

*Que
sais-je ?*



LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Julien Bonnet
Pierre-Yves Gahdoun

puf

QUE SAIS-JE ?

**La question prioritaire
de constitutionnalité**

JULIEN BONNET

PIERRE-YVES GAHDOUX



Introduction

La liberté est un acquis fragile. Tous les jours, nos droits sont menacés dans toutes sortes de circonstances : par nos voisins, par notre employeur, par l'Administration, par nos proches même. La vie en société conduit naturellement les hommes à s'opposer dans les situations du quotidien. Ici, la loi tient une place fondamentale : elle garantit à tous un espace de sécurité et donne à chacun la juste part qui lui revient. Finalement, elle libère.

Mais pas toujours... Il arrive, en effet, que la loi elle-même soit tyrannique, qu'elle oppresse, qu'elle soit injuste, illégitime. Pour empêcher ces dérives, de nombreux États ont adopté des mécanismes juridiques permettant une surveillance des agissements du Parlement. Précisément, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est l'un de ces mécanismes. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, *toute personne peut, en effet, contester une disposition législative devant un juge en invoquant le non-respect, par cette disposition, des droits et libertés protégés*

par la Constitution. Ainsi définie, la QPC se livre un peu. Mais pas encore assez.

I. – Histoire de la QPC

1. L'instauration malaisée d'un contrôle de constitutionnalité des lois

Donner la possibilité aux « justiciables » de contester une loi qui méconnaît les droits et libertés garantis par la Constitution : idée simple... réalisation fort complexe ! Mille obstacles se sont dressés devant cette entreprise depuis la Révolution jusqu'à nos jours. En premier lieu, il fallait composer avec un ardent rejet des juges en 1789 – beaucoup de juges étaient aristocrates à cette époque. Pour empêcher un contrôle des lois par les tribunaux, pour éviter que les réformes souhaitées ne soient entravées par l'interprétation des magistrats, les révolutionnaires ont multiplié les interdictions et les limitations : article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirmant avec force la séparation des pouvoirs, article 6 de ce même

texte rappelant la puissance incontestable des actes du Parlement et, surtout, article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 énonçant que « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif ». À cela s'ajoutait dans le Code civil de 1804 l'interdiction des arrêts de règlement – c'est-à-dire les arrêts à portée générale et détachés de toute espèce – ainsi que la prohibition des jugements fondés sur l'équité, et non strictement sur le droit. Muselés par cette somme d'interdictions, les juges ne pouvaient évidemment pas contrôler la constitutionnalité des lois, sauf au prix d'une grande audace et de critiques qui auraient aussitôt freiné son élan (v. J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2009).

De toutes les manières, à cette époque et jusqu'en 1958, la Constitution n'avait pas la force juridique qu'elle a aujourd'hui. Au mieux, elle était un symbole de l'union des Français, la traduction en droit d'une volonté sociale. Débarrassés de l'encombrante intervention des magistrats, les révolutionnaires avaient les mains libres pour concrétiser leur projet pour la France. Encore fallait-il que

les lois ne soient pas contrôlées, freinées, sanctionnées, par un texte « supérieur ». Si la Constitution était indispensable pour organiser la séparation des pouvoirs, pour donner un rôle à chacune des institutions – parlement, roi, ministres –, elle ne devait pas être un frein aux réformes souhaitées. Le contrôle de constitutionnalité n'était pas, finalement, dans l'ADN de la Révolution. Chemin faisant, dans cette atmosphère de suspicion à l'égard des juges, dans ce rejet de tout contrôle des actes législatifs, la loi s'est progressivement imposée, au cours du XIX^e siècle, comme la seule règle juridique capable d'exprimer la volonté générale. Intouchable, incontrôlable, elle est devenue un objet de culte, y compris dans les facultés de droit, lieu normalement privilégié de discussions, où la pratique de l'enseignement du droit civil était celle d'un enseignement asséché du Code civil, sans véritable critique et sans réflexion sur la portée et le sens de la législation. Mais, à la toute fin du XIX^e siècle, plusieurs bouleversements dans la société française ont doucement ébranlé la toute-puissance de la loi.

Avec d'abord les écrits novateurs de quelques grands professeurs, et notamment François Gény dans son *Méthode d'interprétation* en 1899. Pour la première fois,

un juriste critique ouvertement et de façon argumentée l'idée que la loi serait toujours irréprochable, qu'elle ne pourrait « errer » pour reprendre l'expression de Jean-Jacques Rousseau. En réalité, fruit de la volonté humaine, elle est à l'image de ceux qui l'ont faite : imparfaite. Pour combler les lacunes de la loi, le juge peut donc s'appuyer sur d'autres instruments lorsqu'il tranche un différend, par exemple sur la coutume, sur les grands principes juridiques, la liberté contractuelle, le principe d'égalité ou les adages romains. D'un seul coup, le juge redevient un acteur du droit. D'un seul coup, la loi se démystifie et reprend forme humaine. Dorénavant, elle peut être contrôlée.

À ce mouvement de contestation doctrinale qui s'amplifie à l'aube du XX^e siècle s'ajoute un phénomène apparemment étranger : la guerre. Progressivement, l'Europe sombre dans la Première, puis dans la Seconde Guerre mondiale. Au lendemain de la victoire des Alliés, plus personne ne croit à la perfection de la loi, surtout en France. Les Européens prennent conscience que les parlements sont aussi des tyrans, qu'ils peuvent adopter des lois liberticides, niant la liberté des hommes, l'égalité et même la dignité, allant jusqu'à interdire aux femmes de

travailler, imposant un devoir de procréer et ordonnant la spoliation des biens des juifs au nom du progrès économique. De toutes ces horreurs, il en est ressorti une conviction : il faut dorénavant fixer de grands principes et des procédures pour que les parlements ne puissent jamais, à l'avenir, nier les libertés fondamentales. Sur cette base, les nouvelles constitutions adoptées à la Libération ont toutes prévu un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois : Allemagne en 1949, Italie en 1947, et France en 1946. Parallèlement, l'ONU adopte « sa » déclaration de droit : la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. L'Europe prend rapidement le pas en rédigeant, dès 1950, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Seule ombre au tableau, la Constitution française de 1946 témoigne encore de la résistance de la France au contrôle de constitutionnalité des lois. Si les constituants de 1946 ont bien organisé un tel contrôle en confiant à un « Comité constitutionnel » le soin de censurer les lois inconstitutionnelles, ils l'ont limité aux seules règles formelles de la Constitution, excluant très explicitement le contrôle des droits fondamentaux et condamnant le juge constitutionnel à un rôle très secondaire. Inévitablement, ce « Comité » n'a pas

fonctionné. Sans drame toutefois, la France restant attachée aux principes révolutionnaires et au rôle prééminent de la loi. Mais l'échec de la IV^e République va emporter avec lui les derniers soubresauts de la période légicentriste.

La Constitution de 1958 est une révolution : pour la première fois, tout est fait pour contenir le Parlement dont les excès ont conduit aux échecs des précédentes républiques. Parmi l'arsenal constitutionnel mis en place pour rationaliser le parlementarisme, pour le rendre plus raisonnable, le « Conseil constitutionnel » figure en bonne place. Désormais, cette nouvelle « cour » constitutionnelle peut contrôler la loi en exerçant son office de la manière la plus entière. Au départ, l'idée est simplement de veiller au respect par le Parlement d'une nouveauté : la limitation des domaines d'intervention de la loi. Nouveauté parce que dans la tradition française issue de la Révolution, la loi n'est pas limitée, elle agit comme bon lui semble dans tous les domaines. Avec la Constitution de 1958, elle doit se contenter d'une liste de compétences fixées par l'article 34 de la Constitution. Pour la première fois, le Parlement doit respecter des directives posées par la Constitution. Et dans ce nouveau cadre juridique, le Conseil est un acteur

majeur : il est le contrôleur, le « gardien » dit-on, d'une Constitution qui devient effectivement la règle la plus haute de notre ordonnancement juridique.

Pendant un moment, le rôle du Conseil s'est restreint à cela. Progressivement, les mentalités ont évolué, toujours dans le même sens, celui d'une augmentation des prérogatives du juge constitutionnel. Comme son prestigieux aïeul américain dans l'affaire *Marbury vs Madison* de 1803, le Conseil a été l'initiateur du premier et du plus essentiel des changements. Dans sa célèbre décision du 16 juillet 1971, il a en effet reconnu que le contrôle de la loi devait se faire non seulement sur la Constitution, mais aussi sur la base du « préambule ». Précision anodine en apparence, mais révolutionnaire en réalité. Car, d'un seul coup, le Conseil inclut dans son contrôle toutes les grandes « déclarations » de droit contenues dans le préambule : la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et, aujourd'hui, la Charte de l'environnement de 2004. Solidement implanté, ce « bloc de constitutionnalité » s'est imposé au fil du temps. De décision en décision, le Conseil a découvert de nouveaux principes, en lisant, en interprétant chaque article, chaque alinéa des grandes déclarations de droits. Au point de bâtir

un édifice suffisamment solide pour accueillir un nombre impressionnant de droits les plus divers, allant de la première génération, les plus essentiels, notamment la liberté individuelle, jusqu'aux droits de troisième génération, par exemple en matière d'environnement, en passant par tous les droits « sociaux » de la deuxième génération.

Encore fallait-il trouver des autorités pour saisir le Conseil. Faute de joueurs, il n'y aurait pas de jeu. Pendant un certain temps, les « saisines » du Conseil ont été bien maigres. La faute à la Constitution elle-même qui limitait la saisine du juge constitutionnel à quelques autorités seulement : le président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux assemblées parlementaires. Avec le fait majoritaire et les connivences partisans, le Conseil fonctionnait au ralenti. Inutile de contester une loi adoptée par « sa » majorité. L'opposition, elle, avait des raisons. Logiquement, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 permit à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le Conseil. Nouvelle révolution au Palais-Royal : de juge ignoré, le Conseil devient un juge courtisé par les parlementaires de tous bords. Le rythme des décisions s'accélère. Plus aucune loi

n'est épargnée. Les médias se saisissent du contentieux ; les professeurs de droit écrivent des articles, des chroniques, des ouvrages même (v. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 2013) ; les membres du Conseil deviennent des « sages » ; et tout le monde connaît dorénavant la haute institution. Tout le monde ou presque... puisque le citoyen n'est pas concerné. Le contrôle de constitutionnalité demeure un contentieux du monde politique, un contentieux des institutions, et non pas un contentieux des individus. Les Français connaissent leur tribunal d'instance, leur conseil de prud'hommes, parfois leur tribunal de commerce. Mais qui connaît le Conseil constitutionnel ? Et du reste, pour quelle raison, puisque le contrôle de constitutionnalité n'est pas une « chose » publique ? Il fallait donc, pour prolonger la révolution entreprise des années plus tôt, que le « justiciable » puisse frapper aux portes du Conseil constitutionnel. Comment ?

Depuis 1958, beaucoup d'auteurs ont proposé une intervention plus ou moins directe des citoyens dans le procès constitutionnel (M. Duverger, *Le Système politique français*, Puf, 1985), en pointant généralement trois arguments. Le premier est celui d'une meilleure protection

des droits fondamentaux. Enfermé dans les carcans du contrôle *a priori*, le Conseil ne peut déceler les véritables enjeux des Droits de l'homme. En jugeant la loi avant sa promulgation, au stade ultime de sa production, il ne peut apprécier l'ampleur des atteintes « concrètes », dans le quotidien des relations humaines. En soi, la garde à vue est peut-être constitutionnelle. L'est-elle toujours dans les couloirs secrets d'un commissariat ? Évidemment, le Conseil ne peut le savoir. En cela, le citoyen permet de « raccrocher » le juge constitutionnel à la réalité ; il en fait un authentique juge des Droits de l'homme, pas simplement un juge abstrait.

Le deuxième argument est plus surprenant. Dans le concert des États européens, la France était en retard, elle était en marge de ses voisins. Tous ou presque connaissent déjà une procédure permettant au justiciable de saisir le juge constitutionnel. Tous ou presque ont organisé des mécanismes citoyens visant à sanctionner une loi contraire à la Constitution : Allemagne, Espagne, Italie, Portugal, Belgique... Il fallait donc que la France se modernise en donnant aux citoyens les moyens de saisir le Conseil constitutionnel.

Le troisième argument est sans doute le plus marquant : parmi le nombre important de lois votées chaque année, certaines ne subissent pas le contrôle du Conseil pour toutes sortes de raisons : pratiques, politiques, juridiques. Dès lors, elles deviennent incontrôlables, même si, au gré des espèces, les acteurs du droit découvrent une disposition manifestement contraire à la Constitution. Car, même dans ce cas, il fallait admettre l'impensable : une loi peut être contraire à la Constitution, contraire aux droits fondamentaux, et continuer d'être appliquée en toute légalité. Seul un recours *a posteriori* permettait de répondre à ce paradoxe normatif.

2. Les réformes échouées

Au-delà des propositions doctrinales, les premières propositions concrètes de réformes sont venues... du Conseil lui-même (v. J. Benetti, « La genèse de la réforme », *AJDA*, 2010, p. 74). Dans un entretien au *Monde* daté du 3 mars 1989, Robert Badinter, alors président de l'institution, estime que « le moment est venu de reconnaître aux citoyens eux-mêmes la possibilité d'appeler au Conseil constitutionnel, à travers un filtre

juridictionnel, s'ils estiment que leurs droits fondamentaux ont été méconnus par la loi » (v. également R. Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen », *JCP G*, 13 mai 1992, no 20, I 3584). Le président Mitterrand saisit rapidement la proposition faite par son ancien garde des Sceaux et se prononce en faveur d'une possibilité pour le citoyen « de saisir le Conseil s'il estime que ses droits sont méconnus », au cours d'un entretien télévisé le 14 juillet 1989. Quelques mois après, un projet de loi est déposé sur le bureau du président de l'Assemblée nationale. Il prévoit que « les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel par voie d'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Le projet est prometteur, mais la formulation retenue n'est pas toujours heureuse. Par exemple, le texte se limite aux dispositions qui concernent les « droits fondamentaux » ; or, il arrive fréquemment qu'une loi soit contraire à la Constitution sans pour autant, et directement, « concerner » un droit fondamental, notamment lorsqu'elle modifie une procédure. Autre problème, normalement, le juge de l'exception est toujours le juge de l'action, car il ne peut exister de différence entre

celui qui tranche le litige au fond et celui qui se prononce sur l'exception opposée (v. *infra* sur la notion d'exception d'inconstitutionnalité). Or, dans le projet proposé en 1990, le Conseil est bien compétent pour juger « l'exception d'inconstitutionnalité » alors même qu'il n'est évidemment pas le juge en charge de l'affaire au fond. En dépit de ces zones d'ombre, le projet de loi constitutionnelle « no 1203 » parvient facilement à recueillir l'assentiment des députés le 25 avril 1990 (Pour : 306, Contre : 246, *JO AN*, 3e séance du 25 avr. 1990, p. 723). Au Sénat, la bataille est plus rude. Les sénateurs n'hésitent pas à réécrire une large partie du projet, au point d'inclure dans le nouveau texte des dispositions inacceptables pour les députés. Lors de la séance du 14 juin 1990, le président de la commission, M. Jacques Larché, propose de modifier l'article 45 de la Constitution afin de supprimer le « dernier mot » de l'Assemblée nationale en cas d'adoption d'une loi qui fait suite à une censure du Conseil constitutionnel. En d'autres termes, dès lors que l'exception d'inconstitutionnalité conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité, les députés perdent leur priorité sur les sénateurs. M. Pierre Arpaillange, alors garde des Sceaux, s'oppose à l'amendement « no 13 » en estimant qu'il n'a pas de lien direct avec la nouvelle réforme et qu'il

est, en tout état de cause, inacceptable sur le fond. Les sénateurs socialistes et communistes votent contre, mais, sans surprise, l'amendement est adopté dans un Sénat majoritairement à droite. Le gouvernement doit alors faire un choix pour le moins délicat : adopter la réforme de l'exception d'inconstitutionnalité et renforcer le Sénat, ou reporter le projet en espérant des jours meilleurs et un Parlement plus docile. La seconde alternative a été préférée (v. G. Carcassonne, « La QPC et le Parlement », *Pouvoirs*, 2011, no 137, p. 73-81 ; F. Luchaire, « Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée », *RDP*, 1990, p. 1625).

Deux ans plus tard, profitant d'un projet de révision de la Constitution plus ambitieux, François Mitterrand évoque à nouveau la nécessité de « renforcer les droits du citoyen en lui permettant d'accéder au Conseil constitutionnel ». Dans sa lettre « d'initiative pour la révision de la Constitution de 1958 » du 30 novembre 1992, le président de la République propose de confier l'élaboration du projet à un comité consultatif composé de personnalités dont la liste sera arrêtée en Conseil des ministres. Il choisit de nommer le professeur Georges Vedel à la présidence de ce comité. Un rapport est remis au président de la

République le 15 février 1993 (*JO* 16 février 1993, p. 2537). De l'aveu même du comité, il n'est pas nécessaire de modifier le projet de 1990 : « le Conseil constitutionnel pourrait être saisi, sur demande d'un justiciable, par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'une loi et soulevée devant une juridiction ». Sur le fond, le projet est identique ; sur la forme, il est amélioré : dorénavant, il n'est plus question « d'exception d'inconstitutionnalité », mais de « question préjudicielle », ce qui correspond mieux à la logique du mécanisme proposé (v. *infra* sur cette question). Très rapidement (le 10 mars 1993), le président de la République dépose deux projets de loi au Sénat. Le premier modifie les titres VII, VIII, IX et X de la Constitution, il contient précisément, mais pas seulement, la nouvelle procédure de saisine du Conseil par le « justiciable ». Le second est relatif à l'organisation des pouvoirs publics, il précise par exemple les prérogatives respectives du président de la République et du Premier ministre. Projet ambitieux, marqué par la volonté politique de François Mitterrand, ce second projet ne sera pas inscrit à l'ordre du jour par le nouveau gouvernement d'Édouard Balladur issu des élections législatives des 21 et

28 mars 1993. En revanche, le Premier ministre retient le premier projet, mais il l'ampute justement de la « question préjudicielle de constitutionnalité ». Au final, la réforme constitutionnelle issue du rapport Vedel est une réforme *a minima* : responsabilité pénale des ministres et réforme partielle du CSM. Pas davantage. S'ouvre alors une longue période de victoires électorales pour la droite aux élections présidentielles qui va plonger le projet de saisine du Conseil par les citoyens, trop marquée par l'empreinte du président Mitterrand, dans un sommeil profond. Jusqu'à l'arrivée au pouvoir de Nicolas Sarkozy en 2007.

3. La proposition du « comité Balladur ».

Quelques mois seulement après son élection, dans un discours prononcé à Épinal le 12 juillet 2007, le président Sarkozy évoque la nécessité de réformer la Constitution de 1958. En même temps qu'il critique ouvertement le septennat de François Mitterrand, Nicolas Sarkozy souligne la nécessité de permettre aux Français de contester les lois devant les tribunaux français, et non pas seulement devant les juridictions européennes. Situation curieuse

d'un président de droite reprenant à son compte une réforme d'un président de gauche... Situation d'autant plus curieuse qu'il confie le projet de réforme à un comité présidé par Édouard Balladur, celui-là même qui avait rejeté la réforme en 1993 ! Mais cette situation s'explique aisément par différents facteurs.

En premier lieu, un facteur « politique ». Une loi constitutionnelle n'est pas une loi ordinaire. Elle nécessite une majorité qualifiée des 3/5^e des parlementaires, obligeant le président à négocier, à déceler des compromis et à fédérer une partie des parlementaires de l'opposition. En 2007, il fallait donc trouver des thèmes suffisamment consensuels pour permettre le vote des éléments controversés du projet, et notamment le droit de message du président devant le Congrès. La question préjudicielle de constitutionnalité était évidemment un moteur puissant pour associer les parlementaires de gauche. Dans le même ordre d'idée, le président fait le choix de composer le comité Balladur de personnalités d'horizons politiques variés, avec notamment Jack Lang, fidèle ministre de François Mitterrand, ou encore Guy Carcassonne, ancien conseiller de Michel Rocard et professeur engagé de longue date en faveur d'une saisine citoyenne du Conseil

constitutionnel.

En second lieu, depuis 1993, l'Europe « procédurale » s'est enracinée. Jusqu'à l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'État (CE Ass., 20 oct. 1989, *Leb.* p. 190), les justiciables ne pouvaient pas contester une loi devant le juge administratif au motif que cette loi était contraire aux engagements internationaux de la France. Le Conseil constitutionnel (CC 75-54 DC, 15 janvier 1975) et la Cour de cassation (Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté des cafés Jacques Vabre, D.*, 1975, p. 497) avaient pourtant engagé le mouvement en 1975, mais la haute juridiction administrative s'accrochait à une conception traditionnelle de la loi, en principe intouchable. L'année 1989 marque un tournant. Alors que les élans de la Révolution avaient enfermé les juridictions dans un rôle de gardiens des textes votés par le Parlement, la jurisprudence combinée des cours suprêmes françaises offre aux juges un outil inédit de contestation des dispositions législatives : le contrôle de conventionnalité. Désormais, les justiciables peuvent invoquer la méconnaissance par les parlementaires d'un traité international. La juridiction administrative, réticente au départ, se familiarise rapidement avec son nouveau rôle de censeur du Parlement. Progressivement, les justiciables,

et surtout leurs avocats, intègrent dans leur requête des « recours en inconstitutionnalité ». Et logiquement, au fil des ans, le droit européen devient une contrainte toujours plus forte pour les députés et les sénateurs français. Dans ce mouvement de montée en puissance de l'Europe procédurale, un mouvement inverse de contestation va faire son apparition.

En 2005, les Français rejettent la « Constitution pour l'Europe ». La construction européenne est montrée du doigt : trop vite, trop loin, et sans les citoyens. Peu à peu, une partie de la classe politique propose un repli national. Les juristes prennent le pas. Ce repli doit naturellement se faire autour du texte fondateur de la République : la Constitution mise à mal par le projet européen. Il faut donc redécouvrir le texte constitutionnel. On cite alors les Américains qui chantent les louanges de leur patrie à l'école publique ; on évoque aussi les voisins allemands et leur jurisprudence « *Solange* » (24 mai 1974 et 22 octobre 1986) plaçant l'intégration européenne sous l'œil vigilant de la Cour de Karlsruhe. En définitive, la question préjudicielle peut être un outil puissant pour réaffirmer la supériorité de la Constitution. En permettant aux citoyens de contester la loi française sur le fondement des

dispositions constitutionnelles, et pas seulement sur le fondement du droit européen, les Français confirment la nécessité de placer la Constitution au sommet de l'ordre juridique. D'où cette situation un peu paradoxale : dans les années 1980, l'exception d'inconstitutionnalité était un outil de rapprochement entre la France et ses voisins européens, à la fin des années 2000, elle devient au contraire un outil de protectionnisme juridique.

Le 29 octobre 2007, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions remet son rapport au président Sarkozy. Sans surprise, le projet prévoit un mécanisme de saisine citoyenne du Conseil constitutionnel. Le texte rédigé à la « proposition no 74 » se rapproche nettement de celui présenté par le comité Vedel, mais avec quelques nouveautés. Par exemple, le champ d'application de la nouvelle procédure est dorénavant limité aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». La référence malheureuse des projets de 1990 et 1993 aux « lois qui portent atteinte aux droits fondamentaux » est donc abandonnée, autorisant les justiciables à contester toutes les lois, et pas seulement les lois intéressant directement les droits fondamentaux. À l'inverse, le comité Balladur

réintroduit le terme « exception », présent en 1990, mais absent du projet Vedel. À nouveau, il s'agit donc d'une exception d'inconstitutionnalité et non d'une question préjudicielle. Le rapport Balladur inclut également une nouveauté : la possibilité pour le Conseil de décaler dans le temps les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité.

4. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008

Le 12 novembre 2007, sur la base de ce rapport, le président de la République adresse au Premier ministre, François Fillon, une lettre d'orientation sur la réforme des institutions. La saisine citoyenne du Conseil est mentionnée. Elle apparaît sous les traits d'une « question préalable » filtrée par le Conseil d'État et la Cour de cassation. La réforme est souhaitée au nom d'une modernisation de la France au regard des « grandes démocraties modernes ».

L'équipe gouvernementale travaille sur le projet jusqu'au printemps 2008. Le 23 avril, un projet est présenté au Conseil des ministres, il est déposé à l'Assemblée

nationale le même jour. Le texte reprend largement le projet du rapport Balladur, avec deux exceptions notables : d'abord, le Conseil n'est plus saisi « par voie d'exception », il est saisi, tout court ; ensuite, seules les lois postérieures à 1958 peuvent faire l'objet d'un contrôle sur la base de la nouvelle procédure. Cette dernière limitation a été introduite par le gouvernement pour empêcher un paradoxe temporel : une loi de 1940 ou de 1930 ne peut logiquement respecter une Constitution qui « date » de 1958. Au nom de la sécurité juridique, il fallait donc limiter le nouveau procédé aux seules lois postérieures à la Constitution de la Ve République. Le raisonnement était toutefois fragile pour deux raisons. D'abord, s'il est vrai que la Constitution date de 1958, les grands principes qui servent de base au contrôle de constitutionnalité des lois sont beaucoup plus anciens : 1789, 1946, 1901 pour la liberté d'association, 1850 pour la liberté de l'enseignement, 1881 pour la liberté de la presse, etc. En réalité, il est préférable de dire que la nouvelle procédure s'applique à toutes les lois, sans limites temporelles. De plus, les textes législatifs ne sont évidemment pas figés dans le temps, ils évoluent au gré des changements de la société, ils sont aménagés, modifiés, complétés. Qui peut dire, pour chacune des dispositions,

dans la diversité des règles législatives, quelle serait la date exacte de la loi contestée : la date d'adoption ? La première date de modification ? La dernière date de modification ? Limiter la procédure aux seules lois postérieures à 1958 obligeait les justiciables à de savantes argumentations et les juges à de délicates constructions. En réalité, la bonne intention du gouvernement était une mauvaise idée. Logiquement, les parlementaires, y compris les parlementaires de la majorité, ont souhaité supprimer cette barrière temporelle. Lors de la séance du 29 mai 2008, le président de la commission des lois, Jean-Luc Warsmann, explique que la limitation de la nouvelle procédure aux textes postérieurs à 1958 n'est pas considérée comme « légitime » par les spécialistes auditionnés. Le garde des Sceaux ne s'oppose pas à cette proposition. L'amendement est voté sans débat.

Le 23 juillet 2008, la réforme est votée par le Congrès. Elle introduit pour la première fois en droit français un mécanisme permettant aux citoyens de poser une question de constitutionnalité. La rédaction retenue à l'article 61-1 de la Constitution est la suivante :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une

juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

II. – Exception d'inconstitutionnalité ou question préjudicielle de constitutionnalité ?

La Constitution elle-même ne désigne pas le nouveau mécanisme. L'expression « question prioritaire de constitutionnalité » apparaît dans la loi organique votée le 10 décembre 2009.

Avec d'abord cette question : s'agit-il d'une question préjudicielle de constitutionnalité ou d'une exception d'inconstitutionnalité. Les deux termes ont été employés lors des précédents projets, en 1990, en 1993, dans le rapport de 2007, avec – parfois – une certaine ambiguïté.

En droit processuel, le mécanisme d'exception désigne un instrument de procédure qui permet au défendeur de soutenir que la prétention du demandeur est infondée au motif que l'instance est mal engagée. Elle puise sa source en droit romain et se trouve aujourd'hui consacrée par l'article 72 du Code de procédure civile. En principe, l'exception est un moyen de pure procédure qui se distingue nettement d'un moyen au fond. Par exemple, dans le cadre d'un contentieux contractuel, le défendeur soulève une exception de nullité pour mettre un terme à la procédure. Pour la QPC, il ne s'agit pas de cela. La QPC se rapproche plus volontiers du mécanisme de droit administratif : « l'exception d'illégalité ». Cette exception est un mécanisme permettant à un demandeur de soulever un moyen tiré de l'illégalité d'une décision administrative autre que celle attaquée initialement (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2004, p. 648). Par exemple, un permis de construire est contesté non pas parce qu'il serait lui-même entaché d'une irrégularité – voie de l'action –, mais parce que l'acte réglementaire qui lui sert de fondement, le plan local d'urbanisme, est lui-même contraire à la loi – voie de l'exception. Que ce soit pour le droit processuel ou pour le droit administratif, le juge de l'action est toujours le juge de l'exception, car le moyen

d'exception est intimement lié au moyen d'action. En ce sens, selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, l'exception d'illégalité ne peut être accueillie que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte (CE 19 févr. 1967, Soc. Des Établissements Petitjean, *Leb.* p. 63 ; R. Chapus, *op. cit.*, p. 651). Cette relation entre le moyen d'action et le moyen d'exception est également justifiée par la double nécessité de ne pas morceler inutilement le litige et d'éviter une perte de temps préjudiciable. En tout état de cause, la QPC ne saurait être un mécanisme d'exception, une « exception d'inconstitutionnalité », car, d'une part, il ne s'agit pas d'un instrument purement procédural, et d'autre part le juge de l'exception – en l'occurrence le Conseil constitutionnel – n'est pas le juge de l'action. Cela étant dit, d'autres systèmes juridiques connaissent effectivement des mécanismes d'exception d'inconstitutionnalité. Aux États-Unis, par exemple, tout juge peut exercer un contrôle de constitutionnalité des lois. Tout juge peut donc accueillir un moyen invoquant l'inconstitutionnalité d'une loi par voie d'exception. Ici, le juge de l'action est bien le juge de l'exception.

La QPC est donc autre chose. Est-elle une « question préjudicielle » ? Une question préjudicielle est une question posée au juge et dont la réponse conditionne le bien-fondé de la question « principale ». La réponse à la question préjudicielle nécessite l'intervention d'un second juge, compétent pour répondre à cette question. Le juge de la question principale devra donc surseoir à statuer et renvoyer la question à un second juge. Une fois la question préjudicielle « vidée », le premier juge pourra répondre à la question principale. Par exemple, il arrive que la nullité d'un acte administratif soit soulevée devant le juge judiciaire. Ce dernier ne peut évidemment pas répondre au moyen invoqué. Il va donc surseoir à statuer et poser une question à la juridiction administrative. Le droit de l'Union européenne organise également un mécanisme de question préjudicielle puisque l'appréciation de la validité des actes communautaires est une compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne. Par conséquent, si une question sur la validité d'une directive est posée au cours d'un procès, le juge saisi au fond devra poser une question préjudicielle à la Cour. Dans tous les cas, la question préjudicielle se caractérise par un élément essentiel : elle est obligatoirement posée en amont du procès car, justement, la réponse donnée conditionne l'existence même

du procès. En cela, la QPC ne peut pas être une question préjudicielle, car elle peut être posée à tout moment de l'instance, y compris en cause d'appel. Elle n'est donc pas « préjudicielle ».

Ni exception d'illégalité ni question préjudicielle, la QPC est-elle un instrument *sui generis*, un instrument nouveau, hermétique à toute classification ? Pas nécessairement. En suivant la démonstration de M. Gatien Casu, il est possible de ranger la QPC dans la catégorie des « renvois préalables » (G. Casu, *Le Renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, thèse, Lyon III, 2013). Notre droit connaît en effet plusieurs mécanismes, notamment les demandes d'avis posées à la Cour de cassation et au Conseil d'État, qui mobilisent les « cours suprêmes » afin de répondre à une question d'interprétation. Pour la QPC, il s'agit bien d'une question « de constitutionnalité » posée au Conseil constitutionnel dont le but est justement d'obtenir une interprétation afin de dire si, oui ou non, telle loi est contraire à la Constitution. Ici, pas de condition d'identité entre le juge du fond et le juge suprême, et pas de condition tenant au caractère nécessairement préjudiciel du renvoi exercé. Le mécanisme de « renvoi préalable » se caractérise

simplement par la présence d'une Cour suprême venant unifier l'interprétation en mobilisant un instrument contentieux particulier. Ce qui est précisément le cas de la QPC.

III. – Le caractère « prioritaire » de la QPC

La loi organique du 10 décembre 2009 qualifie la question de constitutionnalité de « prioritaire ». Terme évident, clair, facile à comprendre. La QPC est prioritaire. Mais prioritaire sur quoi ? La loi organique répond à cette question en indiquant que la priorité s'exerce à l'égard d'un moyen contestant la conformité d'une disposition législative sur la base des « engagements internationaux de la France » (art. 23-2 3° et art. 23-5). Il existe en effet d'autres mécanismes permettant aux justiciables de contester les lois en se basant non pas sur la Constitution, mais sur un traité international. Le plus connu et le plus efficace étant le recours en inconstitutionnalité basé sur la Convention européenne des droits de l'homme, suivi de près par le moyen tiré d'une atteinte au droit de l'Union

européenne. Si, au cours d'un procès, un justiciable soulève plusieurs moyens, l'un de constitutionnalité, l'autre de conventionnalité, le juge doit donc, conformément à la loi organique, examiner en priorité le moyen de constitutionnalité. La priorité est donc chronologique.

À bien lire les débats parlementaires, elle est peut-être davantage. L'instauration de la QPC s'est d'abord justifiée par la nécessité de combattre l'influence grandissante du droit international et l'encadrement toujours plus important de la loi française par les engagements internationaux de la France. Il fallait donc restaurer le prestige de la Constitution en créant un mécanisme permettant de garantir son respect. Évidemment, toute la logique du système repose sur la primauté de la QPC. Sans cette primauté, la raison d'être de la QPC disparaît : elle devient un moyen comme les autres, un moyen parmi les autres, qui peut céder face au contrôle de conventionnalité. Finalement, la priorité n'est pas seulement chronologique, elle est aussi hiérarchique.

Ce qui amène une question fort ancienne, qui a reçu mille réponses, mais qui demeure particulièrement sensible : la

Constitution est-elle vraiment la règle la plus importante de notre ordonnancement juridique ? Oui pour les juges français... et non pour la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son célèbre arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77), elle a estimé que le juge national doit appliquer le droit communautaire en toutes circonstances, y compris lorsqu'une disposition constitutionnelle s'y oppose. En d'autres termes, les normes européennes l'emportent impérativement sur les normes nationales. Question : la loi organique du 10 décembre 2009, qui prévoit une priorité de la QPC, n'est-elle pas contraire à cette jurisprudence *Simmenthal* ? Cette question est un peu gênante, il est vrai, car elle bouscule la raison d'être de la QPC : faire barrage aux moyens d'inconventionnalité. Certainement, la question pourrait se poser un jour devant les tribunaux, mais pas si rapidement...

Dans un arrêt du 16 avril 2010 (Cass. QPC, 16 avril 2010, Abdeli « 1 », no 10-40. 002), soit quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de la QPC, la Cour de cassation saisit la Cour de justice de l'Union européenne et l'interroge sur la question suivante : lorsque deux arguments sont posés devant un juge, l'un constitutionnel,

l'autre communautaire, lequel devra bénéficier d'une réponse « prioritaire » ? Incidemment, la nouvelle QPC est-elle contraire au droit de l'Union européenne ? Attitude rebelle, contestataire, provocatrice, salutaire pour les uns, suicidaire pour les autres. La Cour de cassation subit un flot intense de critiques, accusée de vouloir saper la réforme tant attendue au nom de considérations européennes. Les parlementaires s'emballent, la doctrine commente... mais le juge européen ne répond pas tout de suite.

Un autre acteur s'invite dans le débat : le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 12 mai 2010 (CC 12 mai 2010, no 2010-605 DC), le Conseil soutient la thèse inverse de celle retenue par la Cour de cassation. Selon le juge constitutionnel, la loi organique du 10 décembre 2009 est parfaitement conforme aux exigences du droit européen. Pour le juge constitutionnel, il faut, en effet, interpréter le terme « prioritaire » de la QPC de façon large : cela ne signifie pas que la QPC devra être posée avant tout autre moyen dans un procès, cela signifie simplement qu'elle devra être posée au moins en même temps que les autres moyens dans le procès. Ainsi, précise le Conseil, le droit français instaurant la QPC « ne fait pas

obstacle » à la possibilité pour le juge d'empêcher que des dispositions législatives contraires au droit de l'Union soient appliquées. Il n'existerait donc pas de contradiction entre la loi organique et la jurisprudence *Simmenthal*. Deux jours seulement après cette décision, le « voisin » au Palais-Royal confirme la position du Conseil constitutionnel (CE 14 mai 2010, Rujovic, no 312305). Pour le Conseil d'État, à tout moment de la procédure, « lorsque l'urgence le commande », le juge de l'instance principale peut faire cesser les effets de la loi contraires au droit de l'Union ; par ailleurs, il dispose de la pleine liberté, à tout instant, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne en dépit du caractère prioritaire de la QPC.

Cour de cassation d'un côté, Conseil constitutionnel et Conseil d'État de l'autre, la Cour de justice va décider... de ne pas décider ! Ou plutôt de ne donner raison à personne. Dans son arrêt *Melki* du 22 juin 2010 (CJCE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, no C-188/10 et no C189/10), la Cour valide la priorité de la QPC, mais en posant trois conditions : tout d'abord, rien ne peut empêcher le juge de poser une question préjudicielle à tout moment ; ensuite, le juge doit rester libre de prendre des mesures

« provisoires » ; et enfin, à l'issue de cette procédure incidente, il doit pouvoir laisser inappliquée la loi française. Solution satisfaisante pour tout le monde puisque la priorité de la QPC est à la fois acceptée et conditionnée.

Assez logiquement, la Cour de cassation va « réceptionner » cette réponse de la Cour de justice en insistant sur les limites posées par le juge européen et en constatant qu'elles font défaut en l'espèce (Cass. QPC, 29 juin 2010, Abdeli « 2 », no 10-40. 002). Et sans surprise, elle « écarte » la priorité de la QPC dans son affaire. C'est la fin de la saga jurisprudentielle. Pour l'heure, il faut donc se résoudre à interpréter la « priorité » de la QPC avec une certaine prudence...

IV. – Réglementation de la QPC

La QPC est aujourd'hui réglementée par plusieurs textes juridiques :

- les articles 61-1 et 62 de la Constitution, issus de

la loi constitutionnelle no 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ;

- la loi organique no 2009-1 523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, accompagnée de la décision du Conseil constitutionnel 2009-595 DC du 3 décembre 2009 ;
- le décret no 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique ;
- le décret no 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ;
- le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité du 4 février 2010.

Ces différents textes – et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite – permettent d'envisager le droit de la QPC autour de trois axes principaux : la recevabilité de la QPC (chapitre I), le jugement de la QPC (chapitre II) et

l'influence de la QPC (chapitre III).

Chapitre I

La recevabilité de la QPC

Pour être recevable, la QPC doit respecter un ensemble de conditions. L'examen de ces conditions fait l'objet d'un jugement qui doit être distingué du jugement « de fond » de la QPC.

I. – Les conditions de recevabilité

Les conditions de recevabilité de la QPC sont énoncées à la fois dans les dispositions constitutionnelles et législatives. Il est possible de distinguer deux sortes de conditions : les conditions « externes » à la QPC, c'est-à-dire celles qui entourent la question posée sans y être directement rattachées, et les conditions « internes » à la QPC, c'est-à-

dire celles qui sont propres à la QPC elle-même.

1. Les conditions externes de recevabilité

Il existe deux conditions « externes » : la QPC doit être énoncée devant une « juridiction » et elle doit être posée par un « justiciable ».

A) *Les juges concernés*

En vertu de l'article 61-1 de la Constitution, les QPC sont posées devant « toute juridiction ». La loi organique précise que cette juridiction doit dépendre soit de la Cour de cassation, soit du Conseil d'État.

a) Première condition : une « juridiction ». – Au sens le plus large, le juge est un tiers impartial qui tranche un conflit, qui « vide la dispute » (S. Guinchard et al., Droit processuel, Dalloz, 2013, p. 77). Il peut être unique ou collégial, spécialisé ou général, privé ou public... D'une manière générale, tout juge est concerné par la QPC, avec néanmoins quelques exceptions.

D'abord les juridictions « arbitrales » : en effet, la Cour de cassation a très rapidement refusé qu'une QPC soit soulevée devant un « arbitre », c'est-à-dire un juge choisi et accepté par les parties elles-mêmes (Cass. com. 28 juin 2011, no 11.40030). Cette solution s'explique par le caractère « privé » de l'instance arbitrale : seuls les juges publics, les juges étatiques, peuvent filtrer une question de droit qui met en jeu la Constitution.

Il faut ensuite exclure les « autorités administratives indépendantes » (AAI), par exemple le Défenseur des droits, l'Autorité de la concurrence ou la Commission nationale informatique et liberté (CNIL). Ces autorités, très à la mode ces dernières années, sont des institutions administratives qui se caractérisent par une originalité : elles ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique. Elles sont donc « indépendantes ». Or, l'élément cardinal de définition d'un juge est justement son caractère impartial et indépendant. Sans cette indépendance, le juge ne peut trancher de façon neutre et désintéressée. En cela, les AAI sont aussi, d'une certaine manière, des « juridictions ». Mais leur indépendance reste très relative. Les membres des AAI ne sont pas des magistrats, les procédures suivies devant ces autorités ne respectent pas toujours les –

nombreux – carcans qui enserrant le procès, et les parties elles-mêmes n’ont évidemment pas les mêmes garanties de neutralité et d’impartialité devant la CNIL ou le Défenseur des droits. Pour ces différentes raisons, le caractère « juridictionnel » des AAI est souvent rejeté par le législateur lui-même, par les cours supérieures françaises (v. not. Ass. plén. COB c/Oury, 5 févr. 1999, *JCP G*, 1999, II, 10060 ; CE Ass., 3 déc. 1999, Didier, no 207434) ou par la Cour européenne des droits de l’homme (v. sur la notion de « tribunal », CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/Malte, Série A, no 210).

Pour tous les autres cas, la QPC est donc admise, y compris pour les juges intervenant en urgence, en référé, en appel, en cassation même. À vrai dire, le moment de l’intervention du juge dans le procès importe peu : il faut et suffit que la QPC soit posée devant une « juridiction ». Une seule exception à cette règle, posée par l’article 23-1 de la loi organique : il est impossible de soulever une QPC à l’occasion d’un procès devant une cour d’assises. Cette limitation s’explique par la présence d’un jury populaire et par l’interdiction de « suspendre » un procès d’assises en application du principe de continuité des débats (v. J.-L. Warsmann, rapport no 1898 sur le projet de loi

organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution). En revanche, la loi organique précise qu'une QPC peut être posée à l'occasion soit d'un appel formé contre la décision de la cour d'assises, soit d'un recours en cassation formé contre une décision d'appel de cour d'assises. Dans ce cas, la QPC est renvoyée directement à la Cour de cassation.

b) Seconde condition : la juridiction doit relever de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. – En vertu de l'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009, la QPC doit être posée devant une juridiction qui « relève » de l'une des deux cours suprêmes françaises. En règle générale, toutes les juridictions en France dépendent de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Il s'agit même d'un élément essentiel du droit français : droit privé d'un côté et droit public de l'autre, avec, pour chacune des branches du droit, « son » juge suprême, celui qui organise et harmonise l'interprétation des juridictions inférieures. À cela peu d'exceptions.

En réalité, il existe seulement trois cas problématiques : le Tribunal des conflits, la Haute Cour et le Conseil constitutionnel. Dans les trois cas, ces « juges » sont par

nature étrangers aux deux ordres de juridiction. Pour le Tribunal des conflits, il était donc naturel de refuser toute QPC posée à l'occasion d'une procédure menée devant lui (v. TC, 4 juill. 2011, M. Jacques B., no 3803). Pour la Haute Cour, chargée de juger le président de la République en vertu de l'article 68 de la Constitution, la question ne s'est pas encore posée. Il n'est pas certain qu'elle se pose un jour compte tenu de la rareté des décisions en la matière et du statut très particulier de cette institution. En revanche, la question s'est posée pour le Conseil constitutionnel et, contrairement au Tribunal des conflits, il a accepté d'examiner une QPC posée devant lui.

Précisons qu'il s'agit là d'un cas tout à fait particulier : normalement, le Conseil est un juge « constitutionnel ». En bonne logique, il est donc impossible de poser, devant lui, une QPC puisque précisément son rôle est... de répondre aux QPC. Sauf un cas particulier : lorsque le Conseil constitutionnel agit en tant que juge électoral, car il devient, dans ce cas, une juridiction comme les autres, une juridiction « concrète », avec des faits, des parties... et des mécanismes de procédure comme la QPC. Ici, le Conseil constitutionnel est donc une juridiction au sens de la loi organique. En revanche, il ne relève absolument pas de la

Cour de cassation ou du Conseil d'État ; il est en quelque sorte « en dehors » des deux ordres de juridictions. Une lecture fidèle de la loi organique empêche donc toute application de la QPC au contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel. Ce dernier a néanmoins choisi une solution inverse dans sa décision du 12 janvier 2012 (CC 2011-4538 SEN, 12 janv. 2012) puisqu'il a admis la recevabilité d'une QPC posée devant lui, en tant que juge électoral.

B) *Les personnes concernées*

a) *La notion de « parties ».* – Un premier constat : l'article 61-1 de la Constitution ne donne aucune indication relative aux personnes susceptibles de poser une QPC. Il ne parle pas de justiciable – terme au demeurant très ambigu. Il se contente d'une formule générale : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours, *il* est sou- tenu qu'une disposition... ». La loi organique n'est guère plus éloquente : elle parle de « personnes » à l'article 23-3 ou encore de « parties » à l'article 23-11 (« la décision est notifiée aux parties »). Il faut donc observer que les différents textes relatifs à la QPC ne livrent aucune indication précise quant aux personnes concernées par le

mécanisme. En revanche, dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil évoque expressément le terme de « partie » en estimant que la Constitution « impose de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (cons. 9). Ce qui, du reste, n'est pas totalement exact puisque, justement, l'article 61-1 de la Constitution ne prescrit rien à ce sujet. Quoi qu'il en soit, suivant les pas du Conseil, il est possible de dire que la QPC est ouverte à toutes les *parties* aux procès.

Normalement, la partie d'un procès correspond aux différentes personnes engagées dans une instance judiciaire. Toute partie dans un litige se caractérise par une « qualité processuelle », c'est-à-dire une place dans le procès : demandeur, défendeur, appelant, intimé ou opposant. Toutes ces « parties » sont en principe des justiciables au sens de la loi organique, et la jurisprudence ne distingue pas selon la qualité processuelle de la personne engagée dans le procès.

De la même manière, il n'est pas besoin d'opérer une distinction selon la nature juridique de la personne : personne morale ou personne physique, personne privée

ou personne publique, national ou étranger, majeur ou mineur, incapable même, etc. Ici, la QPC se distingue très nettement du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le recours individuel nécessite en effet que la personne soit à la fois une « victime », c'est-à-dire qu'elle puisse justifier d'une atteinte à ses droits reconnus par la Convention, et – négativement – qu'elle n'exerce pas une prérogative de puissance publique. C'est ainsi que les communes, par exemple, ne peuvent pas exercer un recours individuel (v. CEDH 23 nov. 1999, Commune d'Antilly c/France, no 45129/98), alors qu'elles sont parfaitement compétentes pour soulever une QPC (v. CC 2010-12 QPC, 2 juill. 2010, pour la commune de Dunkerque). Dans tous les cas, le principe est le suivant : la recevabilité de la QPC suit toujours la recevabilité de la requête au fond. Dès lors que la personne concernée a qualité pour agir dans le procès, elle a toujours qualité pour poser une QPC.

À ce titre, le Conseil d'État a logiquement interdit aux intervenants – c'est-à-dire des personnes « intervenant » dans un procès pour appuyer une demande sans être formellement des parties – de soulever une QPC (à propos d'une association de défense de l'environnement v. CE

17 févr. 2011, M. Doré, no 344445). Avec toutefois une atténuation : si une partie se joint explicitement à la QPC produite par l'intervenant, par un mémoire distinct et motivé, alors la QPC est recevable. La partie elle-même devient, en quelque sorte, l'auteur de la QPC (v. CE 14 juin 2010, ANSEL, no 328937).

b) L'exclusion des juges. – Est-il possible, pour un juge, de soulever lui-même une QPC au cours d'un procès ? Clairement non. Le juge n'est pas une « partie », et l'article 23-1 de la loi organique précise en ce sens que le moyen « ne peut être relevé d'office ». Cette impossibilité pour les juges de mettre en œuvre le mécanisme de la QPC se justifie par un argument fonctionnel : la fonction d'un juge n'est pas de prendre parti au procès, il doit être neutre, détaché, en dehors des prétentions, et il ne saurait briser cette neutralité en contestant une disposition législative gouvernant le procès. Cela posé, l'impossibilité de soulever d'office une QPC se heurte à un inconvénient majeur : la QPC ne bénéficie pas seulement aux parties, elle dépasse le cadre du procès, elle « s'objectivise », elle devient un moyen de défendre les droits et libertés de tous, et pas simplement des acteurs de l'instance. Sous cet aspect, il serait logique d'associer le juge à la démarche et

de le laisser, au besoin, soulever lui-même une QPC. Au demeurant, la formule retenue par la Constitution – « lorsque, à l’occasion d’un procès, il est... » – n’exclut pas, *a priori*, une question soulevée d’office par une juridiction. Situation curieuse où un juge aurait des soupçons, légitimes ou non, sur la constitutionnalité d’une disposition qu’il devrait tout de même appliquer, faute de moyens lui permettant de vérifier son intuition...

c) Le cas particulier du ministère public. – Il arrive que le ministère public soit directement une partie dans un procès. Dans ce cas, il peut évidemment soulever une QPC. En théorie... Car en pratique, il est bien certain que le ministère public, chargé de requérir l’application de la loi, n’a pas vraiment d’intérêt à dénoncer des inconstitutionnalités. Pour l’heure, aucune QPC n’a été posée par le parquet. D’une manière générale, le ministère public doit donner son « avis », précise l’article 23-1 de la loi organique, sur toutes les QPC soulevées devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, qu’il soit partie à l’instance ou non. Ici, le ministère public n’est pas l’auteur de la question, ni même le « défendeur », il doit simplement livrer son appréciation sur la question posée. Les chiffres montrent, au demeurant, qu’il est souvent

suivi dans ses recommandations (v. l'audition de J.-C. Marin, AN, Commission des lois, 19 déc. 2012). Preuve de son utilité.

2. Les conditions internes de recevabilité

A) La nécessité d'un écrit distinct et motivé

Au niveau « interne », la recevabilité d'une QPC est d'abord conditionnée par la présence d'une règle formelle importante : à peine d'irrecevabilité, précise l'article 23-1 de la loi organique, la QPC est soulevée « dans un écrit distinct et motivé ». Le régime juridique de cette règle est précisé par le décret no 2010-148 du 16 février 2010 avec quelques différences entre la QPC présentée devant le juge administratif, celle présentée devant le juge civil et celle présentée devant le juge pénal.

D'une manière générale, le décret applique avec beaucoup de rigueur la règle contenue dans la loi organique de « l'écrit distinct et motivé ». D'abord, sans surprise compte tenu

des termes de la loi, la méconnaissance de la règle entraîne l'irrecevabilité de la QPC dans son ensemble. Ensuite, le décret impose que le mémoire « ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient » portent la mention : « question prioritaire de constitutionnalité ». Enfin, précise encore le décret, la règle ne vaut pas seulement au premier stade de l'instance, elle s'applique à tout moment, y compris lorsque la QPC est soulevée en appel ou en cassation.

Ces différentes obligations – déjà très strictes en elles-mêmes – ont été interprétées avec une certaine fermeté par la Cour de cassation et le Conseil d'État. En ce qui concerne la nécessité d'un écrit *distinct*, le juge administratif estime que la mention « question prioritaire de constitutionnalité » contenue dans la requête initiale ne peut être considérée comme un écrit « distinct », même si la requête produit un moyen visant à contester la constitutionnalité d'une disposition (v. CE 2 juin 2010, M. Jean-Claude A., no 338965). Il faut donc effectivement séparer la QPC des autres écrits. En ce qui concerne l'obligation d'un écrit *motivé*, la question s'est posée de savoir quelle était précisément cette exigence de motivation. Quelques mots ? Un argumentaire détaillé ? Un

fondement constitutionnel ? Ou plusieurs ? Pour l'heure, la jurisprudence exige, au minimum, que la question fasse état des dispositions contestées et des fondements invoqués. Faute de ces précisions, il est évidemment impossible de juger le caractère sérieux ou non de la question (v. *infra* sur le caractère sérieux). En ce sens, par exemple, une simple référence à la Déclaration de 1789 ne suffit pas ; il faut impérativement invoquer un article précis (Cass. crim. 14 déc. 2010, no 10-90.111). En tout état de cause, si la motivation ne garantit pas le succès de la QPC, l'absence de motivation détaillée assombrit très nettement l'avenir de la demande.

B) *Les dispositions invocables*

L'une des principales questions que pose la QPC est celle des normes invocables : quelles sont les normes contrôlées et sur quels fondements ? L'article 61-1 précise que la QPC concerne les « dispositions législatives » et qu'elle vise à protéger les « droits et libertés que la Constitution garantit ».

a) Les dispositions législatives invocables

1/ *La notion de dispositions législatives*

• *Définition.* – Question classique, mais redoutable : qu'est-ce qu'une « loi » ? Ou, plus exactement, qu'est-ce qu'une « disposition législative » ? Une certitude : l'article 61-1 de la Constitution ne répond pas directement à cette question. Dans l'inconscient collectif, la loi est l'acte qui énonce la règle impersonnelle et générale, celle qui concerne tous les Français, sans distinction et sans privilège. La loi « fait » les codes, elle donne à chacun la part qui lui revient, elle dit les droits et les devoirs, les obligations, les interdictions. Souvent, la loi est synonyme de « droit » dans son ensemble, mais en resserrant un peu, les apparences s'estompent. Le droit fourmille, en effet, d'actes de toutes sortes créant des droits et des obligations et qui n'ont pas le nom et les attributs de la « loi ». Des ordonnances, des résolutions, des directives... Pendant longtemps, en France, la loi s'est parée des attributs de son artisan : le Parlement. Dès 1789, le Parlement a été le symbole de la démocratie, de la fin des privilèges, des libertés des citoyens. La société française a fonctionné sur cette idée jusqu'au milieu du XX^e siècle. Peu à peu, le prestige du Parlement s'est terni. La grande « révolution » de la Constitution de 1958 est d'avoir mis un terme à la

surpuissance de la loi en posant des limites : désormais, la loi ne peut intervenir que dans certains domaines listés par la Constitution elle-même. Ce faisant, la définition de la loi s'est transformée. Avant, elle était la norme façonnée par le Parlement ; avec la Constitution de 1958, elle est aussi la norme intervenant dans certains domaines, par exemple les services publics ou la détermination des crimes et délits. Au critère *organique* s'est ajouté un critère *matériel*. Désormais, la loi est l'acte fait par le Parlement intervenant dans certains domaines listés à l'article 34 de la Constitution.

En réalité, cette révolution n'a jamais eu lieu... (J. Rivero, « Rapport de synthèse », in L. Favoreu [dir.], *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958. Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence, PUAM, 1978, p. 263). En effet, le Conseil constitutionnel a progressivement effacé le critère matériel posé en 1958 en estimant qu'une loi intervenant en dehors des limites fixées par l'article 34 de la Constitution n'était pas, de ce seul fait, contraire à la Constitution (CC 82-143 DC, 30 juill. 1982). Avec cette jurisprudence, la loi est redevenue l'acte fait par le Parlement, sans autre condition et sans limites. Ce renouveau inattendu du Parlement a eu une

conséquence fâcheuse : en même temps qu'il regagnait peu à peu sa liberté, le Parlement est devenu de plus en plus bavard, produisant des lois toujours plus longues. Au début des années 1990, des voix s'élèvent pour dénoncer la piètre qualité des textes législatifs, mal écrits, mal agencés, et finalement mal pensés. Pour endiguer ce phénomène, le Conseil constitutionnel ajoute un nouveau critère de définition de la loi en 2004 : il faut, dorénavant, que la loi soit « normative », c'est-à-dire qu'elle prescrive, qu'elle oblige ou qu'elle interdise (CC 2004-500 DC, 29 juill. 2004). Au critère organique – la loi est l'acte fait par le Parlement – s'ajoute un critère normatif – la loi est l'acte qui prescrit. Au final, à la question de savoir ce qu'est une « disposition législative », il est possible de répondre qu'il s'agit d'*un texte adopté par le Parlement en vue de créer une règle de droit*.

- *Champ d'application.* – Forts de cette définition, certains actes sont logiquement inclus dans la notion de disposition législative, et certains en sont exclus.

Parmi les textes inclus, on trouve pour l'essentiel les *lois dites ordinaires*, les lois « normales », celles du quotidien du Parlement. D'une manière générale, la date d'adoption

du texte importe peu. De fait, même une disposition abrogée peut faire l'objet d'une QPC (v. CC 2010-16 QPC, 23 juill. 2010). Cette solution peut surprendre, mais elle est parfaitement logique : une disposition abrogée peut encore produire des effets contentieux si le litige se prolonge dans le temps. La loi est juridiquement absente, mais elle a pu créer des droits et des obligations susceptibles de nourrir une QPC au temps présent.

Le cas des *ordonnances* complique la situation. Les ordonnances sont des actes étonnants : organiquement administratifs et matériellement législatifs. Ce sont des normes adoptées par une autorité administrative, mais dans un domaine normalement réservé au Parlement en vertu de l'article 34 de la Constitution. En réalité, la Constitution distingue quatre sortes d'ordonnances : les ordonnances « normales » de l'article 38, les ordonnances « financières » de l'article 47 en cas de défaillance du Parlement pour le vote des lois de finances, les ordonnances « outre-mer » de l'article 74-1 pour permettre au gouvernement d'étendre le champ d'application d'une loi métropolitaine aux territoires d'outre-mer, et les ordonnances « organiques » de l'ancien article 92 (abrogé en 1995) créées pour permettre la bonne application de la

Constitution en 1958.

Pour l'instant, les ordonnances de l'article 47 et 74-1 de la Constitution n'ont pas fait l'objet d'une jurisprudence spécifique en matière de QPC. Par ailleurs, les ordonnances de l'article 92 sont un cas particulier (v. *infra*). En revanche, pour les ordonnances de l'article 38 – les plus nombreuses –, la jurisprudence a logiquement exclu leur invocation dans le cadre de la QPC (v. CE 11 mars 2011, Benzoni, no 341658). La solution est justifiée dans le sens où le Conseil d'État a toujours considéré qu'il s'agit là d'un acte administratif, en dépit de leur contenu « législatif ». Les ordonnances ne sont donc pas des « dispositions législatives », et seule une ratification expresse par le Parlement autorise de soulever des QPC à leur encontre.

En application du critère normatif, deux sortes de « normes » législatives sont exclues de la procédure QPC : les *lois de programmation* et les *résolutions*. Dans les deux cas, il s'agit de textes adoptés par le Parlement – donc en respectant le critère organique –, mais sans effet normatif en dehors du Parlement lui-même. Sans surprise, la jurisprudence a donc écarté les lois de programmation du

champ d'application de la QPC en estimant que ces normes étaient « dépourvues de portée normative » (CE 18 juill. 2011, Fédération nationale des chasseurs, no 340512). Il ne s'agit donc pas de « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1. Concernant les résolutions, la question ne s'est pas encore posée, mais il est fort probable qu'elles subissent le même sort.

2/ Les cas particuliers

Dans certains cas, des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ne sont *pas* invocables ; dans d'autres cas, des dispositions *non* législatives sont au contraire invocables.

- *Dispositions législatives non invocables.* – Il existe trois sortes de dispositions législatives – c'est-à-dire des dispositions adoptées par le Parlement ayant une portée normative – qui ne sont pas invocables dans le cadre de la QPC : les dispositions constitutionnelles, les dispositions référendaires et les dispositions d'une loi de transposition d'une directive.

L'exclusion des deux premières – les dispositions

constitutionnelles et les dispositions référendaires – n’a pas fait l’objet d’une jurisprudence précise en matière de QPC. Il s’agit d’une simple déduction réalisée sur la base des décisions antérieures du Conseil constitutionnel. En effet, dans le cadre de son contrôle *a priori*, le Conseil a toujours refusé de contrôler les lois référendaires (CC 62-20 DC, 6 nov. 1962) et les lois constitutionnelles (CC 2003-469 DC, 26 mars 2003). Dans les deux cas, les motifs justifiant l’absence de contrôle – ne pas censurer le Peuple ou le pouvoir constituant – ne sont pas exclusivement liés au caractère *a priori* du contentieux. Ils valent également dans le cadre d’un contrôle *a posteriori*. Il est donc probable que le Conseil tienne un discours similaire dans le cadre de la QPC. Faute de décision explicite en la matière, il faut, pour l’instant, s’en tenir à l’hypothèse suivante : jusqu’à preuve du contraire, les lois constitutionnelles et les lois référendaires, même si elles contiennent des « dispositions législatives », ne sont pas susceptibles d’être contestées dans le cadre du mécanisme de la QPC.

En revanche, pour les lois de transposition d’une directive européenne, le Conseil a expressément écarté sa compétence dans la décision du 17 décembre 2010

(CC 2010-79 QPC, 17 déc. 2010). Les dispositions d'une loi transposant une directive ne peuvent donc pas faire l'objet d'une QPC. Sauf deux exceptions : si la disposition critiquée s'écarte de la directive, car dans ce cas elle ne transpose plus vraiment la norme européenne, et si la disposition en cause porte atteinte à « un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». En réalité, cette jurisprudence audacieuse n'est pas propre à la QPC. Le Conseil reprend ici une solution développée dans le cadre du contrôle *a priori* : dès lors qu'une loi transpose une directive, elle échappe au contrôle de constitutionnalité, car le contrôle d'une loi de transposition impliquerait un contrôle – certes indirect – de la directive au regard de la Constitution (v. CC 2004-496 DC, 10 juin 2004). Contrôle qui est impossible pour le Conseil puisque seule la CJUE est compétente en la matière. Suivant une logique très proche, le Conseil d'État a pareillement exclu du champ d'application de la QPC les lois de ratification d'un traité (CE 14 mai 2010, M. Rujovic, no 312305).

• *Dispositions non législatives invocables.* – Elles sont de trois sortes : les « lois du pays de Nouvelle-Calédonie », les ordonnances organiques de l'article 92 de la Constitution et les interprétations jurisprudentielles.

Concernant les « lois du pays de Nouvelle-Calédonie », le législateur a expressément intégré ces normes au contentieux de la QPC bien que le critère organique fasse défaut (art. 23-8). Il s'agit, en effet, d'actes adoptés par l'assemblée délibérative de la Nouvelle-Calédonie (le « Congrès »). Les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie ne sont pas des lois au sens courant, mais elles s'en rapprochent par leur régime juridique (le Conseil constitutionnel peut être saisi avant leur promulgation) et par l'autonomie très forte des institutions locales. Le législateur organique a donc souhaité faire « comme si » ces actes étaient effectivement des lois au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil a exercé son premier contrôle d'une loi du pays de Nouvelle-Calédonie dans le cadre de la QPC lors de sa décision du 9 décembre 2011 (CC 2011-205 QPC, 9 déc. 2011).

Les ordonnances de l'article 92 de la Constitution sont un autre cas de disposition non législative invocable. Normalement, les ordonnances sont des actes administratifs et ne sont donc pas concernées par le mécanisme de la QPC (v. *supra*). À cette règle, la jurisprudence a posé une exception : les ordonnances de l'article 92 de la Constitution. Ces ordonnances ont une

fonction bien particulière : elles ont été adoptées au lendemain de la Constitution pour permettre une application des dispositions constitutionnelles sans passer par les habituelles lois organiques, plus longues à adopter, plus complexes à écrire et plus soumises aux aléas de la représentation nationale. En principe, ces ordonnances organiques – intervenues dans des domaines importants, par exemple le fonctionnement des assemblées parlementaires – devaient être ratifiées par le Parlement. Beaucoup ne l'ont jamais été, et le Conseil d'État a toujours refusé de contrôler ces actes « ayant force de loi » (CE, Ass., 1er juill. 1960, FNOSS et Fradin, *Leb.* p. 441). Fort logiquement, le Conseil constitutionnel a donc décidé d'inclure ces ordonnances organiques dans le champ d'application de la QPC (v. par ex. CC 2011-129 QPC, 13 mai 2011).

Le dernier cas est le plus problématique. Dans la tradition française du juge « bouche de la loi » héritée de Montesquieu, l'*interprétation jurisprudentielle* n'est pas une source de droit. En dépit de cette tradition, dès le début de la QPC, plusieurs justiciables ont attaqué des interprétations jurisprudentielles jugées contraires à la Constitution, mais ils se sont heurtés à un refus

catégorique de la Cour de cassation (v. Ass. plén. 19 mai 2010, no 09-70161). Cette solution conduisait néanmoins à réduire la QPC à la portion congrue. En effet, la jurisprudence est bien souvent une source essentielle du droit en France. En s'appuyant sur les quelques mots contenus dans le Code civil, par exemple l'article 1382 ou l'article 1134, la Cour de cassation a bâti un ensemble de règles variées, détaillées, parfois changeantes, pouvant naturellement porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. Les exclure revenait à priver les parties d'une source infinie de QPC. Prenant « l'exact contre-pied » de la solution du juge judiciaire (D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel », *GP*, 21 oct. 2010, p. 12), le Conseil constitutionnel a finalement accepté de contrôler une interprétation législative dans sa décision du 6 octobre 2010 (CC 2010-39 QPC, 6 oct. 2010). Trois conditions sont nécessaires. Il faut d'abord que l'interprétation soit... une interprétation, et non une « règle jurisprudentielle », comme le dit la Cour de cassation, c'est-à-dire une pure création du juge en dehors de toute référence textuelle (Cass. soc. 28 nov. 2012, no 11-17941). Cette nuance permet à la Cour de cassation d'exclure quelques « monuments » du droit français considérés comme trop jurisprudentiels, trop détachés du texte, par exemple le

régime de la responsabilité civile. Il faut également que l'interprétation jurisprudentielle soit « constante », c'est-à-dire qu'elle soit stabilisée et relativement ancienne (CC 2011-120 QPC, 8 avril 2011). Il faut enfin que l'interprétation soit le fruit d'une décision de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

D'une manière générale, l'incorporation des « interprétations jurisprudentielles » dans le giron de la QPC est audacieuse : elle affirme à mots couverts la pleine force juridique de la jurisprudence et permet aux justiciables de fonder leur demande sur l'immensité des décisions de justice.

b) Les dispositions constitutionnelles invocables

1/ *La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit ».* – L'article 61-1 de la Constitution précise que les parties au procès peuvent invoquer, à l'occasion d'une QPC, les « droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette formulation est reprise à l'article 23-1 de la loi organique (« droits et libertés garanties par la Constitution »). La QPC n'est donc pas un mécanisme protecteur de la Constitution dans son ensemble, elle permet seulement de préserver les droits et les libertés, ce

qui exclut de nombreuses règles constitutionnelles, par exemple les règles relatives au partage des compétences entre le gouvernement et le Parlement.

À l'origine, le terme « droits et libertés » apparaissait déjà dans le rapport Balladur sous une forme un peu différente (« droits et libertés fondamentaux reconnus par la Constitution »), mais avec un même objectif : interdire au citoyen d'être le gardien de la procédure législative. Dans l'ensemble, cette limitation a été très peu discutée par les parlementaires lors de la révision de la Constitution en 2008. Elle implique pourtant de redoutables questions : qu'est-ce qu'une « constitution », qu'est-ce qu'un « droit », une « liberté », faut-il distinguer les « principes », faut-il isoler certains droits, certaines libertés ? Sans donner de réponses précises, la jurisprudence a très rapidement adopté une démarche souple et pragmatique. En ce sens, le Conseil a d'abord estimé que la notion de « Constitution » renvoyait à l'ensemble des normes constitutionnelles – le « bloc de constitutionnalité » – et non pas seulement les 89 articles du texte de 1958. Il a donc admis l'invocabilité de tous les « droits et libertés » quel que soit le support juridique : Déclaration de 1789, Préambule de 1946, y compris les « principes

fondamentaux reconnus par les lois de la République » (v. not. CC 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, à propos du principe d'indépendance des professeurs d'université), Charte de l'environnement de 2004 (CC 2011-116 QPC, 8 avril 2011) et, bien évidemment, les différents articles qui composent la Constitution. Les difficultés viennent à la marge : certains principes, selon le Conseil, ne sont pas des « droits et libertés » en dépit de leur présence dans les textes de référence, par exemple le principe du consentement à l'impôt consacré par l'article 14 de la Déclaration de 1789 (CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010) ou certains aspects du principe de libre administration des collectivités territoriales (CC 2010-12 QPC, 2 juill. 2010). Hormis ces cas particuliers, dans l'ensemble, les exclusions sont rares.

2/ Les objectifs de valeur constitutionnelle. – Les objectifs de valeur constitutionnelle (OVC) sont-ils des droits ou des libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution ? La jurisprudence a semblé répondre par la négative. À raison : les OVC sont en effet des outils permettant au juge d'atténuer les rigueurs d'un droit ou d'une liberté protégés par la Constitution. Ils s'adressent exclusivement au législateur et sont, en quelque sorte, des principes

« modérateurs » : la rigueur du droit de propriété se tempère, par exemple, par l'OVC du droit au logement ; ou encore, la rigueur de la liberté d'aller et venir se tempère par l'OVC de préservation de l'ordre public. En réalité, les OVC ne servent pas à censurer une loi – sauf quelques rares exceptions –, et il paraît raisonnable de ne pas les inclure automatiquement dans le mécanisme de la QPC. Il n'en reste pas moins vrai que beaucoup d'OVC concernent en réalité un droit ou une liberté – le logement, la bonne administration de la justice, etc. – dont les justiciables pourraient s'emparer dans le cadre de leur QPC. Cela explique l'attitude très nuancée du Conseil (v. CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, et CC 2010-4/17, 23 juill. 2010) : d'abord, le juge constitutionnel ne rejette jamais l'ensemble de la catégorie des OVC, il rejette tel ou tel principe au gré des espèces, se laissant la possibilité d'admettre un OVC selon les circonstances particulières de l'affaire ; ensuite, comme pour les incompétences négatives (v. *infra*), le juge estime que les OVC sont invocables dans un cas particulier : dès lors qu'ils sont associés à un autre principe constitutionnel « de fond ».

3/ *Les incompétences négatives.* – Création originale du Conseil, dès la fin des années 1960, le contentieux des

« incompétences négatives » permet au juge constitutionnel de censurer le Parlement lorsqu'il n'exerce pas pleinement sa compétence. Il s'agit d'un cas rare en France où une institution est sanctionnée pour son manque d'action, et non pour une conduite excessive. En réalité, cette jurisprudence se justifie à l'origine par la volonté de limiter les rigueurs de la rationalisation initiée en 1958. En interdisant au Parlement de déléguer trop facilement ses compétences, le Conseil oblige le législateur à une sorte de « service minimum ». Évidemment, cette jurisprudence inédite, riche, originale, n'est pas directement liée au contentieux des droits et libertés, et il paraissait normal, comme les OVC, de ne pas l'inclure dans la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Mais c'était ignorer que le contentieux des compétences est intimement lié au contentieux de fond des droits fondamentaux. Dans la tradition française issue de la Révolution, le Parlement est l'unique autorité chargée de réglementer l'exercice des libertés. Ceci explique pourquoi, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il est le seul organe compétent pour limiter les « libertés publiques ». Dès lors, lorsque le Parlement délaisse une compétence, lorsqu'il n'exerce pas suffisamment une attribution confiée

par la Constitution, il porte inmanquablement atteinte aux libertés concernées par cette attribution. Rien de nouveau à cela : de jurisprudence constante, le Conseil d'État estime que l'Administration n'est pas habilitée à limiter l'exercice des libertés publiques, par exemple la liberté du commerce et de l'industrie (CE, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, *Leb.* p. 362). Il arrive donc parfois que l'atteinte à une liberté soit le fait, non pas d'une action directe du législateur, mais justement de son inaction. En cela, les incompétences négatives sont étroitement liées aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette liaison entre les incompétences négatives et les principes constitutionnels, entre la forme et le fond, impliquait une solution nuancée : selon le Conseil, si les incompétences négatives ne sont pas des « droits et libertés », il est toujours possible de les invoquer « dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010). Il s'agit donc d'une invocabilité *indirecte*. En pratique, les incompétences négatives nourrissent de nombreuses demandes, et elles sont souvent à l'origine de déclarations d'inconstitutionnalité. Pour la seule année 2013, le Conseil a censuré quatre dispositions législatives sur ce fondement. Il reste que cette jurisprudence n'est pas complètement satisfaisante : dès

lors que le requérant doit invoquer systématiquement une liberté de fond à l'appui d'une incompétence négative, l'intérêt concret de soulever une incompétence négative s'estompe puisque le contrôle du Conseil porte, justement, sur la liberté en question. Il serait préférable, en réalité, de reconnaître une invocabilité *directe* des incompétences négatives. Ce serait plus clair et plus simple à la fois pour les justiciables et pour le Conseil constitutionnel.

C) *Les critères de transmission*

La loi organique du 10 décembre 2009 pose trois critères cumulatifs indispensables pour admettre la recevabilité de la QPC : le critère du lien, le critère du précédent et le critère du caractère sérieux ou nouveau.

a) *Le critère du lien.* – L'article 23-2 de la loi organique indique que la juridiction saisie procède à la transmission de la question si « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Cette première condition a pour finalité d'exclure les QPC trop largement détachées des faits de l'espèce. L'esprit général de la QPC n'est pas de permettre

aux parties d'initier un contentieux particulier et de s'en extraire volontairement pour attaquer une loi qui n'aurait aucun lien avec le litige. Les justiciables ne sont pas des procureurs. Ils doivent rester dans le cadre de leur procès. D'où la présence de cette première condition qui nécessite trois précisions.

Premièrement, la condition du lien exige *un lien qui n'est pas nécessairement direct*. La loi organique impose, en effet, que la disposition contestée soit « applicable » au litige. Normalement, cela ne signifie pas que la disposition concernée doit *commander* l'issue du litige, elle doit simplement demeurer dans le périmètre raisonnable de l'affaire. En pratique, néanmoins, la Cour de cassation a développé une jurisprudence relativement restrictive qui exige une « connexion » très forte entre la disposition critiquée et les faits litigieux. Elle exige en ce sens que la déclaration d'inconstitutionnalité – si elle est prononcée – ait une « incidence sur la solution » de l'affaire (Cass. crim. 11 juillet 2012, no 11-88430). D'une manière générale, plus la « distance » entre la disposition contestée et le fond de l'affaire est importante, plus il sera nécessaire pour le requérant de justifier sa demande. En réalité, l'appréciation du lien est presque toujours une affaire de degré : le lien

n'est pas simplement absent ou présent, il est plus ou moins absent, plus ou moins présent.

Deuxièmement, *le lien peut concerner la procédure*. En effet, selon la loi organique, la disposition contestée doit être applicable au litige « ou à la procédure ». Il faut noter d'emblée que la rédaction de la loi n'est pas heureuse puisque le « litige » est évidemment une affaire... de procédure. L'un et l'autre ne sont pas séparés. Il aurait fallu dire « applicable au litige, et notamment la procédure ». Quoi qu'il en soit, l'idée générale est la suivante : très souvent, l'atteinte aux droits et libertés ne provient pas d'une disposition qui concerne le fond du problème, mais plutôt d'une disposition qui organise une procédure particulière liée à l'affaire. Par exemple, dans le cadre d'un litige en matière fiscale, l'atteinte aux libertés peut provenir de la législation en matière de visites domiciliaires. Dans ce cas, les QPC portant sur une disposition réglementant la procédure, et pas seulement le fond, sont pareillement acceptables. Et de fait, beaucoup de QPC concernent aujourd'hui les aspects procéduraux des litiges, notamment dans la matière pénale et fiscale.

Troisièmement, *le lien peut concerner le fondement des*

poursuites. Il s'agit, là aussi, d'une précision du législateur organique : la QPC est valable non seulement pour les dispositions applicables au litige, mais également pour les dispositions qui constituent le fondement des poursuites. La précision est importante, mais elle est juridiquement discutable. Toute disposition qui « constitue le fondement des poursuites » est immanquablement « applicable au litige ». Par cette formulation, le législateur a simplement voulu souligner la possibilité de soulever une QPC dans le domaine pénal en pointant l'inconstitutionnalité des « fondements ». À ce titre, en cas d'instruction, il peut paraître judicieux, pour les justiciables, de poser une QPC le plus tôt possible, dès l'ouverture de la procédure, et ils devront alors soumettre la question à la « juridiction du second degré » en matière d'instruction (article 23-1).

b) Le critère du précédent

1/ *Principe*. – Le deuxième critère de recevabilité de la QPC est celui du précédent. En effet, selon l'article 23-2 de la loi organique, la question est recevable dès lors qu'elle « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». L'objectif de ce critère est d'éviter de

juger deux fois la même affaire : si le Conseil s'est prononcé sur une disposition législative par le passé, il est normal que cette décision fasse autorité et que les demandeurs ne puissent plus contester la disposition en cause. Par définition, ce « précédent » jurisprudentiel est nécessairement une décision de « non-censure », c'est-à-dire que le Conseil aura validé une disposition et cette validation lui conférera une sorte de certificat de constitutionnalité à partir de cette décision.

Il faut souligner un point : le législateur a précisé que cette validation du Conseil devait avoir lieu « dans le motif et le dispositif » des décisions. Cela s'explique par une pratique ancienne du Conseil : jusqu'au début des années 1990, le Conseil utilisait la technique du « considérant balai » pour donner un label de constitutionnalité aux dispositions d'une loi. Il jugeait ainsi, au terme de sa décision, qu'« il n'y a lieu pour le Conseil de soulever aucune autre question de conformité à la Constitution ». De fait, certaines dispositions étaient jugées « constitutionnelles » sans la moindre argumentation. Pour répondre à ce problème, le législateur organique a donc exigé que la déclaration de conformité apparaisse à la fois dans les motifs et le dispositif.

2/ *Exception.* – Ce critère du précédent connaît néanmoins une exception posée par la loi organique elle-même : la loi précise en effet que le Conseil pourra juger à nouveau une disposition en cas de « changement de circonstances ». Cette exception permet aux parties de contester une disposition législative déjà jugée si des circonstances ont changé depuis la première décision du Conseil. Le cas le plus évident est celui d'un nouveau principe constitutionnel consacré par le constituant, par exemple la Charte de l'environnement de 2004. Certains parlementaires ont pu craindre, au moment des débats, une interprétation trop stricte de cette exception par le juge constitutionnel. Bien au contraire, le Conseil a immédiatement livré une lecture bienveillante en estimant, dans sa décision du 3 décembre 2009, que le changement de circonstances concernait à la fois le changement *de fait* et le changement *de droit*. À vrai dire, si le changement de droit ne faisait aucun doute, en revanche, le changement de fait est plus surprenant.

- *Le changement de fait.* – Le contentieux de la QPC reste un contentieux abstrait, c'est-à-dire détaché des faits de l'espèce. Évidemment, la question est posée par les parties à l'occasion d'un contentieux concret, mais les faits ne

conditionnent pas l'appréciation de la QPC : le Conseil se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition législative en dehors de toute considération d'espèce, et il pourrait parfaitement ignorer les événements qui ont conduit la disposition en cause aux portes du Palais-Royal. Dans ce contexte, il est surprenant d'évoquer les « changements de fait », car, en toute logique, ces changements ne peuvent avoir aucune influence sur la solution livrée par le Conseil. En théorie, cela est vrai. En pratique toutefois, il arrive que le juge constitutionnel porte un regard sur les faits d'espèce, car ceux-ci peuvent avoir des conséquences sur l'interprétation qu'il donnera d'une disposition constitutionnelle ou législative. Par exemple, la liberté d'expression, aujourd'hui, doit s'interpréter à la lumière des nouvelles technologies et notamment d'Internet. Ce « fait » social conduit donc à modifier la lecture rendue par le Conseil d'un principe constitutionnel. Par exemple encore, dans sa décision du 30 juillet 2010 (CC 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010), le Conseil a estimé que les conditions de la garde à vue avaient très largement évolué depuis ses précédentes décisions et qu'il pouvait, à ce titre, examiner à nouveau les dispositions législatives en la matière. Cela étant dit, le changement des circonstances de fait demeure

exceptionnel : le contentieux de la QPC reste un contentieux abstrait et, dans l'immense majorité des cas, les faits de l'affaire n'ont aucune incidence sur la solution donnée par le Conseil constitutionnel.

- *Le changement de droit.* – Le changement de droit correspond mieux à la logique de la QPC. Il s'agit d'un changement qui affecte l'environnement juridique de la QPC et qui permet un réexamen de la disposition législative en cause. Trois situations peuvent se présenter.

Il peut s'agir, d'abord, d'un *changement constitutionnel*. En ce sens, un nouveau droit est consacré dans la Constitution, par exemple « la participation équitable des partis et des groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » consacrée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et sur la base de ce nouveau droit le Conseil peut effectuer un nouvel examen de la disposition législative invoquée (CC 2012-233 QPC, 21 févr. 2012).

Il peut s'agir, également, d'un *changement jurisprudentiel*. Dans ce cas, le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence, et cette évolution peut justifier une deuxième décision. À ce titre, depuis les années 1990, le Conseil a considérablement modifié sa jurisprudence relative aux droits

constitutionnels économiques, notamment la liberté contractuelle. Évidemment, ce changement jurisprudentiel permet un réexamen de nombreuses dispositions législatives. Par exemple, le Conseil d'État a renvoyé une QPC au motif que « les développements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont se prévaut la requête, en ce qui concerne les principes d'indépendance et d'impartialité [...] constituent une circonstance de droit nouvelle de nature à justifier que la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel » (CE 29 avril 2013, Numéricâble, no 356976).

Enfin, le changement de droit peut concerner, plus rarement, un *changement législatif*. Dans ce cas, la disposition en cause a pu faire l'objet de modifications depuis la première décision du Conseil et le moment présent. Ces modifications pourront justifier un nouvel examen (v. not. CC 2013-331 QPC, 5 juill. 2013 ; Cass. civ. 1re, 23 mai 2012, no 11-26535).

Dans tous les cas, la difficulté, pour les parties, sera de prouver la réalité du changement de circonstances, qu'il soit de fait ou de droit.

c) *Le critère du caractère sérieux*

1/ *Principe.* – Dernier critère de recevabilité, l'article 23-2 de la loi organique du 3 décembre 2009 exige que la question posée devant les juges du fond « ne soit pas dépourvue de caractère sérieux ». Cette formulation doublement négative – « ne pas être dépourvue... » – se transforme en formule positive au stade du second filtre : il faut que la QPC « présente un caractère sérieux », précise l'article 23-4, lorsqu'elle est examinée par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Ce passage d'une formule négative à une formule positive est parfois interprété comme une volonté du législateur organique de renforcer le contrôle des QPC au stade des juges suprêmes. En effet, la formulation positive paraît plus contraignante pour les demandeurs puisqu'ils doivent faire état – positivement – du caractère sérieux.

Mais cette hypothèse n'est guère satisfaisante. En réalité, le changement de formulation – formule négative pour les juges *a quo* et formule positive pour les cours suprêmes – trouve son origine dans un amendement déposé par le gouvernement lors des débats parlementaires visant à intégrer le caractère nouveau de la question (voir *infra* sur

le caractère nouveau). La formulation « n'est pas dépourvue de caractère sérieux » a été remplacée par la formule « est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Il s'agit donc, très simplement, d'un changement rédactionnel fortuit lié à une modification du texte initial. Dans les faits, cependant, il est vrai que la Cour de cassation et le Conseil d'État exercent un contrôle plus fin du caractère sérieux de la QPC, mais cela tient sans doute davantage à leur fonction qu'à une formulation particulière de la loi organique.

Au-delà de cette différence, de nombreuses formulations ont été envisagées lors des débats parlementaires. Toutes n'étaient pas satisfaisantes. Initialement, le projet de loi organique évoquait la notion de « difficultés sérieuses » à propos du filtrage exercé par les cours suprêmes. Certains parlementaires ont également proposé la notion de « question manifestement infondée » en référence au projet de 1990. Après examen en commission à l'Assemblée nationale, c'est finalement le terme de « question sérieuse » qui a eu la préférence des députés.

En réalité, notre droit connaît de multiples mécanismes évoquant le caractère sérieux d'un acte ou d'une action. Le

plus connu est certainement le caractère obligatoirement « sérieux » du licenciement (C. trav., art. L. 1233-2 et L. 1232-1). De la même manière, le Conseil d'État peut être saisi pour avis par les juges du fond dès lors qu'une « difficulté sérieuse » se pose régulièrement (C. just adm., art. L. 113-1). Enfin, le juge administratif peut toujours suspendre l'exécution d'un acte administratif, à la demande des requérants, s'il est fait état d'un « doute sérieux » quant à la légalité d'une décision administrative (C. just. adm., art. L. 521-1).

Dans toutes ces situations, les acteurs du droit, et *in fine* le juge, doivent apprécier le sérieux d'un « acte » avec toute la liberté et la subjectivité que cette appréciation commande. Là se cristallise une partie importante des difficultés posées au quotidien par la QPC : qu'est-ce qu'une question sérieuse ? Est-ce une question bien écrite ? Bien agencée ? Bien argumentée ? Une seule certitude : le critère du « caractère sérieux » permet d'éviter que des questions sans lien avec l'objectif du mécanisme – garantir le respect des droits et libertés constitutionnels – ne soient posées. Ce qui peut arriver pour toutes sortes de raisons : gagner du temps, gagner de l'argent en facturant un acte, gêner la partie adverse, se faire connaître ou reconnaître, et

autant d'autres motifs que les aléas des procès pourront créer. En exigeant une question sérieuse, l'article 23-2 souhaite empêcher ces différentes situations. Il reste que la mise en œuvre de ce critère s'avère, en pratique, assez délicate.

Car l'un des éléments clés de la QPC consiste précisément à séparer deux moments différents : le moment de juger la recevabilité et le moment de répondre à la question posée. Aux juges du filtrage du fond de dire si la question mérite d'être soulevée, si elle est recevable ; au Conseil constitutionnel de livrer une réponse. Avec le critère du caractère sérieux, la frontière entre la recevabilité et le jugement de la QPC s'atténue considérablement : l'appréciation du caractère sérieux implique un regard, même indirect, même rapide, sur le contenu de la QPC ; il oblige le juge principal à lire la question et à livrer une appréciation pour dire si, oui ou non, elle mérite d'être posée. À ce moment précis, le contrôle de la recevabilité se transforme en contrôle de fond. Évidemment, le juge ne dit jamais qu'il exerce un préjugement de la QPC. Au demeurant, des études montrent que, dans la majorité des cas, les premiers juges ne souhaitent pas, et parfois ne peuvent pas, par manque de temps ou de compétences,

analyser la question posée (v. *Nature de l'office du juge de Ire instance et d'appel dans l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC*, CERCOP, Montpellier, rapport scientifique « Mission de recherche droit et justice », sept. 2012). De fait, ils renvoient très souvent la QPC au Conseil d'État et à la Cour de cassation en estimant que les juridictions suprêmes seront mieux placées pour apprécier le sérieux de la question soulevée. Mais au deuxième niveau de filtrage, le problème se pose plus nettement. Il est évident que la Cour de cassation et le Conseil d'État pourraient exercer un authentique contrôle de constitutionnalité. Ces « hautes » cours en ont les moyens et les compétences. Le caractère sérieux leur offre cette possibilité, mais l'esprit général du mécanisme leur interdit toute velléité. Curieux dilemme... La faute au législateur organique qui compte sur une autolimitation somme toute très hypothétique. Pour l'heure, la QPC fonctionne bien de la sorte et s'accommode de cette difficulté. En général, les juges suprêmes exercent un contrôle « léger » de la question au fond dans le seul but d'écartier les QPC insignifiantes ou dilatoires. Mais les chiffres sont là : 70 % des décisions de refus sont fondées sur le caractère non sérieux de la question posée. Avec parfois des décisions surprenantes : la question de savoir si la dualité

fonctionnelle du Conseil d'État ne porte pas atteinte aux règles du procès équitable ne serait pas sérieuse (CE 16 avril 2010, Association Alcaly, no 320 667) ; de la même manière, la Cour de cassation justifie souvent le manque de sérieux de la question posée en raison de sa propre jurisprudence qui permettrait, selon elle, de vider l'inconstitutionnalité (par exemple en ce qui concerne les règles de prescription de l'action publique, Ass. plén., 20 mai 2011, no 11-90 025).

2/ *Le caractère « nouveau » de la QPC.* – Concernant l'examen de la recevabilité par le second filtre, c'est-à-dire par le Conseil d'État et la Cour de cassation, le critère du caractère sérieux évolue en intégrant un autre aspect : celui de la « nouveauté ».

En effet, l'article 23-4 indique que la QPC peut être renvoyée au Conseil constitutionnel par les cours suprêmes si elle est « nouvelle ». Selon Jean-Luc Warsmann, rapporteur du projet de loi organique à l'Assemblée nationale, l'intégration du caractère nouveau au stade de l'examen de la recevabilité devant les cours suprêmes permettrait d'instaurer un contrôle en entonnoir : « le juge du fond procédera à une évaluation

large – sur le caractère sérieux ou non de la question –, tandis que le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononceront sur le fait de savoir si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. On part ainsi sur une base assez large pour resserrer ensuite » (AN, 14 sept. 2009). À vrai dire, c'est très exactement l'inverse qui est consacré par la loi organique ! Les premiers juges doivent simplement se prononcer sur le caractère sérieux, alors que les juges suprêmes ont une alternative – le « ou » – : soit la question est sérieuse, soit elle est nouvelle. Il s'agit bien d'un entonnoir... mais inversé !

En pratique, le Conseil constitutionnel a livré une interprétation pour le moins restrictive de ce critère. Dans sa décision du 3 décembre 2009, il a estimé qu'une question nouvelle mettait en jeu une « disposition constitutionnelle dont le Conseil n'a pas encore eu l'occasion de faire application ». Autrement dit, la seule nouveauté acceptable est celle qui suppose l'absence totale de décision du juge sur une disposition constitutionnelle. Ce qui est assez rare... En dépit de cette interprétation stricte, certaines décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État sont intervenues sur la base de ce critère de la nouveauté. En ce sens, par exemple, le Conseil d'État a

renvoyé une QPC portant sur l'article 75-1 de la Constitution, c'est-à-dire le principe en vertu duquel « les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » (CE 21 mars 2011, Association pour le bilinguisme franco-allemand, no 34519). Il a également estimé qu'une question portant sur l'article 7 de la Charte de l'environnement dans son volet relatif au droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement était « nouvelle » (CE 18 juill. 2011, association France nature environnement, no 340539).

II. – La décision de recevabilité

1. Les délais de la décision

La question des délais est primordiale. Le temps de réponse du juge est bien souvent un élément très important dans la stratégie des parties. Plus le délai sera long et moins la QPC sera intéressante en comparaison du recours en inconstitutionnalité. Pour cette raison, le législateur a

souhaité enfermer la réponse du juge dans des délais très brefs. Au second niveau de filtrage, c'est-à-dire à la Cour de cassation et au Conseil d'État, il a prévu un délai de réponse maximal de « trois mois » (articles 23-4 et 23-5 de la loi organique). Si les cours suprêmes ne respectent pas cette obligation, la question est transmise automatiquement au Conseil constitutionnel, ce qui arrive parfois (not. Cass. crim., 05 nov. 2013, no 13-83 688). En revanche, pour le premier niveau de filtrage, le législateur n'a pas prévu de délai ; il a simplement indiqué que le jugement de recevabilité devait intervenir... « sans délai » (article 23-2). Formulation curieuse, à la manière d'une hyperbole, et qui signifie simplement que le juge doit se prononcer dans un délai le plus court possible. En réalité, plusieurs propositions avaient été faites lors des débats au Parlement, notamment un délai de deux mois, mais la très grande diversité des juges empêchait de fixer un délai commun à tous. Pour cette raison, et pour conserver une certaine souplesse, le législateur organique a préféré une formule générale et par définition moins contraignante.

En pratique, les chiffres montrent que le délai moyen devant les juges du fond est de l'ordre de deux à trois mois (v. rapport d'information no 842, présenté par J.-

J. Urvoas, AN, 27 mars 2013). Évidemment, il existe de fortes disparités entre les juges, parfois même entre les régions et les tribunaux. Mais l'ensemble reste très satisfaisant. En tout état de cause, la Cour de cassation n'hésite pas à sanctionner les juges qui ne respectent pas l'obligation de diligence. Par exemple, elle a censuré une décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris qui n'avait pas, selon elle, statué « sans délai » (Cass. crim. 2 sept. 2010, no 10-84 027).

Si la recevabilité de la QPC est acceptée, les premiers juges disposent alors d'un délai de huit jours pour transmettre la question à la Cour de cassation ou au Conseil d'État (article 23-2 3). Aucun délai n'est précisé par la loi organique concernant les juges du second filtre, mais il est admis par la doctrine que le délai de trois mois inclut le temps nécessaire à l'envoi de la question au Conseil constitutionnel.

Il faut enfin noter que la loi organique n'impose pas de délai précis en ce qui concerne les décisions « d'appel » en matière de QPC : à ce titre, le Conseil d'État a logiquement estimé que le délai de trois mois « n'est pas applicable au jugement de la contestation d'une décision de refus de

transmission » (CE 17 oct. 2012, no 356983 ; v. *infra* sur les recours contre les décisions de ne pas transmettre).

2. Le contenu de la décision

A) La nécessité d'une motivation

Les articles 23-2 et 23-7 de la loi organique du 10 décembre 2009 imposent que la décision de transmission soit « motivée ». Cette exigence vaut pour les deux niveaux de filtrage. Elle se justifie par la nécessité d'indiquer aux justiciables les raisons d'un éventuel refus avec, en toile de fond, la nécessité de respecter les exigences du procès équitable contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, lors des débats, certains parlementaires avaient souligné les dangers d'un excès de motivation : en exigeant une motivation, la loi organique impose, indirectement, un examen précis et détaillé de la question posée ; elle ordonne au juge de « dire » précisément pourquoi il accepte ou rejette la demande ; ce faisant, elle invite les juges à exercer un précontrôle de constitutionnalité. Mais l'argument n'a pas convaincu le gouvernement, et les parlementaires ont préféré maintenir

l'exigence de motivation.

Concrètement, la pratique est très variable d'un juge à l'autre, surtout pour les juges judiciaires. Certains motivent beaucoup, et d'autres peu. La Cour de cassation exerce tout de même un contrôle « minimum » de cette motivation. Elle a ainsi refusé d'examiner une question transmise par un juge d'application des peines au motif que « ce jugement ne transmet aucune question prioritaire de constitutionnalité au sens de l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 ». La décision « ordonnait » seulement que la question soit transmise à la Cour de cassation, sans autres précisions et sans aucune motivation (Cass. crim. 28 avril 2011, no 11-90 014).

B) L'impossibilité de modifier la question posée

Le juge de la recevabilité peut-il modifier la question posée par les parties ? En principe, non. La loi organique impose, pour les deux niveaux de filtrage, que la décision soit accompagnée « des mémoires et des conclusions des parties ». La décision du Conseil constitutionnel se fonde, en pratique, sur ces documents et non sur la décision de

transmission. Cela posé, la Cour de cassation admet que la question soit reformulée simplement « pour la rendre plus claire » (Ass. plén. 20 mai 2011, no 11-90 033). En revanche, le juge ne peut en aucun cas modifier « l'objet et la portée » de la question. Dans le même esprit, le Conseil d'État estime qu'il doit se prononcer sur le renvoi de la question « telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, quelle que soit l'interprétation que cette juridiction en a donnée dans sa décision de transmission » (CE 24 sept. 2010, no 341685). Autrement dit, il n'est jamais lié par l'appréciation faite par les premiers juges. D'une manière générale, cette jurisprudence se justifie par la nécessité de conserver un lien direct entre le justiciable et le Conseil constitutionnel : si chacun des juges du filtre pouvait modifier et corriger trop largement la question, il est bien évident que la QPC transmise au Conseil serait radicalement différente de la QPC posée initialement. En quelque sorte, le juge constitutionnel se prononcerait sur un problème de droit posé par un juge, et non sur une question soulevée par un justiciable.

C) Le sursis à statuer

Fort logiquement, la décision de transmettre une QPC s'accompagne d'un sursis à statuer : le juge doit suspendre le procès en attendant la réponse du Conseil constitutionnel. L'instance reprendra ensuite son cours normal dès lors que le juge constitutionnel aura « vidé » la question de constitutionnalité.

Il existe cependant trois exceptions (article 23-3 pour le premier filtre et 23-5 pour le second filtre) :

- d'abord en matière pénale : en effet, le juge du premier filtre ne sursoit pas à statuer lorsqu'« une personne est privée de liberté en raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ». Ici, la liberté individuelle l'emporte sur le sursis : l'enfermement d'un individu impose de statuer le plus tôt possible, y compris lorsqu'une QPC est posée ;
- ensuite en cas d'urgence : la loi organique prévoit que le juge statue sans attendre s'il est tenu « par un délai déterminé » ou en « cas d'urgence ». En ce sens, la Cour de cassation a estimé que l'hospitalisation d'office d'un individu

commandait de statuer directement (Cass. civ. 1re, 8 avr. 2011, no 10-25 354). Pour le juge administratif, sont notamment concernés les « référés-liberté » et les « référés-suspension ». D'une manière générale, selon le Conseil constitutionnel, cette exception se justifie par l'objectif de « bon fonctionnement de la justice » (CC 2009-595 DC, 3 déc. 2009) ;

- enfin, et de façon plus générale, en cas de « conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie » : d'apparence très large, cette exception est en réalité habituelle en droit processuel. Par exemple, l'article R. 202-5 du Livre des procédures fiscales prévoit que, en cas d'appel, l'exécution provisoire peut être stoppée si « elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Par exemple encore, l'article 64 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que des mesures limitant la diffusion de l'information peuvent être arrêtées « si celles-ci risquent d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Il s'agit simplement d'offrir au juge la possibilité de poursuivre l'instance en cas de circonstances particulières et

lorsque la situation n'est pas gouvernée par les deux premières exceptions (enfermement ou urgence).

Dans un cas particulier, le juge peut sursoir à statuer alors même qu'il n'a pas transmis la question au second filtre : en cas de « questions sérielles ». Il s'agit d'une QPC mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont la Cour de cassation, le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi. Concrètement, le juge doit « attendre » jusqu'à ce qu'il soit informé de la décision du juge supérieur (articles 126-5 du Code de procédure civile, R. 49-26 du Code de procédure pénale et R. 771-6 du Code de justice administrative). Une même faculté est offerte à la Cour de cassation et au Conseil d'État (articles 126-12 du Code de procédure civile, R. 49-33 du Code de procédure pénale et R. 771-18 du Code de justice administrative).

3. Les recours contre la décision

La possibilité d'exercer un recours – appel ou cassation – est aujourd'hui un élément essentiel pour les droits des justiciables. Le mécanisme de la QPC intègre naturellement

une telle possibilité, mais avec une triple limite.

D'abord, un recours est possible uniquement contre les « refus de transmettre » (art. 23-2 de la loi organique). Il faut donc une décision négative. En sens inverse, si la QPC est transmise – ce qui arrive la plupart du temps –, le « défendeur » ne peut, en théorie, contester la décision. À vrai dire, il bénéficiera tout de même d'un nouvel examen de la recevabilité au second niveau de filtrage.

Ensuite, le recours n'est jamais détaché de l'affaire au fond : le justiciable doit contester la décision dans son ensemble, il ne peut isoler la QPC et critiquer exclusivement le refus de transmettre la question. En pratique, il devra accompagner sa déclaration d'appel ou son pourvoi en cassation d'un écrit distinct et motivé visant, précisément, à contester le bien-fondé de la décision de rejet.

Enfin, la possibilité d'exercer un « recours » ne concerne que le premier niveau de filtrage. Au second niveau, aucun recours n'est possible, ce qui pose de réelles difficultés pratiques. À ce sujet, il a été proposé, par exemple, de donner au Conseil constitutionnel la possibilité de demander une « nouvelle délibération » (v. audition de

G. Carcassonne, rapport d'information no 2838, présenté par J.-L. Warsmann, AN, 5 oct. 2010). Pour l'instant, aucune proposition en ce sens n'a été retenue, et il semblerait que les réformes envisagées sur ce point ne soient plus à l'ordre du jour (v. rapport d'information no 842, présenté par J.-J. Urvoas, AN, 27 mars 2013).

Chapitre II

Le jugement de la QPC

Au terme d'une procédure désormais juridictionnalisée, le jugement de la question de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel mobilise plusieurs méthodes et revêt une autorité particulière.

I. – La procédure de jugement

1. La juridictionnalisation du procès constitutionnel

La juridictionnalisation du procès constitutionnel découle d'une obligation européenne contenue par le Parlement et

se concrétise par la mise en œuvre de principes classiques, néanmoins adaptés aux spécificités du contentieux constitutionnel.

A) Une obligation européenne contenue par le Parlement

a) La contrainte européenne

Les débats lors de l'instauration de la QPC étaient animés d'une idée constante : appelé à intervenir au cours d'un litige, le Conseil constitutionnel doit désormais respecter les règles du procès équitable façonnées par une jurisprudence foisonnante de la Cour européenne des droits de l'homme.

Aussi banale que soit cette affirmation, la juridictionnalisation de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel en QPC n'en constitue pas moins une petite révolution. Depuis 1958, le contrôle *a priori* exercé avant la promulgation de la loi n'est pas soumis aux règles du procès équitable, car le Conseil se prononce sur un texte qui, par définition, n'est pas encore appliqué à un justiciable au cours d'un litige. Néanmoins, l'analyse des

délibérations du Conseil constitutionnel démontre que l'alternance politique de 1981 a servi de révélateur pour l'institution et ses membres, soucieux de s'implanter durablement dans le système institutionnel (B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2013). À ce titre, le président Daniel Mayer initia en 1983 la publication des saisines au *Journal officiel*, avant que le contradictoire avec le gouvernement ne soit progressivement instauré.

En dépit de ces signes d'ouverture, la procédure *a priori* restait secrète dans son déroulement et étrangère au champ d'application des règles du procès équitable comme la Cour européenne des droits de l'homme l'avait d'ailleurs clairement affirmé (CEDH, 21 oct. 1997, Pierre-Bloch c/France, no 24194/94 ; CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/Espagne, no 12952/87). En revanche, de jurisprudence constante, la Cour estime que les procédures préjudicielles devant les juridictions constitutionnelles relèvent du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention, dès lors que le juge se prononce sur des droits et obligations de caractère civil ou une accusation en matière pénale. Or, en vertu de l'interprétation autonome

et constructive de ces notions, il ne faisait aucun doute que l'ensemble des QPC jugées par le Conseil constitutionnel devait se soumettre aux exigences du procès équitable. D'ailleurs, cet argument du nécessaire respect de la jurisprudence européenne, et à défaut du risque de condamnation, fut omniprésent lors de l'établissement du mécanisme de la QPC, bien que les principes classiques du droit français rejoignent également cette solution.

b) La retenue parlementaire

Confronté à cette nécessité européenne de juridictionnaliser la procédure d'examen des QPC, le Parlement n'a pas fait preuve, pour autant, d'excès de zèle. Au contraire, il a de toute évidence contenu ce mouvement. En plongeant leurs plumes dans l'encre du passé, les parlementaires ont produit les textes sur la QPC sans se détacher des vieux démons qui hantent le droit public français depuis la Révolution et drainent une méfiance à l'égard des juges. Au sortir du légicentrisme exacerbé sous la III^e et la IV^e République, la création du Conseil constitutionnel en 1958 témoignait d'une grande prudence dont le pouvoir constituant dérivé en 2008 ne s'est pas complètement extirpé.

Le signe le plus marquant de la retenue parlementaire est, sans aucun doute, le rejet par l'Assemblée nationale d'un amendement voté par le Sénat en première lecture visant à modifier la dénomination du Conseil constitutionnel en « Cour constitutionnelle ». La finalité de cette proposition était de « mettre le droit en accord avec le fait » selon l'auteur de l'amendement, l'ancien président du Conseil constitutionnel Robert Badinter (séance du 24 juin 2008, *JO*, Sénat, p. 3342). Les députés ne suivront pas les sénateurs en invoquant, de manière peu convaincante, l'inutilité d'un changement de dénomination. En réalité, le Parlement a souhaité maintenir un certain rapport d'autorité sur le Conseil constitutionnel en ne décuplant pas les effets de la QPC par la consécration solennelle d'une « Cour constitutionnelle ». De même, le refus en 2008 de mettre fin à la présence des anciens présidents de la République en tant que membres de droit illustre parfaitement le maintien de l'ambiguïté sur la nature du Conseil constitutionnel, en dépit de la juridictionnalisation de la procédure d'examen des QPC.

Au final, les articles 23-10 et 23-11 de la loi organique ont laissé au Conseil constitutionnel le champ libre pour concrétiser les principes sobrement affirmés du caractère

contradictoire et public de la procédure et de l'exigence de motivation des décisions. En renvoyant au règlement intérieur du Conseil constitutionnel le soin de déterminer les modalités précises de la procédure d'examen des QPC, le législateur organique a souhaité préserver l'indépendance d'un pouvoir public constitutionnel.

B) Des garanties classiques adaptées au contentieux constitutionnel

Appelé à déterminer les modalités procédurales de l'ouverture au contrôle de constitutionnalité des lois promulguées, le Conseil constitutionnel a fait preuve de pragmatisme, à travers trois objectifs qui apparaissent en creux dans le règlement intérieur « sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité » adopté le 4 février 2010.

a) L'objectif de mimétisme. – Premier objectif avéré : le mimétisme avec la procédure judiciaire et administrative. Sauf à jouer imprudemment à l'alchimiste, le Conseil constitutionnel ne pouvait faire preuve d'une excessive originalité et se devait, au contraire, de suivre des principes rodés, validés par l'expérience et imposés par la

jurisprudence européenne. D'autant qu'il s'agissait parallèlement d'un moyen de légitimation pour l'institution : en se rapprochant au plus près du fonctionnement d'une juridiction authentique, le Conseil et sa jurisprudence seraient d'autant plus connus et reconnus par les justiciables, les avocats et les juges chargés du filtrage des QPC. Ainsi, les phases du procès constitutionnel sont parfaitement semblables à un procès ordinaire, avec notamment les services d'un greffe, le recours obligatoire à un avocat – à un avocat aux conseils si le litige principal l'impose –, un échange contradictoire entre les parties, la désignation d'un rapporteur par le président du Conseil constitutionnel, une audience publique avec plaidoiries d'avocats, avant la publication de la décision. Ce mimétisme est aussi une source commode pour le Conseil constitutionnel lorsque celui-ci est confronté à une difficulté pratique que les textes ne permettent pas de surmonter. Par exemple, face au dépôt en séance d'une note en délibéré, le Conseil constitutionnel a puisé dans les règles du contentieux administratif pour décider d'une éventuelle réouverture de l'instruction (CC 2011-200 QPC, 2 déc. 2011, v. M. Guillaume, *Question prioritaire de constitutionnalité*, Rép. Dalloz, Cont. adm., nos 203 sq.).

b) L'objectif de modernisation. – La deuxième démarche qui a animé le Conseil constitutionnel est sans nul doute la modernisation. Prenant pleinement la mesure des enjeux de communication externe comme condition de réussite de l'implantation de la QPC, le Conseil constitutionnel a placé son règlement intérieur et sa procédure sous le signe de la dématérialisation. Le contradictoire se déroule sauf exception par échange de courriers électroniques, réduisant ainsi les délais de réponse des parties et de jugement du Conseil constitutionnel qui n'a que trois mois pour statuer. Au demeurant, ces commodités participent à la réduction du délai moyen de jugement constaté en pratique, qui se situe autour de deux mois. La mise en œuvre du principe de publicité est accrue par la mise à disposition des vidéos des audiences QPC sur le site Internet du Conseil constitutionnel, quelques heures seulement après son déroulement. Unique ou presque au monde, cette volonté de la justice constitutionnelle de se dévoiler au grand public rejoint la multiplication des signes de transparence ces dernières années. Ainsi, depuis 2008, les délibérations du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire le procès-verbal retraçant les échanges entre les membres au moment de la prise de décision, sont accessibles vingt-cinq ans et non plus cinquante ans après. De même, le Conseil

constitutionnel diffuse sur son site Internet désormais rénové et complet toutes les informations utiles à la compréhension et à la pratique de la QPC. Avec notamment la mise à disposition des tables analytiques qui présentent de manière pédagogique l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Récemment, l'institution de la République a même rejoint les réseaux sociaux : le Conseil constitutionnel « twitte » *via* son compte Twitter (@Conseil_constit) et crée régulièrement des événements Facebook !

c) L'objectif d'adaptation. – Troisième trait caractéristique de la juridictionnalisation de la procédure suivie en matière de QPC, le Conseil constitutionnel a été contraint d'accommoder les principes classiques du procès équitable aux spécificités de son office.

Au titre de l'exigence du contradictoire, un double échange d'arguments a lieu entre le justiciable à l'origine du renvoi de la QPC et les autres « parties » à l'instance devant le Conseil constitutionnel (art. 1^{er} du règlement intérieur). Ces parties surgissent seulement devant le Conseil constitutionnel pour défendre un point de vue sur le respect par la loi des droits et libertés constitutionnels.

Concrètement, la défense de la loi est assurée par le Premier ministre dont les représentants plaident devant le Conseil constitutionnel la conformité des dispositions législatives à la Constitution. Cette fonction de défenseur objectif de la loi génère fréquemment des incongruités politiques : au nom de la continuité de l'État, la majorité du moment défend la constitutionnalité d'un texte voté par une majorité précédente... Les spécificités du contradictoire se prolongent au niveau des mesures d'instruction : ne jugeant pas le fond du litige, mais la loi elle-même, c'est au Premier ministre que sont par exemple demandées des statistiques sur la mise en œuvre des dispositions sur la garde à vue ou le fichier national des empreintes génétiques.

Autre spécificité – pour ne pas dire bizarrerie – du procès constitutionnel, l'article 23-8 de la loi organique accorde un droit d'intervention à des institutions politiques sur toutes les QPC renvoyées au Conseil. Ainsi, bien que cette possibilité soit rarement saisie, le président de la République et les présidents des deux assemblées peuvent produire des observations, échanger avec les parties et plaider lors de l'audience.

En revanche, il est plus naturel que les interventions de personnes justifiant d'un « intérêt spécial » soient admises. Tolérée par la pratique puis expressément prévue par l'article 6 du règlement intérieur depuis sa révision du 21 juin 2011, l'intervention devant le Conseil constitutionnel est intensément sollicitée, ce qui se comprend tant la perspective de l'abrogation d'une disposition législative affecte les intérêts les plus divers. En pratique, le Conseil constitutionnel apprécie au cas par cas et ne fait pas preuve d'une excessive rigidité à l'égard des personnes morales, de droit privé comme de droit public, qui souhaitent intervenir et éventuellement produire une plaidoirie orale à l'audience. Il est vrai que, par exemple, la Française des jeux avait tout intérêt à intervenir pour défendre le monopole dont elle dispose (CC 2010-55 QPC, 18 oct. 2010), de même que plusieurs départements ont souhaité appuyer les QPC visant les lois leur transférant la compétence de délivrer de nouvelles prestations sociales (CC 2011-142/145 QPC, 30 juin 2011). En revanche, le Conseil constitutionnel est plus sévère à l'égard des demandes d'intervention des personnes physiques, ne souhaitant certainement pas que son office se transforme en tribunal des affaires privées. Si des candidats au recueil des parrainages à l'élection

présidentielle ont pu intervenir à l'appui de la QPC formée par Marine Le Pen, contre le principe législatif de publicité des 500 signatures (CC 2012-233 QPC, 21 févr. 2012), à l'inverse, des maires agissant à titre individuel n'ont pas été recevables à intervenir sur l'absence de clause de conscience de l'officier d'état civil s'agissant du mariage de personnes de même sexe (CC 2013-353 QPC, 18 oct. 2013). Une même solution fut opposée à José Bové en réponse à sa demande d'intervention dans l'affaire du gaz de schiste (CC 2013-346 QPC, 11 oct. 2013).

Au titre de l'exigence de publicité et d'oralité, le déroulement de l'audience au Conseil constitutionnel, prévu par l'article 10 du règlement intérieur, peut surprendre à première vue en raison du silence des membres qui ne peuvent interroger les parties, bien que des évolutions en la matière soient envisagées. Cependant, l'oralité au profit des parties est plutôt développée devant le Conseil constitutionnel, au regard des pratiques constatées devant les autres cours constitutionnelles des États européens. Satisfaisant pour le justiciable et utile pour la connaissance des membres du Conseil, ce choix d'ouverture permet de donner une visibilité aux arguments en présence à l'attention de l'auditoire des décisions du

Conseil constitutionnel.

2. Les imperfections du procès constitutionnel

Le mouvement de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel est amorcé, mais clairement incomplet. La juridictionnalisation du Conseil présente pourtant un enjeu fondamental, celui de la légitimité, de l'autorité et par voie de conséquence de la visibilité de l'institution auprès des avocats, dans leur choix de poser une QPC, et des juges judiciaires et administratifs à qui revient le soin de filtrer les questions.

A) Les réformes urgentes

Le principal front de réforme à envisager concerne les règles de composition et de nomination des membres, question qui offre une parfaite illustration des tensions entre le droit et la pratique. En droit, les anciens présidents de la République peuvent siéger à vie au Conseil constitutionnel, et aucune qualité particulière n'est exigée pour les neuf membres nommés par tiers tous les trois ans

par le président de la République, le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale. En pratique, aucun ancien président ne siège actuellement lors des audiences QPC, bien que cela ait été le cas par le passé en ce qui concerne Jacques Chirac et Nicolas Sarkozy. De même, en pratique, les autorités politiques prennent en compte, la plupart du temps, l'expérience juridique avant de proposer une nomination. Néanmoins, une pratique rassurante ne saurait combler une règle lacunaire... Afin de prévenir tout risque d'errance de la pratique, il est impérieux de mettre fin à la présence des membres de droit et de graver dans le marbre juridique les garanties mettant à l'abri de tout soupçon les nominations des membres du Conseil. Bien que comparaison ne soit pas raison, il est sur ce point saisissant de constater que tous les États européens prévoient des exigences professionnelles particulières pour accéder au mandat de juge constitutionnel, et que les assemblées législatives sont systématiquement habilitées à décider des nominations. La France a timidement enclenché une démarche en ce sens depuis 2008, en permettant à des commissions parlementaires, et non à l'ensemble des députés et sénateurs en séance, de s'opposer à la proposition de nomination des trois autorités politiques par un vote à la majorité des 3/5.

En mettant fin au profil souvent politique des membres nommés au Conseil constitutionnel, l'institution rehausserait dans le même temps son niveau de respect des principes d'impartialité et d'égalité des armes sur lesquels la Cour européenne des droits de l'homme veille scrupuleusement. En effet, par l'exercice antérieur de responsabilités politiques, un membre pourra être fréquemment accusé de violer l'impartialité objective qui impose de ne pas donner au justiciable l'apparence que son cas est apprécié avec un sentiment préétabli. Anciens ministres, parlementaires, membre de cabinets, élus locaux : les illustrations ne manquent pas. Certes, un membre peut, lors de la phase d'instruction, décider de se déporter volontairement et, à défaut, le règlement intérieur permet aux parties de demander la récusation d'un membre dont le cas est tranché en dernier lieu par le Conseil constitutionnel. De plus, l'article 4 du règlement intérieur prévoit que le seul fait pour un membre d'avoir participé à l'élaboration de la loi n'est pas en soi une cause de récusation. La Cour européenne des droits de l'homme adopte sur ce point un raisonnement plutôt concret et porte une appréciation au cas par cas d'une éventuelle violation du principe d'impartialité. En particulier, il faut que le membre ait activement participé à l'élaboration de la

loi, et sa présence au délibéré doit causer un préjudice aux intérêts du justiciable. Le risque d'une condamnation devant les juges de Strasbourg est par conséquent réduit, d'autant qu'il faut respecter le principe de l'épuisement des voies de recours internes, ce qui, semble-t-il, suppose d'avoir sollicité la récusation du membre en question.

Au-delà du pronostic de ce que pourrait trancher un jour la Cour de Strasbourg, le profil politique de la majorité des membres du Conseil constitutionnel affecte dès à présent la légitimité de la jurisprudence constitutionnelle et la confiance dans l'institution. Et ce, quelle que soit la conduite effectivement tenue par ces membres. En exigeant des qualités spécifiques des membres nommés, par exemple plusieurs années d'exercice d'une profession juridique ou administrative, les risques de partialité ne seraient pas annihilés – un avocat ou un professeur de droit membre du Conseil constitutionnel peut avoir pris position sur le texte contrôlé –, mais seraient fortement réduits en plus de rehausser le crédit de l'institution.

B) Les améliorations nécessaires

La juridictionnalisation complète du Conseil

constitutionnel passera forcément par la suppression du droit d'intervention du président de la République et des présidents des assemblées parlementaires, ainsi que par une amélioration de l'accès effectif au prétoire de la rue de Montpensier, notamment grâce à une augmentation de la majoration de l'aide juridictionnelle en matière de QPC. Surtout, le double niveau de filtrage entrave l'accès à la garantie des droits et libertés constitutionnels. L'obstacle fut dressé par le législateur organique, au nom d'une certaine défiance à l'égard des juges du fond et du problème mal posé du risque d'encombrement du Conseil constitutionnel en cas de saisine directe par l'ensemble des juridictions. Mal posé, car il suffirait, comme en Belgique, d'une procédure simplifiée devant le Conseil constitutionnel permettant de rejeter les questions manifestement infondées et d'augmenter par ailleurs le nombre de membres, ainsi que les effectifs du service juridique, pour endiguer le flux des QPC.

C) Les réformes débattues

De nombreuses propositions alimentent régulièrement le débat sur la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel sans parvenir à renverser pour l'instant les vents contraires

qui freinent leur consécration. Il en va ainsi des opinions dissidentes qui permettent à un membre d'une juridiction de publier son avis d'opposant au sens de la décision. Élément de maturation de la justice constitutionnelle et d'enrichissement du débat public et juridictionnel, les opinions dissidentes heurtent la tradition française soucieuse de préserver l'autorité de la décision rendue en masquant les divergences éventuelles. De même, le délai de trois mois assigné au Conseil constitutionnel permet à la QPC de bénéficier d'un traitement rapide, mais réduit aussi le temps de confection de la jurisprudence : expéditives plus que mijotées, les décisions rendues sont souvent critiquées pour leur motivation défailante, bien qu'il s'agisse également d'un choix de privilégier « l'autorité du silence » (F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013).

II. – Les méthodes de jugement

En apparence technique, la question des méthodes de jugement est en réalité en prise directe avec ce qui constitue la finalité de la QPC, c'est-à-dire la protection des droits et libertés. Or, il est souvent reproché au Conseil constitutionnel d'avoir suivi trop fidèlement le sillon du contrôle *a priori*, en exerçant un contrôle essentiellement abstrait, bien qu'il puisse user en QPC d'une palette de techniques juridictionnelles particulièrement fournie.

1. La nature essentiellement abstraite du contrôle

A) Les choix de l'abstraction

Le constituant, le législateur organique et le Conseil constitutionnel ont choisi de s'appuyer sur des méthodes connues et rodées depuis cinquante ans, bien que, sur le plan des principes, la réforme de la QPC mettait fin à l'immunité constitutionnelle des lois promulguées. Au moment de tourner – ou plutôt déchirer ? – cette page de l'histoire constitutionnelle française, les esprits réformateurs avaient besoin de rassurer les esprits inquiets des conséquences d'une révolution juridique. Il est vrai que

la vaste révision constitutionnelle de 2008, en particulier à l'origine de la QPC, n'a été adoptée qu'à une voix près, et il aurait été contre-productif de faire table rase du passé.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel exerce par définition un contrôle sur le texte de loi pris abstraitement, sur les mots de la loi en tant que tels et non en tant qu'ils sont mis en œuvre à l'occasion d'un litige. Abstrait, ce contrôle est aussi objectif en ce qu'il est déclenché par voie d'action par des autorités publiques afin que, dans un but d'intérêt général, le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la loi.

Dans le cadre de la QPC, le contrôle opéré est finalement similaire en raison des modalités décidées par le pouvoir politique et le Conseil constitutionnel lui-même. Ainsi, en conférant un effet abrogatif aux décisions de non-conformité tout en imposant que le Conseil constitutionnel soit saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, et non directement par le justiciable, l'article 61-1 de la Constitution lançait un mouvement amplifié par le législateur organique. En effet, la loi organique du 10 décembre 2009 ajoute un niveau supplémentaire de

filtrage authentique devant les juges du fond, tout en créant un chemin processuel autonome pour la QPC, détaché du litige de fond dont le déroulement est par principe suspendu dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel. De même, l'intervention de droit du président de la République et des présidents des assemblées devant le Conseil constitutionnel alimente l'image de la QPC en tant que moyen objectif permettant de purger le droit des lois inconstitutionnelles, dans l'intérêt de tous et pas seulement d'une partie dans un litige. Dans le même sens, la QPC est présentée dans un mémoire distinct, séparé des questions de fond traitées par le juge judiciaire et administratif, et le renvoi du Conseil constitutionnel n'est pas annulé en cas d'extinction de l'instance au fond (art. 23-9 de la loi organique).

Telle une écluse permettant au Conseil constitutionnel de passer sans heurts d'un niveau de la vie juridique à un autre, la QPC est donc finalement proche du contrôle *a priori* – dans son mode de jugement – bien qu'elle en soit au départ éloignée par l'objet du contrôle qui porte sur les lois promulguées. D'autant que le Conseil constitutionnel a ouvertement prolongé ce mouvement. Par exemple, en acceptant de soulever d'office un nouveau grief que les

parties n'auraient pas invoqué, illustrant le rôle de défenseur objectif du respect de la Constitution par-delà les intérêts des seules parties. Le caractère abstrait du contrôle exercé ressort également du refus de connaître à nouveau, sauf changement de circonstances, d'une disposition législative antérieurement validée, dans l'hypothèse où le justiciable invoque un moyen qui n'avait pas été expressément relevé par le Conseil : une disposition législative déclarée conforme à la Constitution est réputée l'avoir été au regard de l'ensemble des droits et libertés constitutionnels et peu importe l'intérêt spécifique en cause d'un justiciable (CC 2010-9 QPC, 2 juill. 2010).

B) *Les nuances concrètes*

Les catégories juridiques étant la plupart du temps suffisamment souples pour tolérer en leur sein le nuancier des situations juridiques, le caractère essentiellement abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel en QPC est compensé par plusieurs éléments concrets.

Le lien avec le litige au fond est une condition de recevabilité de la question qui peut porter également sur l'interprétation constante des cours suprêmes des ordres

juridictionnels judiciaires et administratifs, et pas seulement sur les mots du texte de loi. De même, le réexamen de la loi validée antérieurement en cas de changement de circonstances, et en particulier de circonstances de fait, démontre que le Conseil constitutionnel n'est pas « débranché » de la réalité juridique et factuelle. Il en est d'ailleurs parfois l'esclave lorsqu'il est saisi de questions particulièrement sensibles sur le plan politique et social et qu'il exerce son office avec prudence et retenue.

De manière générale, les considérations de fait, par exemple le bilan de l'application effective de la loi examinée, figurent régulièrement dans les motifs des décisions QPC. L'illustration la plus fameuse est sans conteste la banalisation de la pratique de la garde à vue qui conduit le Conseil à censurer l'absence de garanties suffisantes des droits individuels (CC 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010). Le Conseil constitutionnel se connecte également aux faits et à la vie juridique réelle lorsqu'il précise les conditions de l'abrogation de la loi déclarée non conforme.

L'office abstrait du Conseil constitutionnel est donc ponctué de portions concrètes et factuelles qui rendent

l'ensemble proche du contrôle *a priori* tout en étant en prise avec les réalités de la vie juridique. Dans les États européens voisins de la France, l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* suit globalement une logique équivalente. Il faudrait cependant affiner la comparaison, car en Espagne ou en Allemagne, par exemple, les justiciables bénéficient parallèlement d'un recours direct destiné à protéger les droits et libertés contre tout acte juridique. Les intérêts subjectifs du justiciable sont alors défendus en tant que tels par les juges constitutionnels.

2. Les techniques juridictionnelles utilisées

Au sein du magma des techniques juridictionnelles utilisées par le Conseil constitutionnel, dont l'origine doit être précisée, trois opérations émergent : l'autonomisation de notions constitutionnelles par le pouvoir d'interprétation, le travail de conciliation et l'échelle d'intensité du contrôle exercé sur la loi.

A) *L'origine diverse des techniques*

juridictionnelles

Le Conseil constitutionnel, à l'instar de tout juge constitutionnel, doit constamment jouer les funambules. Sur le fil de son parcours institutionnel, il est en permanence en prise avec des vents contraires, et l'équilibre de sa jurisprudence tient à l'utilisation rationnelle de ses techniques juridictionnelles. La question des techniques juridictionnelles révèle en effet la réalité de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois. L'effectivité des droits et libertés proclamés en dépend, car un juge constitutionnel aussi accessible soit-il ne sera pas utile au justiciable si les modalités de son contrôle se révèlent inadaptées et incomplètes. Les contours de la démocratie et de la séparation des pouvoirs en dépendent également, car, selon la puissance que le juge s'accorde dans le choix et l'utilisation des techniques juridictionnelles, le jugement de la loi votée par les élus du peuple sera selon les cas défendu, accepté, toléré ou vilipendé.

Ces techniques juridictionnelles, le Conseil constitutionnel les a transplantées depuis les champs juridiques qui l'entouraient. En particulier, les modes de raisonnement du

Le juge administratif ont grandement influencé le contentieux constitutionnel des lois, peut-être en raison de la proximité personnelle et géographique du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, plus certainement en raison des liens étroits entre l'« excès de pouvoir administratif et l'excès de pouvoir législatif » (G. Vedel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, no 1 et no 2, 1996). De même, le rapprochement avec plusieurs techniques juridictionnelles utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme est cohérent, au regard de la nature des normes de référence qui touchent dans les deux cas aux droits et libertés. Surtout, le Conseil constitutionnel a souhaité assurer une continuité entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*, donnant ainsi aux techniques juridictionnelles utilisées en QPC un air de « déjà-vu ».

Cependant, le Conseil constitutionnel ne pouvait se contenter de retranscrire passivement l'existant. Au regard du contentieux administratif et du recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, les spécificités de l'office du Conseil constitutionnel en QPC sont évidentes puisqu'il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité des lois exercé de manière plutôt abstraite au regard des droits et libertés constitutionnels.

B) Les notions constitutionnelles autonomes

Le Conseil constitutionnel utilise son pouvoir d'interprétation pour ériger des notions constitutionnelles autonomes qui commanderont l'application d'un régime juridique spécifique. Par exemple, le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789, duquel découlent notamment la non-rétroactivité de la loi pénale et le principe de clarté et de précision de la loi pénale, a été étendu aux « sanctions ayant le caractère de punition ». Grâce à cette notion constitutionnelle autonome, le Conseil constitutionnel intègre dans le giron de l'article 8 l'ensemble des mesures punitives de droit public et de droit privé, quelle que soit la nature de l'autorité qui prononce cette mesure (sur les sanctions punitives prononcées par un juge civil, CC 2010-85 QPC, 13 janv. 2011). La notion de « sanctions ayant le caractère de punition » est donc une notion constitutionnelle détachée des qualifications préexistantes, dont les contours sont interprétés par le Conseil constitutionnel et qui reçoit en retour le régime juridique de l'article 8 de la Déclaration tel que façonné par la jurisprudence constitutionnelle. Autre illustration, la distinction entre privation du droit de

propriété, relevant de l'article 17 de la Déclaration, et limitation du droit de propriété, relevant de l'article 2 de la Déclaration, est affinée par le Conseil constitutionnel au fil de ses décisions sans qu'il soit tenu de respecter absolument les catégories adoptées en droit civil (à propos du mur mitoyen, CC 2010-60 QPC, 12 nov. 2010).

Deux précisions s'imposent à propos des notions constitutionnelles autonomes, dont la logique est proche de celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme.

D'une part, l'intérêt d'une telle démarche transversale pour le Conseil constitutionnel est de garantir l'application la plus uniforme possible des droits et libertés constitutionnels, par-delà les distinctions académiques entre les différentes branches du droit. Que l'on soit en droit pénal, douanier, fiscal, électoral ou civil, dès lors qu'un justiciable est soumis à une sanction punitive celle-ci se doit d'être claire, précise, et ne pas s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la règle. De la même manière, le régime constitutionnel de la liberté d'entreprendre sera identique selon que le Conseil constitutionnel examine un texte de droit du travail

(CC 2012-242 QPC, 14 mai 2012 à propos du licenciement des salariés protégés), de droit de la santé publique (CC 2011-132 QPC, 20 mai 2011 à propos des conditions d'exploitation d'un débit de boissons), de droit des transports (CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013 à propos des motos taxis), etc. Ainsi, le contentieux QPC reste centré sur la protection des droits et libertés constitutionnels, seuls invocables devant le juge du filtrage ; il incite le Conseil constitutionnel à autonomiser ces modes de contrôle afin d'unifier l'application de la Constitution.

D'autre part, le caractère autonome des notions constitutionnelles, et des régimes juridiques qui s'y attachent, ne signifie pas que le Conseil constitutionnel ignore totalement les caractéristiques et spécificités de chacune des branches du droit, et ce, au moins pour deux raisons. Première raison, le Conseil construit les notions autonomes en s'inspirant des solutions préexistantes du droit privé et du droit public, en restant connecté autant que possible aux réalités de chaque matière juridique. Ni impérialiste ni scribe, le Conseil constitutionnel forge des instruments de protection polyvalents, tels des « clefs passe-partout » permettant d'ouvrir aux droits et libertés

constitutionnels l'ensemble des portes juridiques. Seconde raison, les notions autonomes ont une incidence sur l'applicabilité d'une disposition constitutionnelle et du régime juridique qui en relève, sans que cela signifie un alignement intégral des modalités de contrôle, quel que soit le domaine concerné. L'article 8 de la Déclaration est applicable aux sanctions punitives prononcées par le juge pénal comme par les supérieurs hiérarchiques des agents publics ; le droit au respect de la vie privée et familiale est applicable aux nationaux comme aux étrangers. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'exige pas du législateur un niveau de protection strictement identique entre la matière pénale et le droit de la fonction publique, entre les nationaux et les étrangers. Au contraire, le Conseil opère un travail de conciliation et de modulation de l'intensité de son contrôle, s'adaptant ainsi aux spécificités des situations juridiques et des matières concernées.

C) La conciliation permanente

Le Conseil constitutionnel pratique constamment une conciliation entre, d'une part, le ou les droits et libertés constitutionnels dont la violation est invoquée, et, d'autre part, les impératifs de la vie en société comme l'intérêt

général ou l'ordre public, ainsi que les autres droits et libertés constitutionnels. Dès l'énoncé du régime juridique des droits et libertés, l'impératif de conciliation apparaît dans la feuille de route constitutionnelle adressée au législateur. Le Conseil constitutionnel juge la conciliation opérée par la disposition législative examinée, en refaisant lui-même le chemin de la conciliation et en l'appréciant en fonction des données de l'espèce.

Par exemple, à propos de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel estime de jurisprudence constante qu'il est « loisible » au législateur d'y apporter « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». De même, appelé à se prononcer sur le régime légal de l'hospitalisation sans consentement, le juge constitutionnel relève « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » (CC 2010-71 QPC,

26 nov. 2010) parmi lesquels la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et la liberté individuelle.

Les motifs d'intérêt général, d'ordre public et les objectifs poursuivis sont rarement en soi contraires à la Constitution, et le Conseil constitutionnel ne fait que les identifier grâce à la volonté exprimée par le législateur dans les travaux parlementaires et le contenu du texte de loi. Effet boomerang, ces motifs et objectifs sont en retour utilisés pour s'assurer de la cohérence interne du dispositif. Par exemple, en matière d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel s'assure que les motifs d'intérêt général ou la différence de situation à l'origine d'une différence de traitement sont en rapport direct avec l'objet de la loi. Ce qui n'était, par exemple, pas le cas de la dualité de régime du carnet de circulation des gens du voyage, fondée sur le caractère régulier ou non de leurs ressources financières (CC 2012-279 QPC, 5 oct. 2012).

Ainsi, la conciliation opérée par le législateur est pesée par le Conseil constitutionnel au cas par cas, en fonction des données de l'espèce, du titulaire du droit, des conditions d'application et des garanties entourant la limitation du droit ou de la liberté en question. Il est donc vain de

vouloir déceler une hiérarchie normative et rigide entre les droits et libertés constitutionnels. Relatifs et contingents, les rapports entre les droits et libertés sont rediscutés à chaque décision du Conseil constitutionnel. S'il est vrai que certains droits et libertés bénéficient d'une situation globalement plus favorable, à vrai dire, il n'existe aucune systématicité et les décisions du Conseil dépendent toujours des circonstances propres à chaque situation. Ainsi, la dignité et la liberté individuelle sont bien évidemment protégées de manière plus importante que le droit à l'emploi. Mais cela ne signifie pas que le droit au respect de la dignité de la personne humaine soit absolu, comme l'illustrent la validation de l'obligation de prélèvement des empreintes génétiques au nom de la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions (CC 2010-25 QPC, 16 sept. 2010).

D) La modulation de l'intensité du contrôle

La question de la modulation de l'intensité du contrôle est un élément clef de la compréhension des techniques juridictionnelles du Conseil constitutionnel.

Au bas de l'échelle, la marge d'appréciation du législateur est aussi étendue que l'appréciation du Conseil est restreinte. Ces hypothèses se signalent par l'emploi d'une formule de bienséance à l'égard du législateur qui signifie, tel un totem antigouvernement des juges, le renoncement du juge à s'immiscer dans le politique : « Considérant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur. » Dès lors qu'il est confronté au domaine éthique ou à des « piliers » du droit de la famille, le Conseil constitutionnel présente ce totem et se contente de valider la loi, sans motiver avec précision, à l'instar des décisions sur l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe (CC 2010-92 QPC, 28 janv. 2011), l'identification génétique *post mortem* (CC 2011-173 QPC, 30 sept. 2011) ou le don de sang de cordon (CC 2012-249 QPC, 16 mai 2012). Le juge constitutionnel renonce ainsi à porter une quelconque appréciation sur les principes généraux du choix politique inscrit dans la loi, hormis pour censurer à la marge certains détails. Ce faisant, il suscite les regrets des opposants politiques à ce choix, tout en recevant l'approbation des craintifs du gouvernement des juges.

En gravissant un échelon, l'intensité du contrôle reste faible, mais le Conseil constitutionnel affirme tout de même un certain niveau d'encadrement. C'est particulièrement le cas lorsqu'il doit apprécier des choix régaliens, de nature fiscale, pénale ou électorale (v. respectivement : CC 2010-28 QPC, 17 sept. 2010 ; 2010-66 QPC, 26 nov. 2010 ; 2011-204 QPC, 9 déc. 2011 ; 2013-341 QPC, 27 sept. 2013 ; 2013-326 QPC, 5 juill. 2013). Dans ces hypothèses, l'absence de pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement est rappelée, mais il incombe cependant au Conseil constitutionnel de s'assurer par exemple « que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » ou « de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

Au troisième niveau, la vue du Conseil constitutionnel se dégage quelque peu. Il exerce alors son contrôle le plus classique en vérifiant : que les limitations à tel droit ou liberté sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ou qu'aucune exigence constitutionnelle n'est manifestement affectée, que le texte ne prive pas de garanties légales des exigences

de caractère constitutionnel, ou encore qu'un droit ou une liberté n'est pas « dénaturée » en raison des limitations apportées à son exercice. Au-delà de la proclamation des feuilles de route à l'attention du législateur, dans les considérants de principe rappelant les normes de référence applicables, il est évident que le degré d'intensité du contrôle s'ajustera en fonction du domaine concerné, du droit ou de la liberté affecté et des garanties prévues.

Enfin, l'intensité du contrôle atteint son niveau le plus élevé lorsque le Conseil constitutionnel exerce un « triple test de proportionnalité ». En vertu de ce test, les limitations apportées par la loi à l'exercice d'un droit ou d'une liberté doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Ce n'est pas un hasard si la formulation explicite de ce triple test est apparue lors de l'examen d'un texte extrêmement liberticide, à savoir la loi sur la rétention de sûreté (CC 2008-562 DC, 21 févr. 2008). Cependant, le triple test est réservé à certains droits et libertés seulement, comme la liberté individuelle ou la liberté d'expression et de communication (CC 2010-71 QPC, 26 nov. 2010), avant probablement d'être étendu à de nouvelles zones du bloc de constitutionnalité (à propos du droit au respect de

la vie privée en matière de données personnelles, CC 2012-652 DC, 22 mars 2012).

III. – L'autorité du jugement

Une fois saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel peut adopter quatre types de décisions, si l'on excepte les rares cas de renvoi préjudiciel à la CJUE, et ce, dans des proportions globalement constantes depuis l'entrée en vigueur de la QPC. Les hypothèses de non-lieu à statuer, pour une question de procédure ou de forme, concernent environ 6 % des décisions. Dans 55 % des cas, le Conseil constitutionnel conclut à la conformité de la disposition législative examinée. Il émet, par ailleurs, des réserves d'interprétation dans les décisions de conformité sous réserve (13 %). Enfin, 26 % des jugements QPC aboutissent au constat de non-conformité totale ou partielle du texte objet de la QPC.

Dans toutes ces hypothèses, la décision du Conseil constitutionnel revêt un caractère obligatoire, tout en

s'adaptant aux circonstances, en fonction des intérêts du justiciable, de la sécurité juridique et des considérations d'intérêt général.

1. Le caractère obligatoire de la décision

L'article 62 de la Constitution indique brièvement que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Brièveté ne rimaient pas toujours avec clarté, en l'absence de réelle précision dans les textes organiques, le sens conféré à l'article 62 de la Constitution dévoile un schéma complexe sur l'étendue de la chose jugée et les possibilités de la contourner indirectement.

A) L'étendue de la chose jugée

L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel est généralement assimilée à la force de « chose jugée », en dépit des spécificités du procès constitutionnel qui empêchent une assimilation complète

avec la « chose jugée » au sens du procès civil ou administratif.

a) Les composantes de la chose jugée. – Concernant les éléments inclus dans le giron de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, il ne fait aucun doute que le dispositif et les « motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même » bénéficient de l'autorité de l'article 62 de la Constitution (CC 62-18 L, 16 janv. 1962). Dans le dispositif, le Conseil constitutionnel indique si la disposition législative examinée est conforme, conforme sous réserve ou non conforme et de ce fait abrogée. Les conditions de mise en œuvre de la décision d'abrogation figurent également au dispositif. Dans les motifs inséparables du dispositif se trouve notamment le contenu exact des réserves d'interprétation, qui énoncent les conditions dans lesquelles le texte doit être interprété et appliqué pour que soient préservés les droits et libertés constitutionnels (sur « l'autorité absolue de la chose jugée » des réserves, v. CE, 15 mai 2013, no 340554).

Au-delà du cas tranché par le Conseil constitutionnel, les motifs généraux qui ont justifié sa décision, c'est-à-dire

l'interprétation de la Constitution, s'imposent-ils au titre de l'article 62 de la Constitution ? Cette question essentielle fait l'objet de deux réponses possibles.

Selon une première conception, la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut seulement être revêtue d'une autorité persuasive, dépendante de sa force argumentative intrinsèque, que les juridictions judiciaires et administratives peuvent volontairement, et non sous le sceau de l'obligation, appliquer. En l'état actuel du droit positif, les juridictions judiciaires et administratives ont fait sienne cette interprétation stricte de l'article 62 de la Constitution : obligées par le dispositif et les motifs inséparables, elles sont seulement incitées à suivre les autres éléments de la décision du Conseil constitutionnel.

Selon une seconde approche plus volontariste de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, les simples interprétations de la Constitution fournies par le Conseil constitutionnel seraient revêtues de l'autorité de l'article 62 de la Constitution. À l'appui de cette lecture, il est généralement invoqué la fonction d'interprète suprême du Conseil constitutionnel et le fait que les interprétations des cours européennes sont de plus en plus appliquées par

le Conseil d'État et la Cour de cassation. Cependant, les juridictions suprêmes des ordres judiciaires et administratifs refusent de couvrir la « chose interprétée » du bénéfice de l'article 62 de la Constitution. Elles s'estiment habilitées à interpréter la Constitution dans le cadre de leur compétence et souhaitent préserver leur autonomie au regard du Conseil constitutionnel. Il est probable que des évolutions se produisent à l'avenir, notamment au regard de l'extension de l'autorité de l'article 62 aux dispositions d'une loi qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution » (v. à l'origine CC 89-258 DC, 8 juill. 1989, puis CC 2013-682 DC, 19 déc. 2013).

b) Les destinataires de la chose jugée. – Concernant les destinataires de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, se trouve au premier rang le juge devant lequel a été posée la QPC. La réponse du Conseil constitutionnel permet de relancer l'instance en jugeant l'affaire au fond. Mais, sauf en cas de non-lieu à statuer ou de conformité, ce retour au litige principal sera apprécié sous une lumière législative nouvelle, lestée d'une réserve d'interprétation ou directement abrogée. En outre, la

décision du Conseil constitutionnel s'impose à lui-même et à l'ensemble des justiciables puisqu'une nouvelle QPC visant une disposition législative préalablement déclarée conforme sera rejetée, sauf en présence d'un changement de circonstances. De même, les autorités juridictionnelles et administratives d'application de la loi sont également destinataires de la chose jugée du Conseil constitutionnel, sauf à commettre une violation de l'article 62 de la Constitution qui le cas échéant serait relevé d'office par le juge devant lequel un litige serait porté.

B) Le contournement de la chose jugée

En dépit des affirmations sur le caractère absolu de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, deux moyens de contournement de la chose ainsi jugée sont envisageables, en plus de l'hypothèse du changement de circonstances permettant de contester une disposition validée antérieurement par le Conseil constitutionnel.

a) Par une révision de la Constitution

La chose jugée par le Conseil constitutionnel est une « victime » potentielle du pouvoir de révision

constitutionnelle. En adoptant une loi constitutionnelle destinée à surmonter une décision du Conseil constitutionnel, le pouvoir politique peut détruire pour l'avenir les effets de la chose jugée en levant l'obstacle constitutionnel à une réforme législative. Par le passé, le contrôle *a priori* a donné lieu à cette passe d'armes à propos notamment des quotas par sexe lors des élections politiques (CC 82-146 DC, 18 nov. 1982 et révision constitutionnelle du 8 juill. 1999) ou du droit d'asile (CC 93-325 DC, 13 août 1993 et révision constitutionnelle du 25 nov. 1993). Refusant par ailleurs de contrôler les lois constitutionnelles, contrairement aux juges constitutionnels allemand et italien, le Conseil constitutionnel renonce au pouvoir de dernier mot au nom de la crainte du gouvernement des juges (CC 2003-469 DC, 26 mars 2003). Théoriquement, rien ne s'oppose à l'importation d'un tel schéma en QPC, et la perspective d'un « Lit de Justice » du constituant joue au moins un rôle préventif. Cependant, la complexité de la procédure de révision conjuguée au caractère détaillé, microconstitutionnel, d'un grand nombre de questions de constitutionnalité réduit les hypothèses de réalisation effective d'un tel scénario.

b) Par le contrôle de conventionnalité

La chose jugée est également « victime » des esquives des juges judiciaires et administratifs en vertu de leur pouvoir de contrôler la conventionnalité des lois. Il est fréquent qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution soit ensuite contrôlée, dans le litige à l'origine de la QPC ou dans tout autre litige ultérieur, au regard des normes européennes et internationales. Formellement distinct et exercé sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, ce contrôle est exercé sans que la conformité à la Constitution puisse servir de motif de conformité aux normes internationales et européennes. Certes, lorsque le contrôle de conventionnalité est exercé sur le fondement de règles matériellement proches des droits et libertés constitutionnels, le juge ordinaire sera forcément influencé par la prise de position du Conseil constitutionnel. Mais cela dépend de son bon vouloir, comme en attestent les hypothèses de plus en plus fréquentes de lois conformes à la Constitution et, en même temps, contraires par exemple à l'article 6-1 de la CEDH (CA Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis-Vuitton, *RFDA*, 2012, p. 650, concl. S. Vidal ; comparer CC 2013-366 QPC, 14 fév. 2014). En outre, le contrôle de conventionnalité des lois est employé pour écarter immédiatement l'application de lois déclarées contraires à la Constitution, mais dont

l'abrogation avait été différée de plusieurs mois par le Conseil constitutionnel (Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, no 10-17 049 ; Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2013, no 11-27 071). Entre concurrence et complémentarité, les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité entretiennent des rapports complexes qui renouvellent en tout cas la question de la portée des décisions du Conseil constitutionnel. À l'avenir, il n'est pas impossible d'imaginer que la relation entre ces deux contrôles se régule en partie à travers le concept de « protection équivalente » (CEDH, 30 juin 2005, Bosphorus c/Irlande, no 45036/98 ; CE, Ass., 8 févr. 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, no 287110), afin d'éviter que la même loi soit rejugée au regard de textes formellement distincts, mais offrant une protection matériellement analogue.

2. L'adaptation des effets de la décision

La nature ambivalente de l'office du Conseil constitutionnel se retrouve au niveau des effets produits par sa décision. Oscillant entre le contrôle abstrait et concret, entre la défense objective de la garantie de la

Constitution et la protection des intérêts subjectifs du justiciable, le mécanisme de la QPC tente de concilier l'inconciliable. Cependant, le constituant a délibérément placé le Conseil constitutionnel en situation de s'adapter aux circonstances des espèces qui lui seraient soumises grâce à une liberté procédurale remarquable, notamment en comparaison des pouvoirs des autres juges constitutionnels européens.

À première vue, il semble en effet juste et cohérent que le justiciable à l'origine de la QPC puisse bénéficier de la déclaration de non-conformité et de l'abrogation qui l'accompagne. Un tel impératif de justice est réalisé autant que possible par le Conseil constitutionnel grâce à l'abrogation immédiate, effective à compter de la publication de la décision au *Journal officiel* et applicable par principe à toutes les instances en cours.

De même, l'utilisation des réserves d'interprétation se révèle particulièrement efficace pour le justiciable. Les réserves avaient surgi dans le contentieux *a priori* pour illuminer le contrôle abstrait d'une dose de concret, permettant de prolonger la contrainte de constitutionnalité au-delà de la promulgation de la loi. En toute logique, les

décisions QPC de conformité sous réserve sont rapidement apparues, permettant au Conseil de purger immédiatement la loi de son vice d'inconstitutionnalité sans devoir prononcer son abrogation (A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 965-996).

Surtout, le constituant a placé dans la main du Conseil constitutionnel un instrument remarquable lui permettant de préciser et de moduler les effets de sa décision. La formulation constitutionnelle de l'article 62 est aussi obscure que permissive : « Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. » La plasticité commode de cette habilitation permet au Conseil de s'assurer de l'effectivité de sa décision en prévoyant par exemple que la mention du délit incestueux sera effacée du casier judiciaire (CC 2011-222 QPC, 17 févr. 2012), que des personnes injustement condamnées à une peine automatique d'inéligibilité seront immédiatement inscrites sur les listes électorales (CC 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010) ou que les peines définitivement prononcées sur le fondement de la disposition abrogée cessent de recevoir application

(CC 2013-318 QPC, 7 juin 2013).

Néanmoins, parce que la nature du contrôle QPC reste plutôt abstraite et objective en raison de son effet abrogatif, le justiciable à l'origine de la question posée au Conseil constitutionnel ne bénéficie pas toujours du succès de son recours. C'est le cas lorsqu'une abrogation différée à une date ultérieure est décidée. Le constituant n'a d'ailleurs fixé aucune limite quantitative ou qualitative, laissant au Conseil le soin de s'adapter aux circonstances en décidant, par exemple, de reporter l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité d'un mois (CC 2011-192 QPC, 10 nov. 2011) ou de dix-huit mois (CC 2011-147 QPC, 8 juill. 2011). L'abrogation différée nuira aux intérêts subjectifs des justiciables concernés, et ce, au nom des risques d'atteintes à d'autres principes constitutionnels, de vide juridique et de violation encore plus importante à une règle constitutionnelle en cas d'abrogation immédiate, comme c'est le cas lorsque la QPC vise à contester une omission du législateur. Par exception, le Conseil use de son pouvoir de modulation en cas d'abrogation différée, en adressant une injonction aux juridictions pour qu'elles sursoient à statuer et en imposant au législateur de prévoir que la nouvelle loi sera d'application immédiate, afin que

les intérêts des justiciables concernés soient préservés (CC 2010-1 QPC, 28 mai 2010 ; 2010-83 QPC, 13 janv. 2011 ; 2013-343 QPC, 27 sept. 2013). Signe de la richesse de la palette contentieuse à la disposition du Conseil constitutionnel, il s'est même permis en quelques occasions de reporter dans le temps l'effet d'une réserve d'interprétation en cas de conséquences dommageables pour la sécurité juridique d'une application immédiate (CC 2012-257 QPC, 18 juin 2012).

Chapitre III

L'influence de la QPC

L'incorporation de la QPC dans le système juridique ne peut se comprendre de manière isolée. De la même manière qu'un organisme inséré dans un écosystème existant va nouer des relations avec son environnement et en retour adapter sa propre action, les protagonistes de la QPC s'influencent réciproquement. Ces processus dynamiques d'interaction évoluent avec le temps, ils ne peuvent se résumer par un mot ou une image unique, sinon celle de la complexité. Fascinante à analyser, malgré ses insuffisances, la QPC influence autant la conduite des institutions que le droit lui-même.

I. – L'influence sur les institutions

1. L'enrichissement du dialogue des juges

A) Le dialogue avec les juges judiciaires et administratifs

Avant l'avènement de la QPC, les échanges entre le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires et administratives étaient plutôt rares et incommodes. Faute de mécanisme formel assurant une relation directe, le dialogue se résumait à un jeu de mimes de part et d'autre d'une paroi de verre. Le contrôle de constitutionnalité des lois était exclusivement exercé par le Conseil constitutionnel, les juridictions judiciaires et administratives ne participaient pas à cette mission, sauf à en tirer les conséquences en vertu de l'article 62 de la Constitution. Parallèlement, ces juridictions garantissent et interprètent la Constitution, mais uniquement dans les rares hypothèses d'absence de loi faisant écran entre la Constitution et l'acte contesté. Par exemple, le Conseil d'État examine la constitutionnalité d'un décret d'extradition au regard d'une norme constitutionnelle

dégagée par lui (CE 3 juillet 1996, Koné, no 169219), la Cour de cassation refuse d'étendre l'application du statut pénal du chef de l'État à ses collaborateurs (Cass.crim., 19 décembre 2012, 12-81043).

Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel et les juridictions judiciaires et administratives deviennent partenaires du contrôle de constitutionnalité des lois, le dialogue entre eux s'est décuplé et enrichi. Mais le dialogue entre les juges n'est pas synonyme d'harmonie totale, les rapports de forces sont permanents et les conflits inévitables. En bousculant l'ordre établi, la QPC n'a pas créé un désordre, elle a créé un nouvel ordre qui suit une règle du jeu déterminée par les textes constitutionnels, les textes législatifs, mais aussi par les juges eux-mêmes. Dans la construction de ce nouvel ordre institutionnel, deux mouvements apparaissent et s'influencent réciproquement.

Selon un premier mouvement, le Conseil constitutionnel a incontestablement renforcé son autorité et son emprise sur les juridictions judiciaires et administratives. Les choix clairs du constituant et du législateur ont contribué à cette logique : exclusivité du pouvoir de déclarer une loi contraire

à la Constitution, priorité d'examen de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité, effet abrogatif, large pouvoir de modulation des effets de la décision de non-conformité... Au-delà de la seule lettre des textes, leur force symbolique a contribué à désinhiber le Conseil constitutionnel par rapport aux principes traditionnels d'hostilité française à l'égard du contrôle de la loi. Ainsi, en décidant de juger la constitutionnalité des interprétations constantes de la Cour de cassation et du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel se place forcément dans une logique de hiérarchisation. D'autant qu'il s'est parfois immiscé dans l'office des juges ordinaires en émettant une réserve d'interprétation à l'encontre d'une interprétation constante d'une disposition législative (CC 2011-127 QPC, 6 mai 2011 ; no 2013-340 QPC, 27 sept. 2013). Au gré des espèces, il lui arrive également d'endosser le rôle d'arbitre entre les deux ordres juridictionnels, tel un « tribunal des conflits », lorsqu'il est saisi par le Conseil d'État d'une question visant l'interprétation constante de la Cour de cassation, ou inversement (CC 2013-336 QPC, 1er août 2013).

La suite logique de ce premier mouvement serait de consacrer le Conseil constitutionnel en tant que Cour

suprême. Néanmoins, en l'état, il n'est ni une cour ni suprême. Faute de juridictionnalisation achevée, le Conseil constitutionnel ne peut prétendre à un statut et une autorité incontestables, et sa suprématie sur le Conseil d'État et la Cour de cassation n'est absolument pas établie. Au contraire, selon un second mouvement complémentaire du premier, les juges du filtrage bénéficient de nombreux leviers d'action qui tempèrent la montée en puissance du Conseil constitutionnel. Le double niveau de filtrage des QPC concentre dans les mains du Conseil d'État et de la Cour de cassation la décision de renvoyer, ou de ne pas renvoyer, une question. À ce titre, les aléas dans l'appréciation du caractère sérieux, notamment lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation ôte à la question son caractère sérieux en vertu d'une nouvelle interprétation de la loi, démontrent que le filtre peut rapidement se transformer en bouchon. De même, le potentiel immense du contrôle de conventionnalité des lois, exercé à propos des mêmes dispositions législatives que celles validées par le Conseil constitutionnel en QPC, constitue une arme de dissuasion particulièrement efficace. Dès lors, s'il souhaite être fréquemment saisi et ne pas être démenti, le Conseil constitutionnel a tout intérêt à respecter ses partenaires afin d'espérer en retour une pratique loyale du filtrage.

Sous l'effet de la QPC, chacune des institutions dispose donc désormais de moyens d'influence directs et efficaces, et seul le dialogue permet d'éviter l'excès de conflits qui serait préjudiciable à tous et en premier lieu au justiciable.

B) Le dialogue avec les juges européens

Dans un contexte d'imbrication des différents ordres juridiques (internes, européens et internationaux), sans qu'une hiérarchie claire et reconnue par tous ne soit établie, la QPC a intensifié l'importance des rapports entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Avec la CEDH, les rapports sont ambivalents. La menace d'un recours individuel contre la France, après que le justiciable a épuisé les voies de recours internes, incite le Conseil constitutionnel à prendre en compte la jurisprudence de la Cour lorsqu'il apprécie la constitutionnalité d'une loi. Avec la QPC, cet impératif est omniprésent au regard de l'augmentation conséquente du nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel. D'autant que les droits et libertés

constitutionnels ont souvent un équivalent dans le droit de la Convention. En dépit de cette proximité matérielle, le Conseil constitutionnel ne cite jamais les arrêts de la Cour dans ses décisions QPC. Comme en attestent les commentaires officiels qui accompagnent les décisions du Conseil constitutionnel, il s'en inspire tout de même silencieusement, à l'instar des décisions sur la garde à vue (CC 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010) ou sur l'absence de clause de conscience des maires dans la loi sur le mariage entre personnes du même sexe (CC 2013-353 QPC, 18 oct. 2013). Souhaitant préserver son autonomie dans l'interprétation des droits et libertés, refusant d'officialiser une soumission à la chose jugée ou interprétée de la Cour, le Conseil constitutionnel privilégie le langage des signes en guise de dialogue.

Parfois regrettée, cette prise de distance formelle peut néanmoins se prévaloir d'une différence de nature entre, d'une part, le contrôle généralement abstrait du Conseil constitutionnel qui examine la loi en tant que telle et, d'autre part, le contrôle généralement concret de la Cour européenne qui se penche sur la violation en l'espèce des intérêts d'un justiciable. Bien que ce schéma connaisse des nuances, il rend compte de la majorité des hypothèses

d'articulation des deux contrôles, qui finalement peuvent se compléter comme l'a illustré le débat sur l'interdiction de l'identification génétique d'une personne après son décès, sauf consentement exprès de son vivant : en tant que tel, l'article 16-11 du Code civil n'est pas contraire à la Constitution (CC 2011-173 QPC, 30 sept. 2011), mais son application dans des circonstances particulières a entraîné la condamnation de la France (CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, no 19535/08). De plus, la Cour de Strasbourg statue au niveau de 47 États et leur accorde la plupart du temps une marge nationale d'appréciation dans la mise en œuvre des droits et libertés. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le Conseil constitutionnel ait ponctuellement investi cette marge d'appréciation, en protégeant davantage les justiciables grâce à l'abrogation de dispositions législatives jugées pourtant compatibles avec la Convention, ou qui n'ont pas donné lieu à des condamnations de la France devant la CEDH (ex. : CEDH, 3 déc. 2002, no 48221/99, Berger c/France ; CC 2010-15/23 QPC, 23 juill. 2010). À l'avenir, les modalités plus ou moins harmonieuses du dialogue évolueront, notamment en fonction des prises de position de la Cour sur les divergences potentielles de jurisprudence (statut du parquet, principe de rétroactivité de la loi pénale plus

douce...) et la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel (v. *supra*, chap. II, § I), ainsi qu'en fonction de l'intégration éventuelle de la QPC parmi les voies de recours internes que le justiciable doit avoir épuisées pour agir devant la Cour de Strasbourg (CEDH, 30 avril 2013, *Hazan Uzun c/la Turquie*, no 10755/13).

Avec la CJUE, les rapports sont davantage apaisés, car la concurrence pour le Conseil constitutionnel est moins frontale. En l'absence de droit de recours individuel, le juge de l'Union européenne ne peut se transformer en juge d'appel du contrôle de constitutionnalité. En QPC, le Conseil constitutionnel a confirmé que les lois transposant les directives européennes bénéficient d'une immunité constitutionnelle, sauf en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France, afin de ne pas indirectement violer le monopole de la CJUE dans l'appréciation de la validité du droit de l'UE (CC 2010-79 QPC, 17 déc. 2010). De manière remarquable, le Conseil constitutionnel s'est arrimé au système juridictionnel européen, en s'autoattribuant la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE, dans une décision no 2013-314 QPC du 4 avril 2013. Déjouant les pronostics du législateur et les contraintes de délais de jugement, le

Conseil constitutionnel sursoit à statuer, reçoit la réponse de la CJUE sur l'interprétation des textes relatifs au mandat d'arrêt européen et prononce l'inconstitutionnalité de la loi. Stratégiquement habile, la démarche du Conseil constitutionnel lui permet d'apparaître comme une juridiction capable de dialoguer avec la CJUE, s'intégrant pleinement au concert juridictionnel européen. Même si, en contrepartie, le Conseil se soumet à l'interprétation européenne en préalable de l'exercice de son office.

2. La redéfinition des rapports avec le pouvoir politique

A) *La politisation atténuée du contentieux QPC*

De manière générale, tout juge de la constitutionnalité des lois ne peut s'affranchir totalement de l'influence de facteurs politiques. Le Conseil constitutionnel n'échappe pas à cette logique. Dès lors que les textes législatifs contrôlés véhiculent les choix politiques des gouvernants, l'argument juridique ne peut se concevoir dans une pureté

autonome, détachée des considérations politiques. D'ailleurs, lorsque le Conseil est saisi en QPC d'une question particulièrement sensible, il aura tendance à restreindre l'intensité de son contrôle. La manière dont le Conseil constitutionnel développe ses techniques juridictionnelles, précise les effets de ses décisions et interprète l'étendue de ses compétences relève d'une démarche politique. En effet, l'institution prend en compte les conséquences de ses actes, elle a parfaitement conscience d'appartenir à un système institutionnel composé de différents acteurs dotés d'une capacité d'influence mutuelle.

Néanmoins, cette vision de politique institutionnelle, applicable à tout juge en France comme ailleurs, ne signifie pas pour autant que le Conseil constitutionnel fonde ses décisions sur des arguments « politiques ». Contrainte par la jurisprudence antérieure, soumise à la délibération collective, rendue sous l'œil vigilant du pouvoir constituant et motivée par des arguments juridiques, la décision rendue est de nature juridique. Or, en QPC, le constat est encore plus avéré. Tandis que, dans le contrôle *a priori*, le Conseil s'expose à des réactions vigoureuses lorsqu'il censure le texte voté par la majorité depuis

quelques jours seulement, la décision QPC est généralement déconnectée du temps du tumulte partisan. Le Conseil constitutionnel censure une disposition législative imputée à un législateur impersonnel, et non à la majorité politique et personnalisée du moment. Le niveau de politisation de la réception des décisions QPC du Conseil constitutionnel est donc globalement atténué, faisant place au large débat public et plus seulement à la réaction politicienne de court terme.

B) *La dynamisation du Parlement*

À première vue, la QPC étouffe le Parlement. En ouvrant aux justiciables les portes du Conseil constitutionnel, la soumission de la loi à la Constitution s'intensifie sur le plan quantitatif, la QPC générant en moyenne annuelle autant de décisions que le contrôle *a priori* en huit ans. Si auparavant le couperet du Conseil constitutionnel pouvait être contourné, grâce à l'absence de saisine par les autorités politiques, désormais cette stratégie d'évitement ne fait que retarder l'échéance. Surtout, en confiant au Conseil constitutionnel le formidable pouvoir de décider de l'abrogation d'une loi, il est évident que le rapport de forces avec le Parlement est substantiellement modifié.

Sans compter les réserves d'interprétation qui se multiplient et les abrogations différées qui obligent le Parlement à adapter son ordre du jour. L'abrogation immédiate du délit de harcèlement sexuel (CC 2012-240 QPC, 4 mai 2012) a par exemple imposé une réaction parlementaire urgente. Les parlementaires se sont également plaints des injonctions que le Conseil leur adressait, en cas d'abrogation différée, afin d'imposer l'application immédiate de la nouvelle loi.

Néanmoins, le Parlement est davantage bousculé dans son agenda qu'étouffé dans sa capacité d'action, au regard du dynamisme imprimé par la QPC. De manière générale, le Parlement a su faire preuve d'autorité en instaurant des garde-fous lors de l'instauration de la QPC, par exemple en refusant au Conseil la dénomination de « Cour constitutionnelle », ou en ne lui permettant pas d'être directement saisi par les justiciables. Corrélativement, le Parlement s'est montré offensif face à l'application à reculons de la réforme par le juge judiciaire, n'hésitant pas en retour à modifier la procédure d'examen des QPC par la Cour de cassation (v. article 12 de la loi no 2010-830 du 22 juillet 2010) ou à agiter la menace de la suppression du filtrage. De manière originale, la QPC permet par ailleurs

au Parlement de s'affranchir de la logique du fait majoritaire qui conduit, sous la Ve République, à concentrer l'effectivité de la décision politique dans les mains du pouvoir exécutif. En effet, en permettant l'abrogation de dispositions législatives, la QPC anticipe des réformes souhaitées par le Parlement, mais sans cesse retardées par l'exécutif, comme la garde à vue ou le carnet de circulation des gens du voyage. Plus généralement, le contentieux QPC permet l'émergence de sujets de société et le règlement de vices techniques contenus dans les lois, sans que l'initiative en revienne systématiquement au pouvoir exécutif. De plus, la QPC incite le Parlement à améliorer la qualité de ses textes, sous l'influence de l'incompétence négative ou le contrôle de la clarté et la précision des lois pénales. Enfin, le Parlement a su adapter ses capacités d'action, en développant une nouvelle pratique de la saisine *a priori* du Conseil constitutionnel. Passées d'une dizaine à une quinzaine par an, les saisines ont augmenté et sont parfois déclenchées à titre préventif afin d'éviter que la loi ne soit ensuite contestée en QPC, sauf à démontrer un changement de circonstances (v. par ex. à propos de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, CC 2010-613 DC, 7 oct. 2010). Le Parlement devient ainsi un partenaire dynamique du contrôle de

constitutionnalité des lois, loin de l'image de victime désignée de la QPC.

II. – L'influence sur le droit

1. La diffusion du droit constitutionnel

A) Les richesses d'un droit constitutionnel ouvert

Sous l'effet de la QPC, le droit constitutionnel des droits et libertés s'est diffusé en s'ouvrant au monde juridique dans son ensemble. Auparavant prisonnier de l'abstraction du contrôle *a priori*, ce droit constitutionnel s'insère à présent dans la vie juridique concrète en huilant les rouages du droit d'un fluide constitutionnel respectueux des droits et libertés constitutionnels, selon des proportions inédites dans l'histoire juridique française.

La diffusion du droit constitutionnel se matérialise par son mode de production ouvert à l'environnement juridique qui

l'entoure. La participation active des juges du filtrage à la sélection des questions de constitutionnalité, ainsi qu'à la détermination du caractère sérieux ou nouveau de la violation invoquée l'illustre parfaitement. Loin d'être unilatéralement décrétées par le Conseil constitutionnel, les solutions adoptées en QPC ne surgissent pas du néant. Elles préexistent pour la plupart dans les textes et les jurisprudences administratives, judiciaires ou européennes. Certes, il arrive en quelques occasions que le Conseil constitutionnel ignore ou dénature ces solutions préexistantes, comme l'a illustrée la dégradation du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce (CC 2010-74 QPC, 3 déc. 2010). Plus fréquemment, le Conseil constitutionnel importe une solution ou une notion en l'adaptant aux spécificités de son contrôle centré sur les droits et libertés, afin de forger une notion constitutionnelle autonome (v. *supra*, chap. II, § II). Les solutions du droit privé ou public sont aussi usuellement reprises en l'état de leur contenu et consolidées par une élévation au rang constitutionnel, comme le principe de responsabilité dont la formulation constitutionnelle est décalquée de l'article 1382 du Code civil, ou les principes de la responsabilité personnelle et du caractère intentionnel de l'infraction que le Conseil constitutionnel a directement

puisés dans le Code pénal.

Enrichi par ces ouvertures, créées ou largement amplifiées par la QPC, le droit constitutionnel subit néanmoins des vents contraires dans sa diffusion. Le double niveau de filtrage restreint l'accès des justiciables au Conseil constitutionnel, la juridictionnalisation inachevée du Conseil constitutionnel nuit à sa légitimité, et l'interdiction pour les juges du filtrage de relever d'office la QPC freine son essor. Surtout, la diffusion du droit constitutionnel ne peut se passer de l'œuvre nécessaire du temps, qui permettra à l'ensemble des avocats, détenteurs « réels » de l'initiative des QPC, d'acquérir le réflexe constitutionnel et de s'accoutumer à la jurisprudence constitutionnelle qui jusqu'alors n'avait que peu d'intérêt contentieux. La QPC est sous-exploitée dans certaines matières (droit des sociétés, des régimes matrimoniaux, de la fonction publique...), et le nombre d'affaires tranchées par le Conseil constitutionnel reste en deçà de la pratique constatée dans les États dotés d'un mécanisme comparable, en Belgique par exemple. Avec le temps, la QPC devrait donc pleinement s'intégrer à la pratique professionnelle des praticiens, comme l'argument du droit européen s'est progressivement imposé à partir des

années 1990, et permettre ainsi au droit constitutionnel d'intensifier sa diffusion.

B) *La complexité d'un droit constitutionnel fragmenté*

En s'ouvrant, en se diffusant, le droit constitutionnel des droits et libertés s'est inévitablement fragmenté. Auparavant, le contrôle de constitutionnalité des lois était intégralement concentré sur une institution – le Conseil constitutionnel – et sur une période de temps précise, entre le vote de la loi et sa promulgation. Certes, le juge ordinaire a toujours appliqué la Constitution, mais selon un rythme irrégulier et seulement en l'absence d'écran législatif. Dorénavant, sous l'effet de la QPC, l'appréciation de la constitutionnalité des lois est disséminée entre plusieurs juridictions et s'exerce à tout moment. Devenus un espace à multiples entrées, le droit constitutionnel et la justice constitutionnelle ne se présentent plus sous les apparences d'une pyramide dotée d'une seule voie d'accès. Une telle fragmentation rend complexe le travail d'observation et de compréhension du droit constitutionnel, bien que ce nouvel ordre ne soit pas synonyme de désordre anarchique, grâce à l'autorité qui

s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel, ainsi qu'en vertu des règles de répartition des rôles avec les juges du filtrage.

La complexité de ce nouveau droit constitutionnel tient également au type de questions réglées par les juges constitutionnels. Certes, des débats de société comme le mariage entre personnes du même sexe, la garde à vue, le harcèlement sexuel ou la corrida sont remontés jusqu'au Conseil constitutionnel. Mais la majorité des questions de constitutionnalité sont concrètes, précises, microjuridiques, elles se nichent dans les détails de la vie juridique et peuvent concerner aussi bien la quantité de matériaux en bois dans certaines constructions, la taxe sur les boues d'épuration ou le taux de TVA sur la margarine. Aussitôt est apparue la crainte d'une dissolution du droit constitutionnel dans les différentes matières (A. Botton, B. De Lamy, X. Magnon « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? », Dalloz, 2012, p. 2030). Néanmoins, plutôt qu'une banalisation, le droit constitutionnel vit seulement une concrétisation de ses interrogations à travers les questions de constitutionnalité. Les réponses apportées par le Conseil constitutionnel sont systématiquement élaborées sous l'égide des grands

principes de droit constitutionnel. Les analyses de la doctrine ont seulement besoin d'emprunter davantage à l'interdisciplinarité, en tenant d'une main la Constitution et de l'autre le Code civil, pénal, du travail... Dans cette perspective, la doctrine constitutionnaliste a quantitativement davantage d'occasions de s'exprimer, sans pour autant disposer d'une exclusivité ou d'une position dominante. Comme en médecine, c'est dans l'échange entre le constitutionnaliste généraliste et le spécialiste des différentes branches du droit que sera assurée une prise en charge efficace des questions constitutionnelles.

2. Le citoyen acteur constitutionnel

Passant de l'exception à l'ambition constitutionnelle, grâce à l'instauration de la QPC, le législateur français a créé un nouvel espace d'expression de la volonté générale. La QPC permet en effet aux justiciables et à leurs avocats d'endosser une fonction d'« entrepreneur constitutionnel » (sur la notion d'entrepreneur législatif, D. Rousseau, « La démocratie continue », *Le Débat*, 1997, no 96, p. 73) en

proposant des interprétations de la Constitution, en sollicitant des inflexions de jurisprudence, en obtenant éventuellement l'abrogation de la loi ou une modification de sa portée à travers la technique des réserves d'interprétation. Le justiciable et son avocat produisent ainsi une richesse constitutionnelle à travers des propositions normatives qui, selon leur pertinence argumentative et leur force persuasive, seront acceptées par les juges de la QPC et modifieront les règles de vie commune. Même lorsque la QPC n'aboutit pas, la lumière sociale, politique et médiatique s'oriente vers elle et génère du débat démocratique. Par exemple, la décision du Conseil constitutionnel du 28 janvier 2011, refusant de censurer l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, a aussitôt engendré des propositions politiques, notamment lors de la présidentielle de 2012, qui ont abouti à la loi du 17 mai 2013 autorisant ce type de mariage. De même, sous l'effet de la QPC, jamais la France n'a connu de débats aussi intenses sur la corrida ou le harcèlement sexuel.

Les acteurs de ce nouvel espace d'expression de la volonté générale sont pluriels. L'action individuelle du justiciable en tant que personne physique représente environ deux tiers des décisions QPC du Conseil constitutionnel. Mais

les structures intermédiaires agissent également soit en étant à l'origine de la QPC, soit en intervenant devant le Conseil constitutionnel, ce qui est le cas dans environ 30 % des affaires. Ainsi, les associations, syndicats, sociétés privées, collectivités locales investissent le prétoire du Conseil constitutionnel afin de représenter l'ensemble des intérêts en présence lors du jugement d'une disposition législative. Par exemple, l'Observatoire international des prisons est intervenu à l'appui de la QPC visant l'absence de contrat de travail pour les relations de travail des détenus (CC 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013). Face à ces revendications, les juges du filtrage puis le Conseil constitutionnel arbitrent entre les demandes formulées, au terme d'un débat contradictoire et transparent avec le gouvernement qui assure par principe la défense de la loi.

Chemin faisant, la QPC renouvelle insensiblement le fonctionnement de la démocratie, à travers la transformation du justiciable en « citoyen acteur constitutionnel ». Maniant l'arme du droit constitutionnel, afin de contrôler les gouvernants et de revendiquer le respect des droits et libertés, le citoyen acteur constitutionnel agit aussi dans l'intérêt de la communauté politique et participe à la réduction de la fracture dénoncée

de toutes parts entre les élus et le peuple. Une telle incidence de la QPC tend à rapprocher deux aspects du droit constitutionnel trop souvent opposés : le droit du contentieux constitutionnel et le droit constitutionnel institutionnel ou politique (J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Juspoliticum*, 2008, no 1). Évidemment, la QPC à elle seule n'est pas destinée à transformer intégralement la vie quotidienne et à régler la crise de la démocratie (O. Duhamel, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, no 137, p. 183). Cependant, elle participe à un mouvement profond qui affecte le fonctionnement des démocraties contemporaines, selon lequel l'expression de la volonté générale n'est plus le monopole des seuls élus, mais se construit aussi autour d'eux. Avec d'autres mécanismes de différentes natures, par exemple le recours devant la CEDH, l'action de groupe, le référendum d'initiative minoritaire, la QPC constitue une sentinelle démocratique. Une sentinelle qui alerte et informe le pouvoir politique de la teneur des revendications du peuple et au besoin désavoue le pouvoir politique lorsque le pacte constitutionnel est violé. Une sentinelle d'une efficacité redoutable et sans précédent, au regard de son accessibilité et de ses effets. En cela, la QPC

est bien une révolution juridique, en dépit de ses imperfections. Elle renverse les principes établis, rénove les rapports institutionnels et bouscule le droit autant que le fonctionnement de la démocratie, le tout en se mettant au service de la garantie des droits et libertés du justiciable. Un véritable progrès, à n'en pas douter.

Conclusion

Longtemps souhaitée, parfois critiquée, la QPC a globalement réussi à s'implanter en droit français. Les avocats l'utilisent régulièrement, les juges répondent rapidement et la coopération entre les cours suprêmes, et le Conseil constitutionnel s'améliore au fil des ans. Évidemment, tout n'est pas parfait. La QPC nécessite des ajustements, surtout en ce qui concerne la procédure de filtrage. Certains proposent une unification du contentieux au sein du Conseil constitutionnel, à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme qui sélectionne et juge en même temps les demandes des justiciables.

Mais le plus urgent n'est peut-être pas là. Curieusement, la QPC n'a pas seulement bouleversé la protection des libertés fondamentales. Elle a aussi bouleversé le Conseil lui-même. L'institution s'est profondément juridictionnalisée, elle s'est dotée d'une salle d'audience, avec un règlement intérieur, avec des avocats, des plaideurs, des défendeurs, des intervenants... Il reste à

graver ce nouveau statut dans le marbre du droit. D'abord en changeant le nom de l'institution et en la qualifiant – enfin ! – de « Cour constitutionnelle ». Il faut aussi transformer le Conseil en une véritable juridiction, c'est-à-dire une cour composée de juges totalement indépendants et tous juristes. Il faudrait également accorder au Conseil des moyens humains supplémentaires pour traiter les dossiers toujours plus nombreux et toujours plus complexes. En définitive, rien d'insurmontable... Le plus difficile sera peut-être de donner – ou redonner – aux Français le goût de connaître « leur » Constitution. Peut-être en enseignant les grandes libertés publiques au-delà des seules facultés de droit et notamment dans les lycées. Peut-être aussi en diffusant le plus largement possible le savoir de la QPC.

Bibliographie

Avril Pierre, Gicquel Jean, Le Conseil constitutionnel, Clefs Montchrestien, 2011, 6e éd.

Carcassonne Guy, Duhamel Olivier, La Question prioritaire de constitutionnalité, Dalloz, 2011.

Cartier Emmanuel (dir.), La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013.

Disant Mathieu, Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles, Lamy, 2011.

Drago Guillaume, Contentieux constitutionnel français, Puf, 2011, 3e éd.

Dupic Emmanuel, Briand Luc, La Question prioritaire de constitutionnalité. Une révolution des droits fondamentaux, Puf, 2013.

Favoreu Louis, Mastor Wanda, Les Cours constitutionnelles, Dalloz, « Connaissances du droit », 2011.

Gaïa Patrick, Ghevontian Richard, Mélin-Soucramanien Ferdinand, Oliva Éric, Roux André, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2013, 17e éd.

Jan Pascal, Le Procès constitutionnel, LGDJ, « Systèmes », 2010, 2e éd.

Lascombe Michel (dir.), Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Dalloz, 2013.

Magnon Xavier (dir.), La Question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux, Litec, 2013, 2e éd.

Mathieu Bertrand, Question prioritaire de constitutionnalité. La jurisprudence, Lexis-Nexis, 2013.

Mathieu Bertrand, Rousseau Dominique, Cassard-Valembois Anne-Laure, Gahdoun Pierre-Yves, Les Grandes Décisions de la question prioritaire de constitutionnalité, LGDJ, 2013.

Maugue Christine, Stahl Jacques-Henri, La Question prioritaire de constitutionnalité, Dalloz, « Connaissances du droit », 2012, 2e éd.

Perrier Jean-Baptiste (dir.), La Question prioritaire de constitutionnalité, PUAM, 2011.

Renoux Thierry S., De Villiers Michel (dir.), Code constitutionnel, Litec, 2013.

Rousseau Dominique (dir.), La Question prioritaire de constitutionnalité, Lextenso Éditions-Gazette du Palais, « Guide pratique », 2012, 2e éd.

Rousseau Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Monchrestien, « Domat droit public », 2013, 10e éd.

Rousseau Dominique, Bonnet Julien, L'Essentiel de la QPC. Mode d'emploi de la question prioritaire de constitutionnalité, Gualino, 2012, 2e éd.

– L'Essentiel des grandes décisions QPC : 26 décisions commentées sur toutes les matières juridiques, Gualino, 2012.

Roussillon Henry, Esplugas Pierre, Le Conseil constitutionnel, Dalloz, 2011, 7e éd.

Verpeaux Michel, La Question prioritaire de constitutionnalité, Hachette, 2013.

Verpeaux Michel, Montalivet Pierre de, Roblot-Troizier Agnès, Vidal-Naquet Ariane, Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence, Puf, 2011.