

## La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel (Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients\*)

**I**l est difficile, pour les privatistes, de parler de la jurisprudence – à supposer ce terme approprié – du Conseil constitutionnel. Ce constat ne doit pas être interprété comme l’aveu d’une hostilité qu’ils éprouveraient à l’encontre de cette institution, à la façon dont, paraît-il, ils réagiraient, pour beaucoup d’entre eux, de façon épidermique à la Convention européenne des droits de l’homme comme à « un droit venu d’ailleurs » – la formule est connue. Rien n’est plus faux, évidemment, que cette caricature, car il n’est pas un privatiste sérieux qui n’intègre aujourd’hui à ses réflexions les décisions du Conseil constitutionnel. La question de savoir s’il les approuve est différente, sauf à considérer que les constructions juridiques du Conseil étant un tabou, aucune réserve ne saurait être admise. On voudra donc bien admettre, une fois pour toutes, que les critiques éventuelles ne procèdent pas d’un préjugé, d’un rejet quasi instinctif d’une instance qui serait condamnée en son principe même : sans doute le droit est-il politique par essence, mais cette évidence n’autorise pas à conclure que toute critique juridique est donc politique.

Comment expliquer cette difficulté du privatiste en présence des décisions du Conseil constitutionnel ? L’explication en est des plus simples qui soient : du point de vue de la technique juridique, ses décisions sont régulièrement comme en « décalage » avec le droit privé – on voudra bien concéder que le droit pénal en fait partie. Sans doute le Conseil parle-t-il de contrat, de responsabilité, d’infractions, etc., mais, dans ses décisions, il arrive que de tels mots cessent paradoxalement d’être familiers au spécialiste du droit civil, du droit des affaires, du droit pénal, ce spécialiste qui, pourtant, les utilise quotidiennement et qui, la plupart du temps, a même contribué à les forger et à leur donner un contenu conceptuel précis, héritage d’une longue maturation opérée par l’effort constant des juges, de la doctrine, des praticiens qui, tous, ont petit à petit élaboré, construit, affiné un système juridique d’une formidable subtilité. Bref, il arrive que le Conseil constitutionnel et les privatistes utilisent les mêmes termes, mais ne parlent pas des mêmes réalités, au risque de faire litière de cet acquis.

Quelle peut être l’origine d’un phénomène aussi singulier ? L’histoire est connue de ce berger qui, recevant la visite d’un secrétaire de préfecture venu dénombrer les brebis de son troupeau, lui demande, intrigué, pourquoi il compte leurs pattes ; et le secrétaire de lui répondre, avec la condescendance qu’inspire parfois

---

\* Ce texte est issu des propos tenus lors du colloque « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques », 9 et 10 mai 2017, Paris. Le tour en a été conservé, et les références réduites à leur minimum.

cette fonction, que, d'un point de vue scientifique, il faut bien commencer par connaître le total des pattes, pour pouvoir ensuite le diviser par quatre afin de trouver le nombre exact de têtes de bétail : le Conseil constitutionnel donne parfois l'impression de procéder ainsi – il est vrai que l'on sait l'origine de ceux qui rédigent ses décisions, peut-être issus d'une école où l'on enseigne aussi à compter par quatre. On s'explique, alors, qu'un Conseil constitutionnel (l'expression désigne donc ici ces « petites mains » qui sont censées exprimer la volonté de ses membres) peu rompu aux catégories du droit privé soit porté à les mal comprendre, voire à les dénaturer : il suffit qu'après avoir pointé les pattes, il oublie de diviser le total par quatre pour que le privatiste n'y trouve pas son compte.

En elle-même, pareille situation est inquiétante, d'autant plus qu'elle va bien au-delà d'un mépris affiché pour des notions juridiques venues d'ailleurs – elles aussi –, que l'on ne veut pas se donner la peine d'appliquer (peut-être parce qu'il faudrait commencer par faire l'effort de les comprendre). Mais, à la vérité, cette réalité n'est étonnante que si l'on considère le Conseil constitutionnel comme une juridiction ordinaire. Or, comme souvent, les mots sont révélateurs : ce « conseil », qui n'est pas une « cour » constitutionnelle, est proche du prince, à la manière, quoique différemment, du Conseil d'État. Au-delà du rôle qu'attribuent au Conseil les articles 56 et suivants de la Constitution, cette proximité avec le pouvoir est inévitable en l'état actuel des choses : elle est celle que tissent des carrières communes, des formations communes, et surtout une culture juridique commune, car celle du publiciste et du privatiste sont radicalement différentes (la faveur contemporaine, si spectaculaire, du pouvoir politique pour l'ordre administratif de juridictions au détriment de l'ordre judiciaire, sur des questions touchant aux libertés individuelles ne s'explique pas autrement). À ce titre, elle peut difficilement ne pas retentir sur la manière de concevoir la fonction même du Conseil : s'il arrive qu'il dise le droit, il contribue, prioritairement et surtout, à l'érection d'un certain ordre juridique lorsque les problèmes qu'il lui faut trancher mettent plus intensément en cause des intérêts politiques – à la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne ne se cachent pas d'être des institutions qui sont autant d'instruments au service d'une construction de nature, elle aussi, politique : la promotion des droits de l'homme pour l'une, l'édification d'une union d'États pour l'autre. Si dire le droit consiste à dégager une solution qu'on ne connaît pas encore, alors ces instances le disent peu souvent, qui ont décidé du résultat à atteindre bien avant que le problème ne se pose. Dans ce pays où « juridiction politique » est une injure à nulle autre pareille – rappelons-nous les jugements portés contre la Cour de sûreté de l'État (qui rendait non pas la justice, mais des services, selon une phrase aussi cruelle que célèbre) –, il est étonnant que le Conseil constitutionnel bénéficie de cette aura que résume parfaitement la formule de « sages du Conseil » – ou, mieux encore (car on fait figure alors d'initié), « sages de la rue de Montpensier » (notons au passage que cette République ne sait pas son bonheur, qui compte, avec ceux « de la rue Cambon », autant d'éminentes personnalités, même si, curieusement, on ne dit rien d'équivalent à propos du quai de l'Horloge : les privatistes pourraient en prendre ombrage).

Un tel jugement inclinera, évidemment, à la conclusion qu'il est celui d'un partisan et que, décidément, en dépit des protestations, oratoires ou autres, de ceux qui les avancent, les critiques des privatistes adressées au Conseil ne sont jamais loin du procès d'intention. Pour cette raison, il faudra illustrer la démonstration par des exemples significatifs, afin d'étayer les affirmations qui viennent d'être avancées. C'est ainsi qu'il serait possible de montrer que la technique de contrôle de la constitutionnalité des lois laisse tout loisir au Conseil pour se comporter

comme la juridiction politique qu'il est, afin d'illustrer, ensuite, combien il est porté alors à ne pas respecter non seulement ses propres catégories, mais encore, *a fortiori*, celles du droit privé. Plus précisément, et parce qu'il s'agit de conduire cette analyse afin d'illustrer les rapports tumultueux du Conseil constitutionnel avec la matière pénale, il paraît plus spécialement indiqué d'en faire la démonstration à partir du principe de la légalité criminelle, puisqu'il est le pilier de cette discipline : si lui-même est lésardé, il est inutile de pousser plus loin la démonstration.

\*  
\*\*

L'expression, vague, de « technique de contrôle de constitutionnalité » demande à être précisée ; il faut comprendre qu'il s'agit plus précisément de dénoncer la réalité suivante – qui illustre, mieux que toute autre, la différence de culture juridique entre les privatistes et les publicistes quant au concept même de légalité – : si l'on veut bien concéder que le contrôle de constitutionnalité est un contrôle de la conformité d'une norme à une autre, il faut supposer, alors, que les textes en cause sont de nature comparable, car, à défaut, le contrôle n'est que de nom, qui ne porte plus sur une conformité, mais sur un objectif à atteindre extérieur aux normes en cause et posé en dehors d'elles. Or, la norme constitutionnelle se singularise par son tour extraordinairement général – en tout cas aux yeux d'un privatiste –, sans commune mesure avec l'extrême précision de la norme de droit pénal, prise dans le carcan qui l'enserme de la légalité criminelle, de fond ou procédurale (la même observation peut être faite avec les articles de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui ne saurait surprendre puisque les mêmes concepts, les mêmes procédés se retrouvent souvent ici et là<sup>1</sup>). Il en résulte que le droit pénal ou la procédure pénale constitutionnels (expressions dont les mots sont à formuler dans cet ordre) et le droit pénal ou la procédure pénale n'utilisent pas le même langage : là où, par exemple, la procédure pénale constitutionnelle évoque une procédure « juste et équitable », le Code de procédure pénale, en application des exigences du droit privé, définit avec précision les pouvoirs du ministère public, ceux de la personne mise en cause (personne mise en examen, témoin assisté, prévenu, accusé) et ceux de la partie civile, en autant d'articles décrivant, par le menu, les prérogatives correspondantes pour les uns et les autres (une voie de recours, un délai, une action en nullité, une prescription, etc.), avec pour résultat un équilibre procédural réglé comme un mécanisme d'horlogerie. Là où la procédure pénale constitutionnelle évoque une juridiction « impartiale », des articles du Code de procédure pénale tantôt interdisent, par exemple, que le juge d'instruction participe au jugement d'une affaire qu'il a antérieurement instruite, tantôt formulent des règles de récusation. Pour le dire autrement, les procédés normatifs utilisés diffèrent radicalement, si bien qu'il existe une béance entre une norme d'origine constitutionnelle indéterminée et une norme d'origine légale finement circonscrite (parfois par des chiffres : un nombre de jours, un nombre de jurés récusés, tant pour le ministère public, tant pour l'accusé – à ne pas diviser par quatre).

Que devient le contrôle de constitutionnalité, alors, en cas de confrontation entre des normes de « tension » si différente ? Parce qu'il n'existe, en réalité, aucune commune mesure entre elles, leur rapprochement procède non pas d'une comparaison, mais d'une appréciation librement opérée par l'organe de contrôle

---

<sup>1</sup> D'où la facilité avec laquelle les publicistes ont endossé la convention.

lui-même, sans autre entrave que son arbitraire. Bref, lorsque le Conseil constitutionnel invoque, au soutien de sa décision, tel ou tel article de la Constitution ou de la Déclaration des droits de l'homme ou du citoyen, il se retranche derrière un paravent qui ne résiste pas au plus léger des zéphyr : la distance entre la norme constitutionnelle invoquée et celle prétendument contrôlée est telle qu'elle ne peut être comblée que par la règle, bref la norme, que le Conseil crée lui-même de toutes pièces pour parvenir à les relier entre elles. Sans doute, le publiciste ne s'en formalisera guère, puisque, depuis son plus jeune âge, il a été nourri de la jurisprudence du Conseil d'État, et accoutumé ainsi à une conception de la légalité qui est étrangère à celle du privatiste : il sera donc conduit à considérer qu'une norme très générale n'est en rien incompatible avec un contrôle de légalité, à ceci près que la légalité dont il parle n'a aucun rapport avec la conception que le privatiste, et plus encore le pénaliste, s'en font. L'incompréhension radicale des publicistes à l'égard de l'opposition fondatrice que les privatistes opèrent, spécialement en matière pénale, entre le pouvoir d'interprétation du juge et son pouvoir créateur – bref normatif – en est une illustration particulièrement éloquente : le dialogue est celui de sourds.

De la façon dont le Conseil constitutionnel procède pour combler l'abîme entre les normes en cause, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fournit un exemple caricatural. Ce texte n'est qu'une simple proclamation incantatoire, qui, si elle ne manque pas de grandiloquence (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »), n'en est pas moins dénuée de tout contenu normatif. Mais c'est précisément parce que cette disposition est apparemment sans intérêt qu'elle en a beaucoup, puisqu'elle peut donc remplir toutes les utilités : de fait, l'article 16 est devenu la bonne à tout faire constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel (le même que celui qui condamne les lois sans norme...) ne s'est-il pas placé sous son égide pour régler un problème de frais irrépétibles ? On conviendra que le rapport entre l'article 16 et ces sommes est à peu près aussi étroit que celui qui relie une division de chars d'assaut à un corps de ballet de l'Opéra de Paris. Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner si le Conseil lui a rattaché, aussi :

- le droit à un recours juridictionnel effectif, qui comprend le droit d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles,
- l'exigence d'impartialité dans l'exercice de fonctions juridictionnelles,
- le principe de la séparation des autorités de poursuite et de jugement qui en résulte,
- le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles,
- l'exigence d'indépendance des organes assurant des fonctions juridictionnelles,
- l'objectif de bonne administration de la justice,
- le droit à un procès équitable,
- le principe du contradictoire, qui s'accompagne du droit d'être jugé dans un délai raisonnable,
- le respect des droits de la défense, qui implique l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties,
- l'interdiction de modifier rétroactivement une règle de droit en ne respectant pas l'autorité de la chose jugée, ni le principe de non-rétroactivité des peines et sanctions.

Autant dire qu’au regard de la conception privatiste de la légalité et des exigences qui l’accompagnent, cette liste, qui n’est d’ailleurs pas exhaustive, est tout bonnement risible.

Comment douter, alors, que les « visas » du Conseil constitutionnel soient aussi creux que des coquilles vides, simples alibis pour légitimer une solution qui, en réalité, a son origine ailleurs ; une fois le coup de chapeau protocolaire négligemment donné à tel ou tel article ou principe, le Conseil constitutionnel, en réalité, décide ce qu’il veut, ce qui est très exactement le propre du politique : il se comporte tel un organe souverain. En cette qualité, il se dispense d’ailleurs parfois de toute motivation, se contentant d’asséner sa vérité, de manière parfois ici encore caricaturale : une loi institue-t-elle des règles de perquisition dans les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale et ces règles sont-elles contestées dans une question prioritaire de constitutionnalité ? Le Conseil répond que le législateur a instauré entre les intérêts en présence « une conciliation qui n’est pas déséquilibrée<sup>2</sup> ». La même loi régleme-t-elle la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale ? Ici, on apprend que la conciliation en revanche « est déséquilibrée<sup>3</sup> ». Il est possible que cette différence des solutions soit justifiée, mais, dans les deux cas, le Conseil constitutionnel ne daigne guère s’en expliquer : il délivre son oracle, sans aucune argumentation, encore moins démonstration, à la façon dont le prestidigitateur, après quelques passes, sort le lapin du chapeau. Encore, l’objectivité oblige-t-elle à reconnaître qu’en pareil cas, il déploie du moins un effort minimum : en d’autres circonstances, il ne fait pas même semblant de respecter les formes<sup>4</sup>. Mais faut-il s’en étonner ? Pour le Conseil, la question que pose la protection des secrets de la défense nationale n’est pas de nature juridique : il y répond à partir de considérations d’un autre ordre et il ne s’agit ensuite que de donner à cette réponse un habillage juridique, de manière argumentée lorsque le droit le permet ou par un simple diktat lorsqu’une démonstration juridique est hors d’atteinte en termes convaincants. C’est précisément en cela qu’il est une juridiction politique : son office est, pourrait-on dire, non pas juridique, mais méta-juridique. Pour lui, le droit n’est qu’un moyen, pas une fin – l’un de ses membres en fit d’ailleurs un jour l’aveu candide en soulignant qu’à l’inverse d’un juge, il n’avait pas à avoir un respect sourcilieux du droit, et que là était sa supériorité (cette déclaration extravagante n’a suscité, que l’on sache, aucune réaction)...

Nous attendons l’objection : le juge judiciaire est-il lui-même à l’abri de considérations politiques lorsqu’il tranche telle ou telle question ? Il faudrait être naïf, effectivement, pour croire que lorsqu’il s’est prononcé sur l’homicide par imprudence du fœtus, il ne s’est déterminé qu’à partir de considérations exclusivement juridiques. Mais ici comme ailleurs, l’amalgame ne démontre rien : une chose est d’être une juridiction dont la fonction est politique, comme l’est celle du Conseil constitutionnel, autre chose est la prise en compte de données politiques par une juridiction dont le rôle n’est pas de cette nature. Trouver un point commun entre deux réalités que tout oppose pour prétendre qu’elles sont identiques est un argument qu’il convient de réserver à l’usage des bateleurs.

---

<sup>2</sup> CC, 10 nov. 2011, n° 2011-192 QPC.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Voir, parmi d’autres exemples, CC, 9 avril 2015, n° 2015-464 QPC, qui constitue, de ce point de vue, un modèle difficilement surpassable.

Dans une discipline comme le droit pénal, soumise, plus que toute autre, au respect de la légalité, pareille consécration du juge, serait-il constitutionnel, est problématique. Qu'on ne voie pas là le point de vue borné du positiviste obsédé de technique juridique et de hiérarchie des normes : faut-il rappeler que la légalité criminelle se veut protectrice des libertés individuelles ? Or, le Conseil constitutionnel, fort de l'arbitraire qui est le sien, n'a cessé d'approuver à l'époque récente le recul de ces libertés, avec, notamment, une conception subitement très restrictive de l'article 66 de la Constitution, fort différente de l'acception première qu'il en avait retenue ; avec, récemment, l'aval qu'il a donné à une extension de la police administrative au détriment de la police judiciaire, au prétexte de l'état d'urgence ; avec l'application rétroactive de sanctions plus sévères, au motif qu'elles ne seraient pas des peines, mais avec toutefois un régime différent selon que la mesure en cause s'accompagne ou non d'une privation de liberté (de telle sorte que la question de savoir s'il s'agit d'une peine ou non est, en réalité, indifférente). Bref, la cohérence voulue n'est pas celle du droit, car l'objectif poursuivi lui est étranger. Dans ces conditions, les notions juridiques utilisées ne sont qu'instrumentales.

\*  
\*\*

Le Conseil affiche en effet à l'endroit des catégories juridiques une désinvolture qui témoigne du peu d'importance qu'il leur accorde : en raison de la noblesse de sa mission, il s'estime apparemment au-dessus d'elles, qu'il s'agisse de celles qu'il a lui-même posées ou à plus forte raison de celles du droit pénal.

L'attitude du Conseil à propos de ses propres catégories a été clairement illustrée de façon ici aussi caricaturales par ses palinodies relatives à la règle pénale dite *non bis in idem*, qui interdit non seulement de sanctionner deux fois, mais encore de poursuivre deux fois la même personne pour les mêmes faits. Initialement, le Conseil, qui n'a jamais voulu consacrer la valeur constitutionnelle de cette règle (pourquoi donc, alors qu'elle est destinée à protéger les libertés<sup>5</sup> ?), avait admis que l'on puisse, s'agissant d'un même fait, cumuler une sanction pénale et une sanction para-pénale (comme les sanctions infligées hier par la Commission des opérations de bourses, aujourd'hui par l'Autorité des marchés financiers). Le séisme est venu de l'autre côté des Alpes, après un détour par Strasbourg : avec le célèbre arrêt Grande Stevens, la Cour européenne des droits de l'homme a donné l'impression de vouloir condamner ce type de cumul<sup>6</sup>. Dans un premier temps, le Conseil a refusé de s'incliner (comportement suffisamment rare pour mériter d'être souligné) en élaborant une construction alambiquée, à partir de critères confus dont l'un, totalement artificiel et purement instrumental (celui des ordres de juridiction en cause), lui a paru avoir l'avantage de permettre de sauver les doubles poursuites<sup>7</sup>, en pensant spécialement au droit fiscal, matière politiquement sensible entre toutes. Mais par la suite, dans une nouvelle affaire, le Conseil a autorisé la poursuite

---

<sup>5</sup> Le Doyen Légal en fit la démonstration dans une analyse magistrale, en comparant ladite règle avec le cas du concours idéal (mais peut-on croire que le Doyen Légal est lu au Conseil constitutionnel ?).

<sup>6</sup> À la vérité, depuis lors, elle a passablement atténué sa position – tout en prétendant le contraire –, à l'évidence sous la pression des États : avez-vous dit « politique » ?

<sup>7</sup> CC, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC.



pénale d'un fraudeur ayant pourtant été déjà condamné à des sanctions fiscales, alors qu'en application de ce critère il n'aurait jamais dû l'être<sup>8</sup>. Il est vrai que l'intéressé était un homme politique ayant occupé des fonctions ministérielles le destinant à lutter contre la fraude fiscale, et l'on devine sans peine quelle aurait été la réaction de l'opinion si celui qui lui avait menti « les yeux dans les yeux » avait échappé à ces secondes poursuites pour les mêmes faits. Mais le plus extraordinaire n'est pas là : le critère de l'ordre de juridiction, inventé pour rendre possibles de nouvelles poursuites, ayant fait la preuve de son inefficacité, le Conseil l'a purement et simplement abandonné, ne cherchant donc pas même à dissimuler qu'il n'avait été retenu que pour les besoins de la cause – besoins, notons-le au passage, qui avaient été par conséquent fort mal appréciés par les auteurs de cette remarquable trouvaille. Comment pourrait-on nier le caractère politique d'une instance qui se comporte de pareille façon ? Qu'est-ce, en effet, que cette « jurisprudence » qui, sur une question aussi importante que la règle *non bis in idem*, change du jour au lendemain, selon la tête du justiciable ?

Quant aux catégories du droit pénal, enfin, il est loisible d'évoquer l'incompétence : le Conseil rend des décisions qui révèlent une méconnaissance sidérante des notions pénales élémentaires et, plus grave, des catégories protectrices des libertés dans le procès pénal. Il serait possible, ainsi, de retracer ses solutions sinusoidales en matière de peines accessoires ou complémentaires, deux catégories éprouvées du droit pénal auxquelles il n'a jamais voulu se référer, pas plus qu'à leur régime, pour leur préférer la notion nouvelle de peines automatiques, lesquelles ont commencé par être censurées en dépit du pouvoir accordé au juge pénal d'en relever le condamné<sup>9</sup>, pour finalement être validées, notamment à cause de cette possibilité d'un relèvement – ou d'une dispense de peine<sup>10</sup> –, si bien que notre berger ne reconnaît pas son troupeau, même en comptant les pattes : les positions du Conseil constitutionnel en matière de peines accessoires ou complémentaires sont incohérentes. Mais l'accent sera plutôt mis sur le problème des voies de recours, complexe il est vrai, même pour un secrétaire de préfecture : en la matière, le Conseil s'est surpassé.

L'article 575 du Code de procédure pénale interdisait à la partie civile, sauf exception, de se pourvoir seule contre les arrêts de la chambre de l'instruction indépendamment d'un pourvoi en cassation du ministère public : la règle se voulait protectrice des droits de la personne poursuivie et de la présomption d'innocence (pas même évoquée dans la décision, qui comporte pourtant citation, selon une méthode aussi singulière qu'elle est chère au Conseil, d'une litanie d'articles du Code de procédure pénale en rapport plus ou moins direct avec la difficulté soulevée), puisqu'était interdit ainsi un acharnement de la partie civile forcément suspect au regard de l'attitude du parquet, sans rien sacrifier des droits de celle-ci, dès lors qu'elle demeurait libre d'exercer son action devant les juridictions civiles, non tenues de respecter la décision de la juridiction d'instruction dont les décisions n'ont pas autorité de la chose jugée à leur égard. Bref, cette solution conciliait tous les intérêts en présence et de façon équilibrée, ce que la Cour européenne des droits de l'homme, interrogée sur ce même article sous le rapport du droit à un procès

---

<sup>8</sup> CC, 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC.

<sup>9</sup> CC, 15 mars 1999, n° 99-410 DC ; CC, 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC.

<sup>10</sup> CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 16 octobre 2015, n° 2015-493 QPC.

équitable, avait d'ailleurs admis sans mal<sup>11</sup>, elle qui n'a pas toujours attesté une parfaite maîtrise des subtilités de l'action civile à la française. Le Conseil a pourtant abrogé l'article 575<sup>12</sup> dans des conditions qui démontrent une totale incompréhension de la difficulté soulevée, puisqu'il prétend 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 ». De l'aveu même du Conseil, pareille affirmation est inepte, puisque, ainsi qu'il l'a relevé dans cette même décision sans craindre la contradiction, « la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public<sup>13</sup> », observation quant à elle parfaitement exacte, et qui l'a d'ailleurs conduit à juger, sur une question en tout point équivalente, celle du droit d'appel de la partie civile contre une décision de relaxe, que l'impossibilité qui lui est faite de remettre en cause la décision sur l'action publique est légitime<sup>14</sup>. Mais quelle est la cohérence de cette bouillie ? Aussi est-il aisé de comprendre que, quelque peu échaudée sans doute par ces précédents préoccupants, la chambre criminelle ait refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui, s'inspirant du funeste précédent de l'article 575, dénonçait l'impossibilité faite à la partie civile de provoquer la réouverture d'une instruction après non-lieu et contestait le monopole ainsi reconnu en la matière au ministère public : apparemment, la Cour de cassation a jugé prudent d'éviter une nouvelle erreur et décidé de sauver l'article 190 des ardeurs iconoclastes du Conseil<sup>15</sup>. Tout cela n'a donc ni queue, ni tête, sauf à penser, avec un annotateur averti et bienveillant<sup>16</sup> que, s'agissant du moins de l'abrogation de l'article 575, elle a procédé d'une « décision délibérément orientée, exprimant clairement une politique pénale<sup>17</sup> » : politique, on y revient.

Revient aussi en mémoire, à cet instant, le mot de Rossi : « mépriser la théorie, c'est avoir la prétention excessivement orgueilleuse d'agir sans savoir ce qu'on fait, et de parler sans savoir ce qu'on dit ». Mais, dans le cas du Conseil constitutionnel, la phrase est inappropriée, puisque pour mépriser la théorie, il faut du moins savoir qu'elle existe. Or tout indique que, certaines d'être omniscientes, ses « petites mains » ne veulent pas faire l'effort de la connaître, pas même celui consistant à ouvrir le premier manuel de procédure pénale venu pour s'instruire des rudiments de la matière. L'auraient-elles fait que, concernant l'appel contre les ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention et à propos de l'article 186 du Code de procédure pénale, elles auraient évité une confusion qui vaudrait un zéro pointé à un étudiant en droit soumis à un contrôle de procédure pénale. Pour déterminer en effet l'étendue du droit d'appel de la personne mise en

---

<sup>11</sup> Cour EDH, 3 décembre 2002, n° 48221/99, Berger c/ France.

<sup>12</sup> CC, 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC.

<sup>13</sup> Voir, pour une affirmation identique et exacte elle aussi, concernant la personne mise en examen, CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC.

<sup>14</sup> CC, 31 janvier 2014, n° 2013-363 QPC.

<sup>15</sup> Cass. crim., 9 mars 2011, n° 11-80630.

<sup>16</sup> Car cet auteur postule donc que le problème posé par l'article 575 a été compris ; nous voudrions en être nous-même convaincu.

<sup>17</sup> B. DE LAMY, « Inconstitutionnalité de l'article 575 du code de procédure pénale : la partie civile promue par le Conseil constitutionnel », *RSC*, janvier-mars 2011, p. 188 [[https://actu.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER\\_2014/RSC2011-188.pdf](https://actu.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/FEVRIER_2014/RSC2011-188.pdf)].



examen, le Conseil soulève – d’office – le grief selon lequel « seul le droit d’appel de la personne mise en examen » serait « limité et exceptionnel » et s’en sert pour asseoir sa décision<sup>18</sup> : depuis 1967, et sa première édition, un traité de référence enseigne que « Pas plus que l’inculpé, la partie civile n’a le droit d’attaquer n’importe quelle ordonnance du juge d’instruction<sup>19</sup> » – il faut en conclure qu’il n’y a donc pas d’ouvrage de procédure pénale dans la bibliothèque du Conseil<sup>20</sup>. En revanche, l’orgueil évoqué par Rossi, en l’occurrence celui que fonde l’assurance de tout savoir parce qu’on a appris à diviser par quatre, est bien en cause – en même temps, peut-être, que l’absence de modestie suffisante –, le tout étant de décider si, compte tenu des enjeux, le comportement qui en procède est bien tolérable<sup>21</sup>.

### Philippe Conte

Professeur à l’Université Panthéon-Assas, Directeur de l’Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

---

<sup>18</sup> CC, 13 juillet 2011, précité.

<sup>19</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Cujas, 1982, n° 1042.

<sup>20</sup> L’erreur commise est à ce point ahurissante que l’on en cherche l’explication. Elle est sans doute due à l’article 186 lui-même, qui affirme que la partie civile peut faire appel des « ordonnances faisant grief à ses intérêts », soit une formule en apparence très générale qui aura donc conduit les « petites mains » du Conseil, qui l’ont reproduite, à conclure à un droit d’appel sans limite (voir cons. 4, où il est souligné que, prétendument à l’inverse, « la liste des ordonnances du juge d’instruction dont [la personne mise en examen] peut interjeter appel est limitativement énumérée »). Mais il faut lire jusqu’au bout : l’article vise les seuls intérêts « civils ». En conséquence, l’appel de la partie civile est évidemment sans effet sur l’action publique, hormis exceptions, si bien que son droit d’appel est limité, comme celui de la personne mise en examen. Cette incapacité proprement consternante à saisir les rapports, certes subtils, de l’action civile avec l’action publique au cours du procès pénal est donc une constante du Conseil constitutionnel.

<sup>21</sup> Pour ce qui nous concerne, nous avons pris le parti d’en rire : voir Ph. CONTE, « Farce constitutionnelle », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, avril-juin 2016, p. 261-264.