



Commentaire

Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017

Loi relative à l'égalité et la citoyenneté

Le projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté a été délibéré en conseil des ministres le 13 avril 2016. Le Gouvernement a engagé la procédure accélérée le même jour. Le texte a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016 puis par le Sénat le 18 octobre 2016. Après l'échec de la commission mixte paritaire (CMP), le texte a été adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 23 novembre 2016. Rejeté en nouvelle lecture par le Sénat le 19 décembre 2016, il a été adopté par l'Assemblée nationale en lecture définitive le 22 décembre 2016 en application du dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution.

Le projet de loi initial comportait 41 articles. La loi adoptée en comptait 224.

Cette loi a été déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante sénateurs et plus de soixante députés. Ils contestaient son article 39, certaines dispositions de son article 98 et ses articles 100 et 217. Les sénateurs requérants critiquaient également la procédure d'adoption de cette loi, ses articles 33 et 45, certaines dispositions de son article 52, ses articles 55, 58, 59, 60 et 64, certaines dispositions de ses articles 67 et 78, ses articles 80 et 91, certaines dispositions de ses articles 102, 104, 117, 121 et 122, ses articles 128 et 129, certaines dispositions de ses articles 149, 152, 162, 170 et 171, ses articles 174, 176, 177, 179, 186, 187, 190, 191 et 192, certaines dispositions de son article 204, ses articles 207, 222 et 223. Les députés requérants critiquaient aussi certaines dispositions de ses articles 67, 70, 97 et 99.

Dans sa décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution : les neuvième à quinzième alinéas du f du 2° du paragraphe I de l'article 70, relatifs à l'attribution d'un quart des logements locatifs sociaux situés en dehors des quartiers prioritaires de la politique de la ville au quartile de demandeurs les plus pauvres ; le c du 1° du paragraphe I de l'article 78, relatif à la collecte du numéro d'inscription au répertoire (NIR) des occupants majeurs des logements locatifs sociaux en vue de l'établissement d'une cartographie de l'occupation socio-économique du parc de logements sociaux ; les b à d du 4° du paragraphe I de l'article 97, relatifs aux conditions d'application du dispositif de solidarité et de renouvellement urbains (SRU) et

du rattrapage en matière de logements sociaux dans les communes déficitaires ; le cinquième alinéa du a et les quatrième et cinquièmes alinéas du b du 1° du paragraphe I de l'article 98, relatifs à l'aménagement de la procédure de carence applicable aux communes n'ayant pas atteint les objectifs de réalisation de logements locatifs sociaux auxquels elles sont tenues ; le b du 1° et le 2° du paragraphe I de l'article 99, relatifs aux règles régissant le prélèvement sur les ressources fiscales des communes ne respectant pas l'obligation qui leur incombe de disposer, sur leur territoire, d'un nombre minimal de logements locatifs sociaux ; le 2° de l'article 129, relatif à la publicité de certaines informations figurant dans le registre des copropriétés ; les troisième et quatrième alinéas du 3° de l'article 149, relatif au schéma départemental d'accueil des gens du voyage ; le 7° du paragraphe I et le a du 1°, le a du 2° et le c du 3° du paragraphe II de l'article 170, les 1° et 2° du paragraphe I de l'article 171 et l'article 207, relatif notamment à la notion d'identité de genre et à sa prise en compte dans des procédures pénales ; l'article 174, qui autorise certaines associations à se constituer partie civile pour les infractions d'incitation à la haine raciale, de diffamation et d'injure raciale ou de provocation à commettre un délit ou un crime raciste ou religieux, dès lors qu'elles justifient que la victime ne s'oppose pas aux poursuites ; l'article 176, qui ouvre l'action civile en matière d'apologie de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de crimes ou de délits de collaboration avec l'ennemi, ainsi qu'en matière de négationnisme, aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits dont l'objet est la défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance ou des déportés, ainsi qu'aux associations dont l'objet est l'assistance des victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, la défense de leur mémoire ou la lutte contre les discriminations ; l'article 177, relatif aux discriminations pour faits de bizutage et à leur répression ; l'article 186, relatif au droit d'accès à la cantine scolaire des élèves des écoles primaires.

Le Conseil constitutionnel a, en revanche, déclaré contraires à la Constitution, pour des motifs de fond : l'article 39 habilitant le Gouvernement à modifier, par ordonnance, la législation relative aux conditions et modalités d'ouverture des établissements privés d'enseignement scolaire ; l'article 100, relatif à la suppression de la dotation de solidarité urbaine et de cohésion sociale pour les communes n'ayant pas atteint leurs objectifs de réalisation de logements locatifs sociaux ; le dernier alinéa du 2° de l'article 173, réprimant la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre lorsque cette négation, cette minoration ou cette banalisation constituent une incitation à la violence ou à la haine par la référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ; l'article 179, relatif à la

discrimination dans le cadre de relations de travail ; l'article 217 créant un fonds de participation au financement de l'action de groupe.

Le Conseil constitutionnel a censuré d'office l'article 68, comme dépourvu de portée normative.

Le Conseil constitutionnel a censuré trente-six articles qui avaient été introduits par amendement en première lecture sans présenter de lien, même indirect, avec le projet de loi initial (« cavaliers ») : sept étaient contestés à ce titre par les requérants (articles 64, 80 et 91, paragraphe XIV de l'article 117 et articles 191, 192 et 222) et vingt-neuf ont été soulevés d'office par le Conseil (articles 11, 13, 14, 15, 16, 31, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 69, 110, 112, 119, 126, 145, 163, 169, 203, 204, 209, 210 et 220).

Le Conseil a également censuré sept dispositions introduites en nouvelle lecture en violation de la règle dite de l'« entonnoir », toutes contestées à ce titre par les requérants : le paragraphe I de l'article 67, le paragraphe II de l'article 100, le paragraphe III de l'article 104, le paragraphe II de l'article 121, le 1^o du paragraphe I de l'article 122, l'article 128 et les paragraphes V à VII de l'article 152.

1. – La procédure d'adoption de la loi

* Les sénateurs requérants contestaient, sur un point, la procédure d'adoption de la loi. En effet, ils estimaient que la suppression, par l'Assemblée nationale, en nouvelle lecture, de l'article 28 *quater* A pourtant adopté conforme par les deux chambres en première lecture, était contraire à la règle de l'entonnoir.

Cet article visait à subordonner le bénéfice de l'abattement de 30 % de la taxe foncière sur les propriétés bâties applicable pour certains logements sociaux dans les quartiers prioritaires, à la conclusion d'une convention entre le bailleur social, la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et l'État.

Introduit en première lecture à l'Assemblée nationale, il avait été adopté conforme par le Sénat. Il ne faisait donc plus partie des « *dispositions restant en discussion* », au sens de l'article 45 de la Constitution. Pourtant, les députés l'avaient « rappelé » en nouvelle lecture, en commission spéciale, pour le modifier afin d'en assurer la conformité à la Constitution.

Puis, en séance publique, le Gouvernement avait déposé un amendement de suppression, qui avait été adopté. Le Sénat ayant ensuite adopté une question préalable sur l'ensemble de la loi, le texte voté par l'Assemblée en lecture définitive ne comportait plus les dispositions en cause.

* La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la règle de l'entonnoir est bien connue : « *Il ressort de l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment de la première phrase de son premier alinéa, selon laquelle : "Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique", que les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion. Toutefois, ne sont pas soumis à cette dernière obligation les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle* »¹.

En l'espèce, la question dont le Conseil constitutionnel était saisi était inédite : il lui incombait de se prononcer sur la règle de l'entonnoir « à rebours », dans la mesure où il ne s'agissait pas de censurer une disposition adoptée en violation de cette règle, mais d'examiner si la suppression d'une disposition pourtant votée conforme par les deux chambres méconnaissait ou non cette règle.

Cette suppression était le résultat de deux amendements, le premier, qui a rouvert la discussion sur l'article 28 *quater* A afin de le modifier, le second, qui a procédé à cette suppression.

Le Conseil constitutionnel s'est donc attaché, dans la décision commentée, à examiner la recevabilité de chacun de ces amendements.

En l'espèce, les auteurs du premier amendement avaient souhaité préciser que la convention entre le bailleur social, la commune ou l'EPCI et l'État devrait être signée avant le 31 mars 2017. Ils estimaient en effet, qu'à défaut de convention, les intéressés risquaient d'être privés du bénéfice de l'abattement, pourtant prévu par la loi de finances pour 2015 pour une période allant de 2016 à 2020, dans la mesure où la taxe foncière est calculée au regard de la situation au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. Or, à cette date, la convention n'aurait pas pu être signée, la loi n'étant pas encore promulguée. L'amendement était donc motivé par le souci de remédier à l'inconstitutionnalité éventuelle de cette rétroactivité. Le Conseil constitutionnel en a conclu, dans la décision commentée, qu'il était recevable en vertu de l'article 45 de la Constitution (paragr. 7).

En revanche, il a considéré que tel n'était pas le cas du second amendement (même paragr.).

¹ Cf. pour un exemple récent, décision n° 2016-744 DC du 29 décembre 2016, *Loi de finances pour 2017*, paragr. 69.

Lors des débats, le Gouvernement avait justifié la suppression de l'article 28 *quater* A par les situations de blocage qu'il était susceptible d'entraîner et l'opportunité s'attachant à examiner plutôt ces questions « *dans le cadre de l'examen de l'un des projets de loi de finances, initiale ou rectificative, de cette fin d'année puisque nous avons ce débat par ailleurs et qu'il est loin d'être clos* »².

L'amendement n'était donc pas motivé par le souci de remédier à une inconstitutionnalité ou de procéder à la correction d'une erreur matérielle. Le Conseil constitutionnel l'a relevé, en ajoutant que cet amendement n'était pas non plus destiné « *à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen à la date à laquelle il a été adopté* » (même paragr.). En effet, même si une disposition analogue à l'article 28 *quater* A a bien été ensuite adoptée à l'article 47 (ex 23 *ter*) de la loi de finances rectificative pour 2016, cette disposition n'a été introduite dans le projet de loi de finances rectificative que le 6 décembre 2016³, alors qu'elle a été supprimée le 23 novembre dans le texte faisant l'objet de la décision commentée⁴ : à la date où la recevabilité de l'amendement du Gouvernement devait donc être appréciée, aucune coordination n'était requise avec un autre texte en discussion.

* Le Conseil constitutionnel en a conclu que « *l'article 28 quater A a donc été supprimé selon une procédure contraire à la Constitution* ». Habituellement, le Conseil constitutionnel sanctionne les irrégularités de procédure au regard de l'article 45 de la Constitution en censurant la disposition qui en a résulté. En l'espèce, une telle solution était impossible, puisque c'est justement la suppression d'un article adopté conforme en première lecture qui était en cause.

Cette circonstance a conduit le Conseil à préciser le cadre de son contrôle. Après avoir rappelé l'exigence qui s'attache au respect de la clarté et de la sincérité des débats parlementaires (paragr. 4), il a indiqué, pour la première fois : « *Le Conseil constitutionnel ne tient pas des articles 61 et 62 de la Constitution le pouvoir de rétablir un article irrégulièrement supprimé au cours des débats parlementaires. Il lui revient, en revanche, de s'assurer que l'irrégularité constatée n'a pas rendu la procédure législative contraire à la Constitution* » (paragr. 5).

Même si de tels cas sont rares, le Conseil constitutionnel a déjà censuré dans son intégralité une loi pour un motif d'irrégularité procédurale. Ce fut le cas, notamment :

² Propos de Mme Emmanuelle Cosse, ministre du logement et de l'habitat durable, *JOAN* du 24 novembre 2016, p. 7825.

³ Par l'amendement n° 249, adopté lors de la 2^e séance du mardi 6 décembre 2016 (*JOAN*, p. 8392).

⁴ *JOAN* de la 2^e séance du mercredi 23 novembre 2016, p. 7825).

- en raison du non respect des règles de priorité d'examen entre la première partie de la loi de finances et la seconde⁵ ;
- en raison de l'adoption définitive d'une loi organique relative à l'inéligibilité du médiateur des enfants, alors que le projet de loi ordinaire auquel elle était associée n'était toujours pas définitivement adopté et que les modifications susceptibles d'y être apportées pouvaient avoir un impact sur le texte organique⁶ ;
- en raison du non respect de la règle de priorité d'examen par le Sénat des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales⁷ ;
- en raison du non respect de la règle posée par l'article 42 de la Constitution selon laquelle « *La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie* », le Sénat ayant, en séance publique, examiné le projet de loi dans sa version transmise par l'Assemblée nationale, alors que la commission avait adopté un texte modifié⁸.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'est réservé la possibilité de censurer, dans son intégralité ou pour partie, une loi dont une disposition aurait été irrégulièrement supprimée. Toutefois, une telle censure supposerait qu'il résulte de l'irrégularité constatée une méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires affectant soit une partie des dispositions votées (par exemple le chapitre au sein duquel figurait l'article en cause), soit la loi dans son intégralité.

Après avoir observé, en l'espèce, que, « *pour regrettable qu'elle soit, [la suppression irrégulière de l'article 28 quater A] n'a pas eu pour effet de porter une atteinte inconstitutionnelle aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires* », le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief des requérants (paragr. 8).

2. – Habilitation donnée au Gouvernement pour modifier par ordonnance la législation relative aux conditions et aux modalités d'ouverture des établissements privés d'enseignement scolaire (article 39)

⁵ Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979, *Loi de finances pour 1980*.

⁶ Décision n° 99-420 DC du 16 décembre 1999, *Loi organique relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants*.

⁷ Décision n° 2011-632 DC du 23 juin 2011, *Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région*.

⁸ Décision n° 2012-655 DC du 24 octobre 2012, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*.

* L'article 39, issu d'un amendement adopté en première lecture à l'Assemblée nationale, visait à habiliter le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour remplacer le régime actuel de déclaration, auprès de l'administration, d'ouverture des établissements privés d'enseignement, par un régime d'autorisation préalable, à préciser les motifs de refus d'ouverture, à fixer les dispositions régissant les fonctions de direction et d'enseignement dans ces établissements et à renforcer la liberté d'enseignement dont ils bénéficient une fois ouverts.

* L'ouverture d'un établissement privé d'enseignement scolaire relève, depuis les lois « Goblet » du 30 octobre 1886, « Falloux » du 15 mars 1850 et « Astier » du 25 juillet 1919, d'un régime déclaratif, dans lequel l'administration a la possibilité de s'opposer à l'ouverture. À défaut, l'établissement est ouvert de manière régulière.

Ce régime déclaratif se décline en trois procédures distinctes, en fonction de la nature de l'enseignement dispensé par l'établissement (premier degré, second degré général ou second degré technique), codifiées aux articles L. 441-1 et suivants du code de l'éducation.

Ces procédures font intervenir, à chaque fois de manière différente, le maire, l'autorité académique, le préfet ainsi que le procureur de la République. Ces derniers peuvent s'opposer à l'ouverture de l'établissement pour des motifs liés aux bonnes mœurs, à l'hygiène et, pour le seul enseignement technique, pour des considérations d'ordre public et liées à la nature de l'enseignement dispensé. Le délai d'opposition est d'un mois, sauf pour l'enseignement technique, où il est de deux mois.

L'opposition formée par l'autorité compétente est communiquée au déclarant et peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Si l'établissement fonctionne en dépit de l'opposition de l'administration, le déclarant commet un délit.

Par exception, en Alsace et dans le département de la Moselle, un régime d'autorisation préalable instauré par une loi allemande du 12 février 1873 est maintenu en application par l'article L. 481-1 du code de l'éducation. Des régimes différents s'appliquent dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

* Les sénateurs et les députés requérants estimaient que la substitution d'un régime d'autorisation préalable au régime déclaratif en vigueur portait une atteinte disproportionnée à la liberté de l'enseignement comme à la liberté d'association. Les sénateurs ajoutaient qu'étaient aussi méconnues la liberté de conscience et la liberté d'entreprendre.

Il appartient en principe au Conseil constitutionnel saisi de dispositions habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures du domaine de la loi de veiller à ce que celles-ci ne soient « *ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires aux règles et principes de valeur constitutionnelle* »⁹.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé sa formulation de principe relative à la liberté de l'enseignement, qui « *constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958* » (paragr. 11)¹⁰.

Pourtant, dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la constitutionnalité du passage d'un régime déclaratif à un régime d'autorisation préalable d'ouverture d'établissements privés d'enseignement.

En effet, son contrôle s'est exercé en amont, sur les conditions de l'habilitation conférée au Gouvernement par le législateur.

Le Conseil a tout d'abord rappelé sa formulation de principe, qui fixe les exigences auxquelles doit répondre une habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution : « *Aux termes du premier alinéa de l'article 38 de la Constitution : "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi". Cette disposition fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention* »¹¹ (paragr. 12).

Puis il a observé que le législateur avait défini avec suffisamment de précision le domaine d'intervention des mesures susceptibles d'être prises par ordonnance, dès lors qu'il avait indiqué qu'il s'agissait de remplacer un régime déclaratif par un régime d'autorisation d'ouverture des établissements privés d'enseignement (paragr. 13).

En revanche, il a estimé qu'« *eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation*

⁹ Décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005 *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cons. 11.

¹⁰ Cf., notamment, décision n° 2014-425 QPC du 14 novembre 2014, *Société Mutuelle Saint-Christophe (Taxe spéciale sur les contrats d'assurance contre l'incendie)*, cons. 7.

¹¹ Cf., pour des exemples récents, décisions n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, paragr. 12, n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 129 ou n° 2015-710 DC du 12 février 2015, *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, cons. 4.

administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser "les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture" de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance » (même paragr.).

Cette imprécision de l'habilitation est préjudiciable à plusieurs titres.

Compte tenu de la rédaction retenue, le Gouvernement aurait en effet tout autant pu limiter le régime d'autorisation préalable à la vérification du respect des conditions actuelles d'hygiène ou de respect des bonnes mœurs, que l'étendre à la vérification de la qualité de l'enseignement délivré, voire, à son contenu ou aux programmes retenus.

Dans ces conditions, l'habilitation conférée ne permettait pas de connaître les lignes directrices des mesures susceptibles d'être prises par ordonnance. Or, si le Gouvernement peut demander à agir par ordonnance et si le législateur peut lui accorder son habilitation, cet accord doit être « éclairé », notamment lorsqu'une liberté constitutionnelle comme la liberté de l'enseignement est en jeu.

Alors que la liberté d'enseignement était en jeu, l'habilitation rendait ainsi pratiquement impossible au Conseil constitutionnel de s'assurer que les mesures envisagées, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent nécessairement, étaient conformes à la Constitution.

En raison de cette imprécision, le Conseil constitutionnel a donc conclu qu'elle était contraire à la Constitution (paragr. 14).

La décision commentée, qui constitue la première censure du Conseil constitutionnel pour un défaut de précision des finalités de l'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, ne remet toutefois pas en cause la jurisprudence bien établie et récemment réaffirmée par le Conseil selon laquelle il n'incombe pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation¹².

3. – Obligations des collectivités territoriales en matière de logements locatifs sociaux (articles 97, 98, 99 et 100)

Les articles 97 à 100 de la loi déferée aménagent les règles imposant à certaines communes de disposer, sur leur territoire, d'un nombre minimal de logements locatifs sociaux (selon les cas, 20 % ou 25 % des résidences principales). Les requérants contestaient ces articles principalement au motif qu'ils imposent de

¹² Cf., la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 précitée, paragr. 92.

nouvelles contraintes et charges aux communes, remettant ainsi en cause leur libre administration protégée par l'article 72 de la Constitution.

Issues de la loi dite « SRU » du 13 décembre 2000¹³, souvent modifiées depuis, ces règles ont été contrôlées à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel¹⁴. De sa jurisprudence en la matière, il ressort que « *si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée* »¹⁵.

Or, les dispositions issues de la loi « SRU » poursuivent un objectif de mixité sociale et d'accroissement de la production de logements locatifs sociaux dans les communes qui connaissent un déséquilibre important entre l'offre et la demande de logements¹⁶ : elles concourent ainsi « *à des fins d'intérêt général* ».

Il importe cependant que les obligations et charges qui en résultent pour les communes n'entravent pas leur libre administration. Ainsi, dans la décision n° 2000-436 DC précitée, le Conseil constitutionnel avait déjà censuré un dispositif de prélèvement sur les ressources fiscales des communes, en raison de son caractère automatique et forfaitaire¹⁷.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a jugé que tel n'était pas le cas des nouvelles règles issues des articles 97, 98 et 99 de la loi déferée (paragr. 31 à 60). Sans bouleverser l'économie générale du dispositif « SRU », ces articles se bornaient à en aménager les différentes modalités : les critères en vertu desquels les communes sont soumises aux obligations de réalisation de logements sociaux (article 97) ; la procédure de carence applicable en cas de non-respect par les communes de leurs engagements triennaux (article 98) ; le prélèvement annuel sur les ressources fiscales des communes n'ayant pas atteint le taux de 20 % ou 25 % de logements sociaux (article 99).

¹³ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

¹⁴ Décisions n°s 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, 2012-660 DC du 17 janvier 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social* et 2013-309 QPC du 26 avril 2013, *SARL SCMC (Exercice par le préfet du droit de préemption des communes ayant méconnu leurs engagements de réalisation de logements sociaux)*.

¹⁵ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 précitée, cons. 12.

¹⁶ Décision n° 2012-660 DC du 17 janvier 2013 précitée, cons. 17.

¹⁷ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 précitée, cons. 47.

En revanche, le paragraphe I de l'article 100 de la loi déferée, qui supprimait la dotation de solidarité urbaine et de cohésion sociale (DSU) pour les communes faisant l'objet de la procédure de carence, avait des conséquences plus importantes sur leurs ressources et, partant, sur leur libre administration.

En effet, ces dispositions faisaient perdre le bénéfice de la DSU à toute commune faisant l'objet d'un arrêté de carence, quel que soit l'écart entre le niveau de logements locatifs sociaux existants dans la commune et les objectifs auxquels elle est tenue.

Elles avaient également pour effet de priver les communes en cause de la possible exonération de prélèvement sur leurs ressources fiscales, prévue à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 302-7 du code de la construction et de l'habitation – alors même que cette exonération, spécifique aux communes percevant la DSU, était modifiée par l'article 99 de la loi déferée.

Enfin, à la différence du prélèvement sur les ressources fiscales déjà en vigueur (et augmenté par l'article 99), la perte de ressources qui résultait des dispositions contestées ne faisait l'objet d'aucun plafonnement. Or, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la loi « SRU », un tel plafonnement est l'une des garanties concourant à la préservation des ressources des communes et ainsi au respect du principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁸.

Le Conseil constitutionnel en a conclu que, dès lors qu'elles s'appliquaient « à des communes confrontées à une insuffisance de ressources et supportant des charges élevées »¹⁹, les dispositions du paragraphe I de l'article 100 aboutissaient « à priver certaines d'entre elles d'une part substantielle de leurs recettes de fonctionnement » (paragr. 68). Dans ses observations, le Gouvernement indiquait d'ailleurs que la DSU pouvait représenter « entre 0,2 % et 50,5 % des recettes réelles de fonctionnement des communes éligibles ».

Le Conseil constitutionnel a donc censuré le paragraphe I de l'article 100²⁰, dont les dispositions restreignaient les ressources de ces communes « au point d'entraver leur libre administration et ainsi de méconnaître l'article 72 de la Constitution » (paragr. 68).

¹⁸ Tel est le cas dans les décisions précitées n^{os} 2001-452 DC du 6 décembre 2001 et 2012-660 DC du 17 janvier 2013, mais aussi dans la décision commentée lors du contrôle de l'article 99 (paragr. 58).

¹⁹ Par définition même de la DSU, qui selon l'article L. 2334-15 du code général des collectivités territoriales, a pour objet « de contribuer à l'amélioration des conditions de vie dans les communes urbaines confrontées à une insuffisance de leurs ressources et supportant des charges élevées ».

²⁰ Ainsi que le paragraphe III, qui en était indissociable. Le paragraphe II a, quant à lui, été censuré pour violation de la règle dite de « l'entonnoir ». L'article 100 a donc été déclaré inconstitutionnel dans sa totalité.

4. – Les termes « identité de genre » (articles 170, 171 et 207)

* Plusieurs articles de la loi examinée substituaient dans différents textes les mots « *identité de genre* » aux mots « *identité sexuelle* ».

Ainsi, l'article 170 de la loi modifiait les articles 24, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, afin de réprimer de manière aggravée la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure publiques lorsque ces infractions sont commises à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur identité de genre.

L'article 207 procédait à diverses coordinations rendues nécessaires par ces modifications.

L'article 171 modifiait, pour sa part, le code pénal afin de prévoir que le fait d'accompagner, de faire suivre ou précéder un crime ou un délit de tout acte de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime à raison notamment de son identité de genre, constitue une circonstance aggravante de ce crime ou de ce délit. Il en est de même lorsque l'infraction a été commise contre la victime pour cette raison.

Les sénateurs requérants soutenaient que ces articles contrevenaient au principe de légalité des délits et des peines, dans la mesure où la notion d'identité de genre ferait l'objet de controverses et serait imprécise.

* Ces modifications, qui ne figuraient pas dans le projet de loi initial, ont été introduites par l'Assemblée nationale.

Ainsi que l'indique le rapporteur à l'Assemblée nationale :

« Un amendement des rapporteurs a également traduit une préoccupation exprimée par le Défenseur des droits à l'occasion de son audition par la commission spéciale dans la perspective de l'étude du projet de loi. Les textes relatifs à la lutte contre les discriminations répriment les atteintes fondées sur "l'orientation ou identité sexuelle des personnes". D'une part, ces deux critères sont distincts l'un de l'autre, et la mise en commun de l'adjectif qualificatif, bien que grammaticalement correcte, n'est pas très heureuse. D'autre part et surtout, on sait aujourd'hui que "identité sexuelle" ne signifie pas grand-chose et que la construction sociale des individus est plus heureusement reflétée par l'expression "identité de genre". La commission a donc dissocié l'orientation

sexuelle et l'identité de genre comme critères autonomes constitutifs d'une circonstance aggravante dans la commission d'une infraction pénale »²¹.

Lors de la défense de l'amendement mentionné, il a ainsi été indiqué : « *Notre amendement reprend les préconisations formulées par le Défenseur des droits lors de son audition. Il a indiqué qu'il convenait de distinguer l'orientation sexuelle de l'identité sexuelle : l'orientation sexuelle correspond à la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers une autre personne, qu'elle soit de même sexe ou de sexe différent, tandis que l'identité sexuelle vise l'expérience intime et personnelle de son genre, profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance. Par ailleurs, il a souligné qu'il était préférable de remplacer les termes d'"identité sexuelle" par ceux d'"identité de genre" ».*

Lors des débats, Mme Ericka Bareigts, secrétaire d'État chargée de l'égalité réelle, a indiqué : « *Enfin, les circonstances aggravantes que sont le racisme, l'homophobie et la transphobie seront généralisées à l'ensemble des infractions prévues par le code pénal. Je salue à ce titre l'amendement qui introduit la notion d'identité de genre en lieu et place de l'identité de sexe, pour qu'aucune ambiguïté ne soit possible entre l'homosexualité et le transsexualisme ».*

Le rapporteur au Sénat faisait valoir, pour sa part, sur cette question :

« L'insertion de la notion d'identité sexuelle résulte de la loi n° 2012-54 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, à l'initiative de parlementaires ayant souhaité prendre en compte la situation des personnes transsexuelles. Néanmoins, comme le relevait la ministre aux droits des femmes devant le Sénat, les discriminations fondées sur l'identité sexuelle étaient déjà réprimées sur le fondement de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle.

« La circulaire du 7 août 2012 précise qu'il a été clairement indiqué que ces ajouts ne modifiaient pas le fond du droit, les juridictions ayant déjà considéré par le passé, notamment dans l'hypothèse de violences aggravées parce que commises en raison de l'orientation sexuelle de la victime, que ces dispositions concernaient également les transsexuels, mais qu'ils avaient pour seul objectif de rendre notre droit pénal plus explicite.

²¹Rapport n° 3851 (Assemblée nationale – XIV^e législature) de M. Razzy Hammadi fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté ».

« Lors des débats parlementaires, la notion d'identité de genre avait été rejetée par le Gouvernement en raison de son imprécision juridique et en conséquence d'un risque d'interprétations divergentes selon les juridictions.

« Votre commission spéciale estime inopportune l'adoption de dispositions pénales simplement interprétatives et non normatives. En l'espèce, cet ajout d'un nouveau terme ne crée aucune protection juridique supplémentaire par rapport au droit existant.

« Sans nier la dimension sociologique d'une évolution du langage juridique, les termes de la loi, en particulier du droit pénal, se doivent d'être précis et de ne soulever aucune ambiguïté, la loi pénale étant d'interprétation stricte.

« Or comme le relevait le rapporteur de la commission des lois, notre collègue M. Alain Anziani, lors des débats parlementaires sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel, l'introduction d'un nouveau motif est susceptible d'une interprétation a contrario par les juridictions »²².

* Dans le domaine des sciences sociales, le genre est la traduction imparfaite du *gender* anglais, les *gender studies* ayant pour objet d'interroger, voire de remettre en cause, les différences des sexes et leurs rôles respectifs. Ces études ont pour objet les frontières, parfois nettes et parfois brouillées, entre le masculin et le féminin. Dans le cadre de ces études sont examinées la transidentité, la transsexualité ou encore l'intersexualité.

Dans le domaine du droit, la notion de genre existait également avant son introduction dans la loi examinée par le Conseil constitutionnel.

En droit international, la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), adoptée et signée par la France le 11 mai 2011, comporte le terme « genre ».

L'article 3 qui contient les définitions prévoit ainsi à son c que *« le terme "genre" désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »*.

Cette convention a été ratifiée le 4 juillet 2014²³ et, lors de l'examen au Parlement, la question n'avait soulevé aucune objection, ni à l'Assemblée nationale ni au Sénat.

²² Rapport n° 827 (Sénat – 2015-2016) de Mmes Dominique Estrosi Sassone et Françoise Gatel, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 14 septembre 2016.

²³ Loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorisant la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, *JO* n° 0112, 15 mai 2014, p. 8033. Après transmission de l'instrument de ratification, la France a ratifié la Convention le 4 juill. 2014, devenant le 13^e État partie.

Cette notion figure également dans la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

En droit interne, la notion de genre est encore peu utilisée. Elle est présente à l'article 225-1 du code pénal, depuis l'intervention de l'article 86 de la loi n° 2016-1547 relative à la justice du XXI^e siècle.

La commission générale de terminologie et de néologie avait recommandé en 2005 de s'en tenir aux termes « *sexe* », « *sexiste* » ou « *sexuel* »²⁴.

La notion de « genre » n'est enfin pas totalement absente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002²⁵, le Conseil constitutionnel avait ainsi jugé :

« 113. Considérant qu'aux termes de l'article 134, la composition du jury "concourt à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes" ; que, de même, aux termes de l'article 137 : "les jurys sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes" ;

(...)

*115. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux jurys prévus par les articles 134 et 137 de la loi déferée, les membres desdits jurys occupent des "dignités, places et emplois publics" au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que les articles 134 et 137, qui reprennent la formulation retenue par la loi susvisée du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du **genre** sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que, sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution ».*

* Dans la décision commentée du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief des requérants.

²⁴ Commission générale de terminologie et de néologie, *Recommandation sur les équivalents français du mot « gender »*, JO n° 169, 22 juillet 2005, p. 12000.

²⁵ *Loi de modernisation sociale*.

Il a relevé, d'une part, que les modifications contestées s'ajoutent à l'interdiction des discriminations liées au sexe et à l'orientation sexuelle. La notion de genre est donc distincte de ces deux notions (paragr. 89).

D'autre part, il a jugé qu'« *il résulte des travaux parlementaires qu'en ayant recours à la notion d'identité de genre, le législateur a entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin* » (paragr. 89).

Enfin, comme il avait déjà pu le faire pour conclure au caractère clair et précis de certains termes, notamment lorsqu'il a été saisi de la notion de « *bande organisée* »²⁶, il a constaté que les termes « *identité de genre* » figuraient déjà dans divers textes (paragr. 89).

Il en a conclu que les termes « *identité de genre* » utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité des délits et des peines.

5. – Pénalisation de la négation, de la minoration ou de la banalisation de façon outrancière d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre (article 173)

Le Conseil constitutionnel a examiné d'office le dernier alinéa du 2° de l'article 173 de la loi déferée, lequel 2° modifiait l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour ajouter, après son premier alinéa, les trois alinéas suivants :

« Seront punis des mêmes peines ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du code pénal, lorsque :

« 1° Ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale ;

²⁶ Décision n° 2010- 604 DC du 25 février 2010, *La loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 9

« 2° Ou la négation, la minoration ou la banalisation de ce crime constitue une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine national ».

Ce dernier alinéa créait un nouveau délit de négation, de minoration ou de banalisation de tout crime contre l'humanité, crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre, lorsque la négation, la minoration ou la banalisation de ce crime constitue une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale. Il résultait par ailleurs de la lecture combinée de ce dernier alinéa et du précédent que ce délit était constitué y compris si le crime n'avait pas donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale.

a. – La jurisprudence constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé à deux reprises sur des dispositions réprimant la négation de crimes.

Le Conseil constitutionnel a d'abord jugé, dans sa décision n° 2012-647 DC²⁷ :

« Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de "reconnaître" un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1^{er} de la loi déférée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française" ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1^{er} de la loi déférée doit être déclaré contraire à la Constitution ; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution ».

Le Conseil constitutionnel a ensuite jugé, dans sa décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016²⁸ :

²⁷ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 6.

²⁸ Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*, cons. 5.

« 5. *Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; que l'article 34 de la Constitution dispose : "La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ; que, sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; qu'il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ;*

« 6. *Considérant, en premier lieu, que le tribunal militaire international, dont le statut est annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 susvisé, a été établi "pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe" ; que les crimes contre l'humanité dont la contestation est réprimée par les dispositions contestées sont définis par l'article 6 du statut de ce tribunal comme "l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime" ; qu'en réprimant les propos contestant l'existence de tels crimes, le législateur a entendu sanctionner des propos qui incitent au racisme et à l'antisémitisme ;*

« 7. *Considérant que les propos contestant l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme ; que, par suite, les dispositions contestées ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ;*

« 8. *Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées, en incriminant exclusivement la contestation de l'existence de faits commis*

durant la seconde guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale, visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale ; que seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée ; que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques ; qu'ainsi, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à cette liberté et à la liberté d'opinion doit être écarté ;

« - SUR LE GRIEF TIRÉ DE L'ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI PÉNALE :

« 9. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente ;

« 10. Considérant que, d'une part, la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi ; que, d'autre part, la négation des crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a par elle-même une portée raciste et antisémite ; que, par suite, en réprimant pénalement la seule contestation des crimes contre l'humanité commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, le législateur a traité différemment des agissements de nature différente ; que cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi du 13 juillet 1990 susvisée qui vise à réprimer des actes racistes, antisémites ou xénophobes ; que le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale doit être écarté ;

« 11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

b. – L'examen de constitutionnalité du dernier alinéa du 2° de l'article 173 de la loi déferée

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a contrôlé la constitutionnalité du dernier alinéa du 2° de l'article 173 au regard de la liberté d'expression, qui constitue une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » et « *que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (paragr. 192).

Il ne faisait pas de doute que ces dispositions emportaient une atteinte à la liberté d'expression. Il appartenait donc au Conseil constitutionnel de se livrer au triple contrôle qu'il effectue habituellement : « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a constaté qu'il ne pouvait être retenu que la négation d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre constitue par principe une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux. Si la négation de certains de ces crimes peut constituer une telle incitation, ce constat ne peut être généralisé. En outre, à la différence des faits d'apologie qui, par principe, valorisent des actes illicites, il n'en va pas forcément de même de la seule négation.

Contrairement à ce qu'il avait jugé dans sa QPC précitée du 8 janvier 2016, le Conseil constitutionnel a donc considéré que le législateur avait en l'espèce sanctionné des actes qui ne constituent pas nécessairement des abus de la liberté d'expression (paragr. 194).

Pour contourner cette difficulté, le législateur avait précisé dans les dispositions examinées que la négation, la minoration ou la banalisation de ces crimes ne pouvait être réprimée que si elle constituait « *une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale* ».

Toutefois, cet ajout était en réalité sans portée répressive. En effet, le Conseil constitutionnel a relevé qu'« *aux termes du septième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 actuellement en vigueur, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un*

groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et que « *Dès lors, les dispositions introduites par le dernier alinéa du 2° de l'article 173, qui répriment des mêmes peines des propos présentant les mêmes caractéristiques, ne sont pas nécessaires à la répression de telles incitations à la haine ou à la violence* » (paragr. 195).

Afin de déterminer si cette disposition était nécessaire, adaptée et proportionnée à la liberté d'expression, il y avait donc lieu de l'examiner au regard de sa portée réelle, qui consistait à « *imposer au juge, pour établir les éléments constitutifs de l'infraction, de se prononcer sur l'existence d'un crime dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, alors même qu'il n'est pas saisi au fond de ce crime et qu'aucune juridiction ne s'est prononcée sur les faits dénoncés comme criminels* » (paragr. 196). Or, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il y avait là une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression.

En effet, d'une part, les dispositions contestées érigeaient la négation d'un crime en élément constitutif d'une infraction alors même que ce crime n'avait fait l'objet d'aucune reconnaissance judiciaire préalable. La prévisibilité du délit, pour l'auteur des propos, était ainsi fortement altérée, puisqu'il ne pouvait connaître à l'avance, l'appréciation qu'en ferait le juge. D'autre part, cela pouvait contraindre le juge pénal à se faire l'arbitre de débats purement historiques et à devoir juger si des faits potentiellement très anciens revêtaient une qualification pénale. Il en résultait ainsi « *une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression* » (même paragr.). Le Conseil constitutionnel a donc censuré ces dispositions²⁹.

Cette censure n'entraîne aucun affaiblissement de la répression des propos incitant à la haine ou à la violence qui demeurent réprimés conformément aux dispositions de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 précités.

6. – Fonds de participation au financement de l'action de groupe (article 217)

L'article 217 avait un double objet. D'une part, il instaurait un fonds de participation au financement de l'action de groupe. D'autre part, il créait un mécanisme d'abondement de ce fonds. L'article 217 prévoyait en effet que, lorsqu'une action de groupe est exercée devant une juridiction répressive,

²⁹ La censure ne porte pas, en revanche, sur les trois premiers alinéas du 2° de l'article 173, qui répriment la négation, la minoration et la banalisation de façon outrancière d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre, lorsque ce crime « *a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale* ».

l'amende prononcée à l'encontre de l'auteur du dommage peut être majorée dans la limite de 20 %, cette majoration étant reversée au fonds.

Ces dispositions étaient critiquées à plusieurs titres par les sénateurs et les députés requérants, notamment pour leur imprécision ou pour la rupture d'égalité devant la justice qu'elles créaient, selon que l'action de groupe est portée devant la juridiction répressive ou la juridiction civile.

Comme le Gouvernement le reconnaissait lui-même dans ses observations, ces dispositions ne pouvaient trouver à s'appliquer en l'état du droit en vigueur. En effet, l'action de groupe ne peut s'exercer que devant le juge civil ou le juge administratif et non, contrairement à ce que prévoyait l'article 217, devant le juge répressif.

Toutefois, ces dispositions étant susceptibles de s'appliquer en cas de modification ultérieure de la procédure d'action de groupe, le Conseil constitutionnel en a examiné la constitutionnalité.

Il a tout d'abord observé, en citant les articles 3 et 4 du code de procédure pénale, que l'action civile peut s'exercer soit devant le juge pénal, soit devant le juge civil, au choix de la victime du dommage (paragr. 132). Puis, après avoir relevé que « *les dispositions contestées subordonnent la majoration de l'amende prononcée par une juridiction répressive à la condition que la partie civile ait porté devant elle son action de groupe* », il a jugé qu'« *en faisant ainsi dépendre la sanction encourue du choix de la partie civile de porter son action devant le juge pénal plutôt que devant le juge civil, les dispositions contestées créent, entre les défendeurs, une différence de traitement injustifiée* » (paragr. 133).

Le Conseil constitutionnel a, pour cette raison, jugé l'article 217 contraire au principe d'égalité devant la loi (paragr. 134).