction [...] uniquement tant que l'Union européenne assure une protection des droits fondamentaux dont le contenu et l'efficacité sont essentiellement équivalents à la protection des droits fondamentaux considérée comme impérative par la Loi fondamentale ».

14. CC, déc. n° 2018-768 DC, § 10.

15. La saisine est disponible à cette adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018768dc/2018768dc_saisine2.pdf.

16. P.-Y. Beaurepaire, *L'Europe des lumières*, 3^e éd., Paris, PUF, 2018.

17. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, C-203/15, point 93.

18. CC, déc. n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *M^{me} Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, § 3.

liberté d'expression est « une condition de la démocratie », celle-ci ne pourrait exister sans que celle-là soit « pleinement garantie ». Les sénateurs peinent à convaincre. Nous ne saisissons pas réellement la différence réalisée car s'il s'agit d'une condition absolument nécessaire, il ne s'agit pas de la seule condition. En outre, cette condition absolument nécessaire, comme un fondement, n'est pas toujours « pleinement garantie » pour reprendre les mots des sénateurs. Elle peut également faire l'objet d'atteintes ou de restrictions justifiées et proportionnées¹⁹.

B. Les précisions apportées sur l'étendue du contrôle

D'une part, le Conseil précise l'étendue de son contrôle sur les lois de transposition mais aussi sur les lois d'adaptation à un règlement de l'Union européenne (1). D'autre part, il apprécie les compléments du législateur lorsque celui-ci use de sa marge d'appréciation dans le cadre des transpositions (2).

1. L'incompatibilité manifeste d'une loi de transposition ou d'adaptation à un règlement

La jurisprudence traditionnelle se concentrait sur le cas des transpositions des directives, mais la décision du Conseil du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, est venue apporter une nouvelle hypothèse²⁰. Depuis, le Conseil contrôle aussi l'incompatibilité manifeste d'une loi adaptant le droit national à un règlement de l'Union. À la différence d'une directive, un règlement est d'effet direct et ne nécessite aucune mesure nationale de transposition, l'intervention du législateur n'est *a priori* pas nécessaire. Néanmoins, comme le règlement peut occasionner une adaptation du droit national, il revient au législateur de réaliser cette adaptation en conformité avec l'article 88-1 de la Constitution et sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Cet apport de la décision du 12 juin 2018 concernait le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 dit « Règlement général sur la protection des données » (RGPD). Ce faisant, le Conseil renforce les exigences européennes pesant sur le législateur au titre de l'article 88-1 de la Constitution et étend son contrôle. Cet apport du 12 juin 2018 a été confirmé le 26 juillet par la décision n° 2018-768 DC ici chroniquée²¹.

Selon une jurisprudence constante, la transposition opérée ne doit pas aboutir à une incompétence négative.

La préservation des compétences du Parlement est d'autant plus nécessaire dans ce contexte car le gouvernement tend à renforcer son emprise. En effet, il est d'une part avantage par la physionomie de la V^e République et d'autre part le pouvoir exécutif est depuis longtemps considéré comme la branche privilégiée de la mise en œuvre du droit de l'Union²². En plus de cette exigence réaffirmée, le Conseil constitutionnel innove et ajoute que la transposition doit se faire dans le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle (OVC) d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En l'espèce, les parlementaires critiquaient le manque de précision du nouvel article L. 151-8 du Code du commerce qui rend non opposable le secret des affaires afin que puissent s'exercer la liberté d'expression et de communication, la liberté de la presse et la liberté d'information. Le Conseil a toutefois rejeté ce grief en estimant que les conditions entourant cette exception étaient suffisamment claires et précises²³.

Le Conseil confirme enfin le contrôle d'une incompatibilité manifeste entre la loi de transposition et la directive. Les auteurs de la saisine mettaient en doute la bonne transposition réalisée par les articles L. 151-1, 8 et 9 du Code du commerce. Cependant, le Conseil rejette leurs prétentions. Il ne constate aucune incompatibilité manifeste car le législateur s'est contenté de reproduire les critères de la directive²⁴, parfois à l'identique²⁵. Aussi, selon le Conseil, les auteurs de la saisine attribuaient à la directive une portée qu'elle n'avait pas, il ne pouvait donc y avoir d'incompatibilité manifeste²⁶.

2. Le contrôle de la marge d'appréciation du législateur

Aux termes de la jurisprudence du Conseil, le contrôle de l'incompatibilité manifeste ne porte que sur les lois transposant des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Les directives cherchent toutefois à atteindre des résultats « en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »²⁷. Elles peuvent donc conférer au législateur national des marges de manœuvre plus ou moins larges. Il en est ainsi de la directive dite « secret des affaires » dont l'article 1^{er} dispose que

Les États membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive [...] ²⁸.

19. Voir G. Carcassonne, « Les interdits et la liberté d'expression », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, p. 55-65.

20. CC, déc. n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*. Pour un regard plus approfondi sur cette décision, nous nous permettons de renvoyer à la « Chronique de jurisprudence des droits numériques » dans ce même numéro des *Cahiers*.

21. CC, déc. n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, § 3.

22. M. Sohier, C. Megret, « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 128.

23. CC, déc. n° 2018-768 DC, § 23.

24. *Ibid.*, § 9.

25. *Ibid.*, § 25.

26. *Ibid.*, § 9.

27. Art. 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

28. Directive (UE) 2016/943, art. 1, § 1.

Si le législateur peut adopter des mesures complémentaires, ou plus largement s'il bénéficie d'une marge de manœuvre, quel est le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel ? Dans cette décision, le Conseil se prononce pour la première fois sur une telle hypothèse dans laquelle il abandonne le contrôle restreint de l'incompatibilité manifeste propre aux dispositions de transposition et opère un contrôle normal des mesures complémentaires.

En abandonnant le contrôle restreint, le Conseil admet implicitement que le législateur n'est plus lié par les dispositions précises et inconditionnelles de la directive, c'est pourquoi le Conseil peut exercer un contrôle normal. Il convient toutefois de préciser les obligations pesant sur le législateur. L'abandon du contrôle restreint habituellement exercé sur la loi de transposition d'une directive ou d'adaptation à un règlement pourrait être interprété comme une situation où le législateur est délié du droit de l'Union. Il n'en est rien. Le législateur est certes délié de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive mais il reste contraint par le droit de l'Union. La Cour de justice a toujours souligné qu'il revenait au législateur national de mettre en œuvre les directives, y compris dans sa marge d'appréciation, dans le respect des droits fondamentaux tels que protégés par l'ordre juridique de l'Union²⁹. Le Conseil constitutionnel doit alors veiller au respect des droits fondamentaux par le législateur français faisant usage de sa marge d'appréciation afin d'éviter de passer sous les fourches caudines de la Cour de justice³⁰.

En l'espèce, les auteurs de la saisine mettaient en doute le respect de la liberté d'entreprendre par l'article L. 151-1 du Code du commerce. Pour que des informations bénéficient du secret des affaires, elles doivent faire l'objet « de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances ». Selon les auteurs de la saisine, cet article ne prenait pas en compte l'incapacité des petites entreprises à protéger leurs informations. De manière très laconique, le Conseil a toutefois jugé que les termes « raisonnable » et « compte tenu des circonstances » permettaient de se référer aux moyens à disposition des entreprises³¹. Le grief est donc écarté mais la frontière entre le contrôle normal et le contrôle restreint demeure relativement poreuse. Par exemple, le second contrôle n'a jamais empêché le Conseil d'apprécier la pondération réalisée par le législateur, dans le cadre de sa transposition, entre les droits protégés par la

Constitution et les motifs d'intérêt général³². De même, ce second contrôle n'a jamais empêché le Conseil de réaliser une interprétation du but et de la portée des dispositions de la directive pour juger la bonne transposition³³. Nous pouvons conclure avec Guy Canivet que l'erreur manifeste d'appréciation telle qu'appréciée par le Conseil « autorise un contrôle assez large »³⁴.

II. Au nom de la fraternité : la censure partielle du délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger

Créon, *la secoue soudain, hors de lui*.

Mais, bon Dieu ! essaie de comprendre une minute, toi aussi, petite idiote ! J'ai bien essayé de te comprendre, moi. Il faut pourtant qu'il y en ait qui disent oui. Il faut pourtant qu'il y en ait qui mènent la barque. Cela prend l'eau de toutes parts, c'est plein de crimes, de bêtise, de misère... [...]

Antigone, *secoue la tête*.

Je ne veux pas comprendre. C'est bon pour vous. Moi je suis là pour autre chose que pour comprendre. Je suis là pour vous dire non et pour mourir³⁵.

Ce dialogue issu de l'*Antigone* moderne de Jean Anouilh est la traduction littéraire de l'une des grandes querelles du droit, opposant droit naturel et droit positif. La décision n° 2018-717/718 QPC est une parfaite illustration de cette tension permanente qui habite la justice et qui touche en particulier la justice constitutionnelle, cette tension entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être.

Les deux requérants, Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni, avaient été condamnés à quatre et deux mois d'emprisonnement avec sursis sur le fondement de l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), pour avoir aidé plusieurs étrangers en situation irrégulière. Ces requérants ne rentraient pas, selon la Cour d'appel, dans les exemptions prévues à l'article L. 622-4 du CESEDA, en particulier son 3° excluant de la répression toute personne physique ou morale qui aurait aidé au séjour irrégulier d'un étranger, dès lors que cette aide ne donnait lieu à

29. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, point 68 : « [...] il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives [...], de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition [de] directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire [...] ».

30. N. Belloubet, « Le statut d'État membre de l'Union européenne. L'acceptation de la primauté », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 51-72.

31. CC, déc. n° 2018-768 DC, § 15.

32. CC, déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, § 31.

33. *Ibid.*, § 29.

34. G. Canivet, « Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires. Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires », colloque à Budapest, 1^{er}-3 octobre 2009, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/membres/le-controle-du-conseil-constitutionnel-sur-les-lois-de-transposition-des-directives-communautaires>.

35. J. Anouilh, *Antigone*, Paris, La table ronde, 2008, p. 81-82.

[...] aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.

En effet, bien qu'ayant hébergé des personnes en situation irrégulière, la démarche des deux requérants s'inscrivait dans un but militant visant à soustraire les étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités.

Les requérants ont saisi le Conseil de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) portant sur la constitutionnalité de ces dispositions, dans leur rédaction issue de la loi du 31 décembre 2012. Le Conseil, joignant les deux questions, choisit de se fonder sur le principe de fraternité pour censurer partiellement la loi et satisfait Antigone (A) tout en ménageant Créon (B).

A. Satisfaire Antigone

Le Conseil avait été saisi de plusieurs moyens fondés sur le principe d'égalité devant la loi, le principe de fraternité, le principe de légalité des délits et des peines et les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Si le Conseil examine plusieurs de ces moyens, il privilégie nettement l'un d'entre eux : le principe de fraternité. Se fondant sur les articles 2 et 72-3 de la Constitution, il reconnaît pour la première fois la valeur constitutionnelle de ce principe et en tire la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national³⁶.

Sur ce fondement, le Conseil prononce d'abord une censure. L'immunité, dans sa rédaction issue de la loi de 2012, ne concerne que l'aide au séjour et non l'aide à l'entrée ou à la circulation. Pour le Conseil constitutionnel, en excluant l'aide à la circulation de l'étranger, même si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour et se trouve motivée par un but humanitaire, « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »³⁷.

Il émet ensuite une réserve. Comme le rappelle le commentaire de la décision, les requérants contestaient

le caractère limitatif de la liste établie à l'article L. 622-4, 3° du CESEDA et le fait qu'elle n'incluait pas les actes à finalité humanitaire³⁸. Le Conseil fait, au nom du principe de fraternité, droit à cette demande et décide que les dispositions de l'article L. 622-4 « ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire »³⁹.

Il examine enfin les moyens fondés sur le principe de légalité des délits et des peines et sur les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Il élimine rapidement le moyen fondé sur le principe de légalité puisque, selon lui, les dispositions « ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises »⁴⁰. Il estime ensuite les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines respectés du fait de la réserve émise au paragraphe 14, consistant à inclure dans l'immunité tout acte d'aide au séjour apportée dans un but humanitaire. Autrement dit, sans cette réserve énoncée au nom de la fraternité, les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines auraient pu être remis en cause.

En reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe de fraternité et en censurant partiellement la loi sur ce fondement, le juge fait de la politique, non pas partisane, non pas politicienne, mais participe à la définition de ce que sont les normes qui régissent notre société. Il ajoute sa voix au débat sur ce que doit être la société française, sur la façon dont ses comportements doivent être régis.

S'il statue en droit, cette décision est une éclatante illustration de l'heureuse formule selon laquelle le droit est de la « politique reconfigurée »⁴¹. En effet, le Conseil a élargi le cadre du droit positif pour y inclure un principe qui était auparavant en dehors de ce cadre. Ce principe existait dans notre tradition juridique, il était écrit dans notre Constitution, mais il n'était pas « activé »⁴². En choisissant de censurer la loi sur ce fondement, le Conseil effectue un choix, certes fondé en droit, mais dont l'« inspiration jusnaturaliste [est] aussi évidente que probablement inassumée »⁴³.

Or, ce choix n'est pas seulement un choix idéologique, c'est aussi un positionnement vis-à-vis de l'extérieur, une « posture résolument politique »⁴⁴. C'est le Conseil *gardien des droits fondamentaux*, légitime à intervenir dans le

36. CC, déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, § 7 et 8.

37. *Ibid.*, § 13.

38. Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC, p. 22.

39. CC, déc. n° 2018-717/718 QPC, § 14.

40. *Ibid.*, § 19. L'affirmation n'allait pas de soi. Les avocats dans leurs plaidoiries avaient souligné le manque de clarté du délit, « incrimination râteau » laissant une liberté d'action aux autorités de police qui utilisaient le dispositif même lorsque l'aide était manifestement désintéressée. Vincent Tchen rappelle quant à lui qu'« en 2016, 4 216 personnes (1 772 en 2003) ont été mises en cause au titre de l'article L. 622-1 du CESEDA ; 2 585 avaient été gardées à vue. Dans le même temps, 203 filières impliquant 1 470 personnes ont été démantelées » (V. Tchen, « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2018, p. 1786).

41. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, mars 2012, p. 21, en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>.

42. Voir S. Salles, « L'activation d'un fondement constitutionnel : le principe de "fraternité" », *Gazette du Palais*, n° 40, 20 novembre 2018, p. 37 sq.

43. J. Roux, « Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2018, p. 1781 sq.

44. V. Tchen, « La fraternité en droit des étrangers... », p. 1786 (nous soulignons).

débat à ce titre. Ce message a été réitéré par Laurent Fabius dans son discours devant la Cour européenne des droits de l'homme en janvier 2019 :

Nous, gardiens des droits fondamentaux, par nos décisions et nos comportements, nous devons faire bloc afin de contrer la déraison de ces dirigeants et États Janus, dont une face est prétendument libérale, mais l'autre outrageusement autoritaire. Nous savons que la liberté sans sécurité mène au chaos, mais qu'inversement la sécurité sans liberté conduit au totalitarisme. Depuis la Lettre d'Antigone, nous savons que la résistance à la déraison d'État requiert une attention juridique et judiciaire de chaque instant ; et que c'est largement de cette résistance que dépend la pérennité de l'État de droit⁴⁵.

Bien que ce discours ait été prononcé dans le contexte européen, le message ne saurait être plus clair et l'on peut y voir un véritable tournant dans la jurisprudence du Conseil qui « affirme sa fonction démocratique »⁴⁶.

Néanmoins, si le juge constitutionnel français a pris parti avec éclat en faveur d'Antigone, la réalité est que la légitimité du Conseil ne tient pas seulement à son rôle de gardien des droits fondamentaux, mais aussi à son positionnement de juge au pouvoir limité. Il doit ménager Créon et respecter le droit existant. Plus encore, il n'est pas législateur et ne doit pas apparaître comme tel.

B. Ménager Créon

Malgré l'audace de la décision, le Conseil reste prudent⁴⁷. Bien qu'il se positionne en défenseur des droits de l'homme, il insère la fraternité dans les contraintes du droit établi et en particulier celles de sa propre jurisprudence. Il rappelle ainsi qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »⁴⁸.

Cette affirmation est le reflet de la démarche du Conseil consistant à refuser de faire prévaloir de façon absolue certains droits ou libertés sur les autres. La conséquence logique d'une telle affirmation est la conciliation, ici avec l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière

qui participe de la sauvegarde de l'ordre public : « [...] en descendant des limbes des valeurs morales pour atterrir sur le sol rugueux du droit positif, la fraternité perd sa majesté et se voit soumise à l'épreuve corrosive de la conciliation [...] »⁴⁹.

Le contrôle se limite même à la conciliation manifestement déséquilibrée, comme l'indique le paragraphe 15 de la décision⁵⁰. Dans cette logique, la solution retenue est un compromis prenant largement en compte les raisons de Créon : le Conseil refuse d'étendre l'immunité à l'aide à l'entrée sur le territoire national, se fondant sur le fait que cette aide fait naître une situation illicite, à la différence de l'aide à la circulation ou au séjour qui ne font que la pérenniser⁵¹. Ensuite, le Conseil ne tranche pas la question de la distinction entre aide militante et aide humanitaire, laissant ce soin au législateur et aux juridictions compétentes, comme le précise le commentaire⁵². Enfin, le Conseil ménage Créon en reportant l'abrogation au 1^{er} décembre 2018 puisqu'« il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »⁵³.

La retenue dont font preuve les juges de la rue de Montpensier laisse une marge d'appréciation dont le législateur s'est immédiatement saisi, comme en témoigne la rédaction de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018. Si les mots « au séjour irrégulier » sont remplacés par les mots « à la circulation ou au séjour irréguliers » conformément à la décision du Conseil, le 3° de l'article L. 622-4 est ainsi rédigé :

De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire.

Le législateur remplace donc la liste initialement prévue par une autre liste et limite le bénéfice de l'immunité à toute autre action ayant un but *exclusivement* humanitaire. La question des actions militantes reste alors en suspens, même si la formulation peut facilement être interprétée comme les excluant. Les parlementaires, lorsqu'ils ont saisi le Conseil de cette loi, n'ont

45. L. Fabius, discours prononcé lors de l'audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 25 janvier 2019, p. 6-7, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-01/20190128discours_president_CEDH_o.pdf.

46. D. Rousseau, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gazette du Palais*, n° 26, 17 juillet 2018, p. 12.

47. C'est ce que remarque Dominique Rousseau : « Par cette décision, le Conseil fait montre de mesure. Le "réveil" du principe de fraternité n'est pas "brutal" ; l'audace est compensée par la prudence avec laquelle il l'utilise » (D. Rousseau, « Enfin une bonne nouvelle... »). Voir aussi J. Roux, « Le Conseil constitutionnel... » ; et M. Verpeaux, « Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution (1) », *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 966 sq.

48. CC, déc. n° 2018-717/718 QPC, § 9.

49. J. Roux, « Le Conseil constitutionnel... ».

50. Le caractère restreint de ce contrôle a été confirmé par la décision n° 2018-770 QPC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, § 108.

51. Voir le commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC, p. 21 : « Cette aide peut tout au plus être vue comme contribuant à maintenir une situation irrégulière ».

52. *Ibid.*, p. 23 : « En émettant cette réserve, le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas épuisé la question des limites exactes de l'immunité en matière d'aide au séjour et à la circulation des étrangers. En effet, il appartiendra au législateur, s'il entend intervenir à nouveau sur cette question, et, en tout état de cause, aux juridictions compétentes, de déterminer comment doit exactement être apprécié le "but humanitaire" et dans quelle mesure celui-ci peut se combiner avec des actions à visées "militantes" ».

53. CC, déc. n° 2018-717/718 QPC, § 23.

pas développé cet argument et le Conseil ne s'y est pas intéressé dans sa décision n° 2018-770 DC. Pourtant il peut être en pratique impossible de distinguer l'action humanitaire de l'action militante⁵⁴.

La légitimité du Conseil dépend de nombreux acteurs aux attentes contradictoires⁵⁵. Si, dans la tragédie antique, les positions d'Antigone et de Créon sont inconciliables, la réalité de la justice constitutionnelle est nettement plus nuancée⁵⁶, comme le montre cette décision. Certes, le compromis a toujours quelque chose d'insatisfaisant, mais n'a-t-on pas coutume de dire que c'est dans l'équilibre que réside la justice ? Le problème d'une telle dynamique est qu'elle doit être renouvelée à chaque décision. À chaque fois, le compromis doit être réalisé, pour chaque cas l'équilibre doit être recherché. Or, si la médiatisation de l'affaire en cause a permis l'expression de nombreux intérêts, en l'absence d'attentes aussi fortes, l'équilibre risque toujours d'être rompu⁵⁷.

III. L'inconstitutionnalité de l'interdiction des correspondances des prévenus en détention provisoire : entre droit au recours effectif et droit au respect de la vie privée et familiale

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁵⁸ vise à constituer un cadre de référence au service public pénitentiaire. Elle a notamment pour ambition de définir les limites qui peuvent être apportées aux droits des détenus pour des motifs liés aux impératifs de sécurité spécifiques aux établissements pénitentiaires⁵⁹.

Au sein des libertés des détenus, le droit de correspondre avec l'extérieur est encadré par l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009. Celui-ci instaure un régime juridique différent pour les détenus condamnés et les

simples prévenus, c'est-à-dire ceux en attente d'un jugement. Si les premiers peuvent correspondre par écrit avec toute personne de leur choix, les seconds ne peuvent le faire que si l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas⁶⁰.

Le 12 janvier 2018, la Section française de l'Observatoire international des prisons a introduit un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande tendant à l'abrogation de dispositions réglementaires relatives, notamment, au droit de correspondance des détenus avec l'extérieur⁶¹. À l'appui de sa requête, elle a demandé au Conseil d'État de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel portant sur la conformité des articles 145-4 et 715 du Code de procédure pénale ainsi que des articles 34, 36 et 40 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire. Par une décision du 11 avril 2018, la juridiction administrative a décidé de ne renvoyer que la question portant sur l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009⁶². Elle a estimé que les autres questions n'avaient pas de caractère nouveau ni, s'agissant de l'article 36 de la loi du 24 novembre 2009, de caractère sérieux.

Selon l'association, l'absence de voie de recours prévue contre la décision de l'autorité judiciaire d'interdire la correspondance des prévenus en détention provisoire méconnaîtrait le droit à un recours effectif. Par son manque de précision, la loi porterait également atteinte au droit de mener une vie familiale normale, au droit au respect de la vie privée et serait entachée d'une incompétence négative.

Suivant l'association requérante sur la violation du droit à un recours effectif, le Conseil constitutionnel déclare la formule « sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas » contraire à l'article 16 de la DDHC en faisant, en apparence, l'économie des autres moyens (A). Il reporte toutefois l'abrogation de ces dispositions au 1^{er} mars 2019 et émet une réserve d'interprétation

54. Patrice Spinosi estime une telle distinction « [c]ontestable, d'abord, car le caractère "militant", lié à la conscience de chacun, est potentiellement inhérent à toute action humanitaire, laquelle implique toujours une part de convictions personnelles. Surtout, l'idée selon laquelle une personne ne pourrait légalement aider autrui qu'à condition de rester discret et de renoncer à son droit de contester publiquement des lois qu'il juge responsables de la situation méconnaît frontalement les libertés démocratiques, notamment d'expression » (V. Champeil-Desplats, « Le principe constitutionnel de fraternité : entretien avec Patrice Spinosi et Nicolas Hervieu », *La revue des droits de l'homme*, n° 15, 2019, p. 4-5).

55. Comme le rappelle Danièle Lochak, « Et ceci est vrai même aux yeux des juristes, le plus souvent divisés sur ce qu'est ou aurait dû être la "bonne" décision. La légitimité du juge, liée au capital de soutiens dont il dispose, est donc tributaire de la conformité de ses décisions – du moins de celles qui "feront jurisprudence" – aux attentes de son public : le pouvoir, l'opinion, les juristes, les justiciables... Sachant que, comme on l'a relevé plus haut, ces attentes sont contradictoires, puisque les uns se féliciteront d'une jurisprudence "constructive", notamment si elle permet de mieux défendre les libertés, tandis que les autres l'accuseront de vouloir gouverner en se substituant aux autorités constitutionnellement investies du pouvoir de créer le droit » (D. Lochak, « Le juge administratif auteur de / du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation », in *Droit et légitimité* (Actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'université de Caen, avec le soutien du groupement d'intérêt public « Droit et justice », les 19 et 20 novembre 2009), L. Fontaine (dir.), Bruxelles, Nemesis – Bruylant, 2011, p. 175).

56. Ce point de vue n'est cependant pas partagé par tous. Voir J.-É. Schoettl, « Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté (1) », *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 959.

57. Voir P. Lignièrès, « Fraternité : le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Droit administratif*, n° 8-9, août 2018, p. 1-2. Pour une analyse plus globale, voir T. Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La revue des droits de l'homme*, n° 15, 2019, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/5618>.

58. Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

59. Projet de loi pénitentiaire enregistré à la présidence du Sénat le 28 juillet 2008, p. 6, en ligne : <http://www.senat.fr/leg/pj107-495.html>.

60. Article 40 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

61. Articles R. 57-8-8, R. 57-8-13 à R. 57-8-17, D. 57 et D. 297 du Code de procédure pénale.

62. Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 11 avril 2018, n° 417244.

transitoire pour faire cesser de manière originale l'inconstitutionnalité constatée (B).

A. Une autonomie apparente du droit au recours effectif

Dans la mesure où la Section française de l'Observatoire international des prisons contestait les conditions dans lesquelles l'autorité judiciaire pouvait s'opposer à la correspondance des personnes détenues provisoirement, le Conseil en déduit logiquement que la question porte sur les mots « sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas »⁶³.

De manière classique depuis 1996⁶⁴, le Conseil rattache le droit à un recours juridictionnel effectif à l'article 16 de la DDHC. Il en résulte « qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁶⁵.

Pour être déclarée inconstitutionnelle, l'atteinte doit donc être substantielle. Pour l'apprécier, le Conseil prend plusieurs éléments en compte. Le premier est l'inexistence d'autres voies de droit permettant de préserver le droit d'accès au juge. Le Conseil constate donc que ni l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 ni aucune autre disposition législative « ne permettent de contester devant une juridiction une décision refusant l'exercice de ce droit »⁶⁶.

Le second indice d'une atteinte substantielle est une conciliation déséquilibrée entre, d'une part, le but poursuivi par le législateur et, d'autre part, la place et le rôle de la personne qui est privée de recours⁶⁷. Ainsi, le Conseil examine les conséquences qu'entraîne la décision insusceptible de recours pour la personne⁶⁸. En l'espèce, c'est donc dans la continuité de sa jurisprudence que le Conseil apprécie l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat « [a]u regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire »⁶⁹. L'absence de recours était en effet particulièrement disproportionnée s'agissant de personnes en détention provisoire qui bénéficiaient encore de la présomption d'innocence.

Bien qu'il se fonde sur la seule méconnaissance du droit à un recours effectif, le Conseil constitutionnel a sans doute considéré la possibilité d'une atteinte aux autres droits invoqués. Mais il le fait au titre des conséquences

du refus insusceptible de recours pour les intéressés. Cela signifie que la possibilité d'une atteinte au droit de mener une vie familiale normale et à celui au respect de la vie privée par la décision de l'autorité judiciaire donne un caractère substantiel à l'atteinte au droit d'exercer un recours effectif.

En ce sens, le Conseil a déjà déclaré inconstitutionnelle l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer sur la possibilité pour une personne placée en détention provisoire de recevoir des visites. Ces dispositions méconnaissaient le droit à un recours effectif car elles n'ouvraient aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge. Mais, dans ce cas, le Conseil avait pris soin de préciser que l'absence de délai « prive également de garanties légales la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale »⁷⁰. La combinaison entre le droit au recours effectif et le droit au respect de la vie privée et familiale était alors explicite. Compte tenu de la forte analogie entre cette décision et la présente QPC⁷¹, il y a fort à parier que le Conseil ait raisonné de la même manière pour motiver sa décision du 22 juin 2018. S'il n'a pas examiné explicitement les moyens tirés de l'atteinte au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale, il en a implicitement tenu compte pour déclarer les dispositions litigieuses inconstitutionnelles au titre de la violation de l'article 16 de la DDHC. Cette application combinée, bien qu'implicite, interroge l'autonomie du droit à un recours effectif.

De la même manière, l'accueil des autres moyens pris isolément aurait été incertain. Roseline Letteron souligne que « [l]e problème est que les personnes détenues sont dans une situation particulière, qu'elles soient condamnées ou en détention provisoire »⁷². S'ils sont par principe titulaires des mêmes droits que les autres, les détenus sont dans une situation particulière qui permet au législateur de garantir ces droits dans les limites inhérentes à la détention⁷³. Ainsi, malgré une autonomie relative, le droit au recours effectif était un fondement plus sûr pour le Conseil constitutionnel. Celui-ci semble estimer que la possibilité d'interdire les correspondances des détenus ne méconnaît pas en elle-même la Constitution. Pour cause, afin de conserver l'interdiction, le Conseil a considérablement aménagé les effets de sa décision.

63. CC, déc. n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, § 3.

64. CC, déc. n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, § 83.

65. CC, déc. n° 2018-715 QPC, § 4.

66. *Ibid.*, § 5.

67. Commentaire de la décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, p. 11.

68. CC, déc. n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, *M. Wathik M.*, § 12; CC, déc. n° 2014-375 QPC du 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres*, § 14.

69. CC, déc. n° 2018-715 QPC, § 6.

70. CC, déc. n° 2016-543 QPC, § 16.

71. Commentaire de la décision n° 2018-715 QPC, p. 7.

72. R. Letteron, « La liberté de correspondance en détention provisoire », *Liberté, Libertés chéries*, 26 juin 2018, en ligne: <http://libertescherries.blogspot.com/2018/06/la-liberte-de-correspondance-en.html>.

73. CC, déc. n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johnny M.*, § 5.

B. Une modulation conciliante des effets de la décision

Comme dans sa décision du 24 mai 2016, le Conseil a décidé d'avoir recours à l'article 62 de la Constitution pour différer l'abrogation des dispositions contestées. En effet, la disparition des mots « sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas » de l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 aurait pour effet de priver l'autorité judiciaire de toute possibilité de refuser aux personnes placées en détention provisoire de correspondre par écrit. Le Conseil considère ces effets comme manifestement excessifs et reporte l'abrogation au 1^{er} mars 2019 afin que le législateur puisse remédier à l'inconstitutionnalité constatée.

Le législateur semble d'ailleurs saisir l'occasion de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice afin de remédier à l'inconstitutionnalité. Celle-ci insère, dans l'article 40 de la loi pénitentiaire⁷⁴, un renvoi à un nouvel article 145-4-2 du Code de procédure pénale qui permet aux détenus de déférer la décision d'interdiction des correspondances au président de la chambre de l'instruction, qui statue dans un délai d'un mois par une décision écrite et motivée non susceptible de recours. Le Conseil n'a pas censuré ces dispositions à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi⁷⁵.

De manière originale⁷⁶, le Conseil combine l'abrogation différée avec une réserve transitoire afin de remédier immédiatement à l'inconstitutionnalité des dispositions. Il permet aux décisions judiciaires de refus d'être contestées devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du Code de procédure pénale jusqu'à ce que les dispositions inconstitutionnelles soient abrogées⁷⁷. Ces dispositions sont d'ailleurs similaires à celles élaborées par le Parlement pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'article 40 : seul le délai laissé au président de la chambre de l'instruction pour statuer serait allongé de cinq jours à un mois. Le législateur s'est donc fortement inspiré de la solution transitoire du Conseil. Ce renvoi se justifie par la volonté de concilier le droit des détenus à un recours juridictionnel effectif et la possibilité pour le législateur de prévenir les effets de l'abrogation. Il n'en demeure pas moins que cette technique relativise la position traditionnelle du Conseil lorsqu'il affirme qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur.

IV. L'inconstitutionnalité des zones de protection ou de sécurité (ZPS) instaurées dans le cadre de l'état d'urgence

L'article 5, 2^o de la loi du 3 avril 1955⁷⁸ permet l'instauration de ZPS par arrêté préfectoral dans le but de réglementer l'accès et la circulation des personnes dans un département placé pour tout ou partie sous état d'urgence. Entre le 14 novembre 2015 et le 11 juillet 2017, ce ne sont pas moins de quatre-vingts ZPS qui ont été instaurées sur l'ensemble du territoire français⁷⁹. Tel a été le cas dans le cadre de certains événements d'envergure, comme l'Euro 2016 ou l'arrivée du Tour de France. D'autres encore ont été mises en place dans le but, plus controversé, de limiter l'accès à certaines manifestations revendicatives ou à certains lieux sensibles, tels que « la jungle » de Calais⁸⁰. C'est d'ailleurs à l'encontre de l'arrêté du 23 octobre 2016 du préfet du Pas-de-Calais portant création d'une ZPS qui couvrirait le camp de « La Lande » à Calais que les associations La cabane juridique / Legal Shelter et Le réveil voyageur ont formé un recours pour excès de pouvoir tout en soulevant une QPC portant sur le 2^o de l'article 5 de la loi n^o 55-385.

Par une décision du 11 janvier 2018⁸¹, le Conseil constitutionnel déclare les dispositions précitées, dans leur rédaction antérieure à la loi n^o 2017-1154⁸², contraires à la Constitution. Les sages ont retenu la désormais classique absence de conciliation équilibrée entre l'OVC de sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'aller et venir (A). Un rapide coup d'œil à la situation post-état d'urgence permettra d'évaluer les répercussions de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi du 30 octobre 2017⁸³, qui intègre un régime de périmètres de protection similaire à celui des ZPS (B).

A. Une conciliation déséquilibrée entre l'OVC de sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'aller et venir : un encadrement insuffisant des ZPS

Le Conseil constitutionnel se fonde sur la liberté d'aller et venir qu'il rattache, de manière traditionnelle, aux articles 2 et 4 de la DDHC de 1789 depuis une décision

74. Art. 55, I et art. 55, III, 2^o de la loi n^o 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

75. CC, déc. n^o 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

76. « En procédant à ce renvoi inédit vers des dispositions applicables à d'autres mesures que celles ayant fait l'objet de la présente QPC [...] » (commentaire de la décision n^o 2018-715 QPC, p. 8).

77. CC, déc. n^o 2018-715 QPC, § 10.

78. Loi n^o 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

79. Étude d'impact du projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 21 juin 2017, p. 14, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000034990290&type=general&legislature=15>.

80. *Ibid.*

81. CC, déc. n^o 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, *Associations La Cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*.

82. Loi n^o 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n^o 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

83. Loi n^o 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

de 2003⁸⁴. Détachée de la liberté individuelle dans le but de restreindre la compétence du juge judiciaire prévue à l'article 66 de la Constitution⁸⁵, la liberté d'aller et venir est également un fondement autonome, suffisant à lui seul pour permettre l'annulation d'une disposition⁸⁶.

Dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel applique une jurisprudence bien établie. Il considère en effet depuis 1985 que la Constitution n'exclut pas que le législateur prévoie un régime d'état d'urgence, dès lors que celui-ci opère une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits et libertés⁸⁷. Le troisième considérant de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 reprend ainsi les termes usuellement utilisés par le Conseil constitutionnel depuis l'instauration de l'état d'urgence en matière de conciliation de l'OVC de sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés⁸⁸.

En l'espèce, le Conseil conclut que l'encadrement des ZPS était insuffisant. L'instauration des ZPS n'était limitée ni dans le temps ni dans l'espace. En effet, non seulement le législateur n'a apporté aucune précision quant aux mesures susceptibles d'être appliquées, mais, en plus, leur champ d'application n'était pas clairement défini et aucune distinction n'était faite en fonction des motivations de déplacement⁸⁹. Il s'avère pourtant que ces mesures étaient d'une particulière sévérité, leur utilisation permettant par exemple de prononcer l'interdiction d'entrer dans les zones de protection⁹⁰.

Ainsi, le Conseil a estimé que les atteintes à la liberté d'aller et venir étaient trop importantes au regard de l'OVC de sauvegarde de l'ordre public. En tenant un raisonnement similaire à celui exposé dans sa décision n° 2017-635 du 9 juin 2017⁹¹, il déclare le 2° de l'article 5 de la loi n° 55-385, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017, contraire à la Constitution.

La loi n° 55-385 n'étant déjà plus appliquée au moment où la décision a été rendue, le Conseil constitutionnel n'a pas repoussé dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. L'abrogation immédiate des dispositions contestées n'entraînait aucune conséquence excès-

sive. Le Conseil constitutionnel laisse toutefois ouverte la question de savoir pourquoi la censure prononcée ne porte que sur le 2° de l'article 5 de la loi n° 55-385 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1154, alors que cette dernière n'a apporté aucune modification aux dispositions litigieuses.

L'argument selon lequel le Conseil constitutionnel n'aurait contrôlé que le droit applicable au moment où la QPC a été posée a été envisagé⁹². Toutefois, il semblerait que le Conseil ait implicitement considéré que les modifications d'ensemble apportées par la loi n° 2017-1154 rendent l'article conforme à la Constitution. En effet, la loi de 2017 a été l'occasion pour le législateur de remédier à l'inconstitutionnalité du 3° de l'article 5 de la loi de 1955. Au-delà de cette rectification, le législateur semble avoir tiré les enseignements de cette même décision en procédant à une harmonisation générale de l'article 5⁹³. Deux modifications sont apportées au texte d'origine. Le premier alinéa dispose désormais que les mesures de l'article 5 de la loi n° 55-385 sont prononcées « dans le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics »⁹⁴. En outre, un second alinéa mentionne dorénavant que « [c]es mesures tiennent compte de la vie familiale et professionnelle des personnes susceptibles d'être concernées »⁹⁵. Cette hypothèse semble se confirmer au regard de l'accueil de la nouvelle loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

B. Les retombées de la loi n° 2017-1510 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Les mesures exceptionnelles pouvant être prises dans le cadre de l'état d'urgence ont été, en partie, intégrées dans le Code de la sécurité intérieure avec la loi n° 2017-1510 qui en reprend quatre. Concernant les ZPS, leur régime a largement inspiré celui des périmètres de protection désormais inscrit à l'article L. 226-1 du Code de la sécurité intérieure.

84. CC, déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, § 8.

85. CC, déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseaux de transport public de voyageurs*, § 20.

86. *Ibid.*

87. CC, déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, § 4.

88. Voir par exemple CC, déc. n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, *M. Sofiyani I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, § 13; CC, déc. n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, *M. Émile L. [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence]*, § 3; CC, déc. n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*, § 7 et CC, déc. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, § 8.

89. CC, déc. n° 2017-684 QPC, § 5.

90. Commentaire de la décision n° 2017-684 QPC, p. 12.

91. « État d'urgence (zones de protection) : inconstitutionnalité du régime », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 70.

92. *Ibid.*

93. M. Mercier, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, n° 591, enregistré à la présidence du Sénat le 28 juin 2017, p. 26; voir également Amendement n° COM-5.

94. Art. 5, al. 1 de la loi n° 55-385 dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-1154 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

95. *Ibid.*, al. 2.

L'introduction dans le droit commun de plusieurs instruments tirés d'un régime exceptionnel n'a pas été sans susciter des craintes chez certains auteurs⁹⁶. Pourtant, le régime des périmètres de protection, qui semble plus strict que sous l'état d'urgence (1), a été validé par le Conseil constitutionnel malgré quelques réserves d'interprétation (2).

1. Le régime des périmètres de protection, plus strict que celui des ZPS

La lecture de l'article L. 226-1 du Code de la sécurité intérieure nous permet de dégager quelques différences avec l'article 5 de la loi n° 55-385. D'une part, là où le régime des ZPS pouvait être utilisé pour prévenir tout risque d'atteinte à l'ordre public, celui des périmètres de protection se limite à la sécurité des lieux et des événements « exposé[s] à un risque d'actes de terrorisme »⁹⁷. Ce risque s'apprécie au regard de deux éléments : la nature du lieu ou de l'événement et l'ampleur de sa fréquentation⁹⁸. Le champ d'application de ces dispositions est donc plus restreint que celui des ZPS. D'autre part, l'article L. 226-1 donne une description riche et détaillée des mesures pouvant être appliquées, là où la loi n° 55-385 était muette.

En outre, ce régime est circonscrit dans le temps et l'espace. Les périmètres de protection étant limités aux seuls « lieux exposés à la menace et à leurs abords, ainsi que ses points d'accès »⁹⁹, les personnes concernées ne peuvent être soumises à des mesures contraignantes que si ces dernières respectent « les impératifs de leur vie privée, professionnelle et familiale »¹⁰⁰. Enfin, la durée de validité d'un arrêté préfectoral instaurant un périmètre de protection ne peut excéder un mois¹⁰¹.

Cette démarche du législateur semble s'inscrire dans la continuité de la loi n° 2017-1154 qui, comme indiqué plus haut, renforçait déjà l'encadrement du régime de l'article 5 de la loi n° 55-385. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs admis la constitutionnalité d'un tel dispositif dans une décision du 29 mars 2018¹⁰² en mentionnant toutefois plusieurs réserves d'interprétation.

2. Les périmètres de protection : une conformité sous réserve

Le régime des périmètres de protection permet aux forces de l'ordre d'être assistées par des agents de sécurité privés pour la mise en œuvre des opérations de palpation et d'inspection et de fouille de bagages. Afin d'assurer la conformité de ces dispositions avec l'article 12 de la DDHC qui interdit la délégation de pouvoirs de police administrative à des personnes privées (moyen que les juges ont relevé d'office), le Conseil émet une réserve selon laquelle les autorités publiques doivent s'assurer « que soit continuellement garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire »¹⁰³. Ensuite, les juges constitutionnels reviennent sur la durée des périmètres de protection. Si la loi fixe une durée maximale d'un mois, il s'avère que l'arrêté peut être renouvelé indéfiniment. Les juges estiment qu'un tel renouvellement ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée garantis par la Constitution, à condition que le préfet « établisse la persistance du risque »¹⁰⁴. Une telle atteinte n'est pas non plus disproportionnée si l'ensemble des opérations de vérification rendues possibles par l'article L. 226-1 sont effectuées sur la base de critères excluant toute discrimination¹⁰⁵.

Il résulte de cela que le législateur a entendu restreindre considérablement le champ d'application des mesures issues de la loi n° 2017-1510. Toutefois, il est important de relever que la loi ne donne aucune définition de la notion d'acte de terrorisme et ne renvoie pas non plus aux définitions du Code pénal¹⁰⁶. En laissant un tel pouvoir d'interprétation à l'administration, il est à craindre que le champ de cette loi, malgré les diverses restrictions apportées par le législateur et / ou le juge constitutionnel, s'étende au-delà de la lutte antiterroriste comprise dans son acception traditionnelle¹⁰⁷.

De fait, dans son premier rapport annuel sur le suivi de l'application de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, la mission de contrôle constate

96. O. Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », *Revue française de droit administratif*, 2017, p. 115 sq. ; voir notamment *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, S. Hennette-Vauchez (dir.), Bayonne, Institut universitaire Varenne (Colloques & essais), 2018, p. 402.

97. Art. L. 226-1, al. 1 du Code de la sécurité intérieure.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, al. 3.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*, al. 8.

102. CC, déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

103. *Ibid.*, § 27.

104. *Ibid.*, § 34.

105. *Ibid.*, § 33.

106. O. Le Bot, « Un état d'urgence permanent ? », p. 119.

107. *Ibid.* ; l'exemple de l'affaire du DHKP-C en Belgique illustre bien ce risque. L'affaire concerne sept membres du DHKP-C – groupe politique turc d'opposition radicale – qui avaient distribué des tracts relayant leur positionnement politique. Dans cette affaire, où fut appliquée pour la première fois la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, les différentes étapes de la procédure ont amené les différentes juridictions à adopter des points de vue radicalement opposés, oscillant entre la qualification de participation à une organisation terroriste et la relaxe. Cette affaire prend fin en 2009, quand la Cour d'appel de Bruxelles, après deux renvois en appel après cassation, ne retiendra pas la participation à une activité terroriste. Cet épisode judiciaire est une illustration du sens incertain des dispositions relatives à la législation antiterroriste et, par conséquent, du champ considérable que celle-ci peut recouvrir. À ce sujet, voir notamment J.-C. Paye, « Belgique : une "lutte antiterroriste" ordinaire », *Pyramides*, vol. 16, n° 1, 2008, en ligne : <http://pyramides.revues.org/202>.

que la motivation des arrêtés instaurant des périmètres de protection était, dans certains cas, insuffisante, et ne justifiait pas d'une menace terroriste concrète¹⁰⁸. Exemple flagrant illustrant les risques d'une telle carence de définition, un arrêté du préfet du Finistère du 10 avril 2018 avait instauré un périmètre de protection aux abords d'une usine située à proximité du site Notre-Dame-des-Landes, afin de prévenir toute intrusion des partisans

occupant le site¹⁰⁹. Il ressort également du rapport que, si l'instauration de périmètres de protection a été quasi exclusivement utilisée afin de sécuriser des événements de courte durée¹¹⁰, la protection de certains lieux s'est prolongée au-delà de plusieurs mois¹¹¹. La mission de contrôle s'inquiète de l'utilisation quasi permanente d'un dispositif visant à sécuriser un événement ou un lieu de manière temporaire¹¹². Des lacunes subsistent donc.

108. M.-P. Daubresse, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission de contrôle et de suivi de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, n° 220, enregistré à la présidence du Sénat le 19 décembre 2018, p. 19.

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*, p. 17. Entre le 1^{er} novembre 2017 et le 31 octobre 2018, le gouvernement mentionne que 193 concernaient des événements, contre 6 concernant des lieux (voir *Rapport du gouvernement au parlement relatif à la mise en œuvre de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 1^{er} novembre 2018).

111. Les périmètres de protection de la gare Lille-Europe et du port de Dunkerque, instaurés en novembre 2017, sont restés en vigueur jusqu'au mois d'août 2018 (voir M.-P. Daubresse, *Rapport d'information...*, n° 220, p. 17-18).

112. M.-P. Daubresse, *Rapport d'information...*, n° 220, p. 17-18.