

# La question prioritaire de constitutionnalité, un an après : retour sur une superproduction juridique

par *Alain PARIENTE*, Maître de conférences en droit public, CERDARE <sup>(1)</sup>,  
Université Montesquieu - Bordeaux IV

## PLAN

- I. "Stupeur et tremblements" : les "préalables" au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel
- A. La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité discutée
- B. La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité précisée : les conditions du renvoi
- II. L'exercice du contrôle de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel : "Beaucoup de bruit pour rien" ?
- A. Une procédure inédite
- B. Des effets multiples

**L**a transmission, le 8 mars 2011, par le Tribunal correctionnel de Paris, d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation (2), peu après l'ouverture du procès de l'ancien Président de la République, Jacques Chirac, a non seulement entraîné la suspension du procès, mais également une mise en lumière marquante d'une procédure juridictionnelle novatrice. Ce dernier épisode en date de ce que l'on pourrait qualifier de "saga de la QPC" justifie pleinement le qualificatif de superproduction juridique pour ce nouvel instrument de droit.

Pourtant, quoi de plus légitime pour un citoyen que d'avoir la possibilité de dénoncer les atteintes à la Constitution ? C'est certainement ce que pensait déjà Emmanuel Joseph Sieyès lorsqu'il proposa, sans succès, à la Convention le 18 Thermidor an III de mettre en place un jury constitutionnaire chargé de cette fonction (3).

Plus de deux cents ans après, le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité, mis en œuvre depuis tout juste un an (4), donne un prolongement concret, bien que distinct, à cette idée. Cette longue marche pour faire émerger en France le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est en partie lié à la tradition légicentriste française (5), qui déjà se manifestait par l'apparition très tardive du contrôle de constitutionnalité *a priori*, seulement à partir de 1958 avec l'adoption de la Constitution de la V<sup>e</sup> République (6). La réforme constitutionnelle de 2008 va sans nul doute plus loin, permettant au Conseil constitutionnel de se départir du seul contrôle *a priori*. Elle consacre en effet un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* mais sans mettre en place un contrôle « diffus » selon le modèle américain, dans lequel tous les juges peuvent examiner la conformité de la loi à la Constitution. Le mécanisme retenu, inspiré notamment des propositions de Robert Badinter dès 1989 (7), du comité Vedel en 1993 (8) et du comité Balladur en 2007 (9), organise une procédure à mi-chemin entre une pure exception d'inconstitutionnalité examinée par le juge lors d'un procès et une question préjudicielle, posée de juge à juge. La formule hybride choisie est propre au système consacré par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (10).

(1) Centre d'études et de recherches sur le droit administratif et la réforme de l'Etat.

(2) Tribunal correctionnel de Paris, décision de transmission du 8 mars 2011.

(3) Sur cette question, voir M. Fioravanti, Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques, *Annales historiques de la Révolution française*, n° 349, juillet-septembre 2007, p. 87.

(4) Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JO, 11 décembre 2010. L'article 5 dispose : « La présente loi organique entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant celui de sa promulgation », donc le 1<sup>er</sup> mars 2010.

(5) Affirmée dès l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « la loi est l'expression de la volonté générale ».

(6) Le comité constitutionnel mis en place par la Constitution du 27 octobre 1946 (article 91) ne remplissait pas réellement ce rôle.

(7) « Il appartiendrait à chacune des juridictions suprêmes, Conseil d'Etat ou Cour de cassation, d'apprécier si on est en présence d'un problème sérieux d'inconstitutionnalité et de renvoyer dans ce cas la question au Conseil constitutionnel, qui en déciderait dans un délai très court », R. Badinter, *Le Monde*, 3 mars 1989.

(8) Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, 15 février 1993, proposition de création d'un article 61-1 de la Constitution, JO, 16 février 1993, p. 2549.

(9) Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*. « Reconnaître aux justiciables un droit nouveau : l'exception d'inconstitutionnalité », La Documentation française, octobre 2007, p. 87.

(10) Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, JO, 24 juillet 2008.

Le dispositif est décrit dans le nouvel article 61-1 de la Constitution : « 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'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

La loi organique du 10 décembre 2009 (11) a effectivement précisé le dispositif. En premier lieu et plus que symboliquement, elle a dénommé le procédé consacré par l'article 61-1 de la Constitution « Question prioritaire de constitutionnalité », dont l'acronyme « QPC » s'est vite imposé dans le langage courant. Le projet de loi organique qualifiait de façon plus neutre le mécanisme de « Question de constitutionnalité ». L'adjectif « prioritaire », s'il renforce l'importance et la préséance de la question de constitutionnalité, a induit certaines difficultés qui ne sont pas encore toutes aplanies. Au-delà de cette question sur laquelle on reviendra, la loi organique a précisé deux aspects du dispositif.

D'une part, elle a déterminé les juridictions concernées : la question prioritaire de constitutionnalité doit être présentée lors d'un procès devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Cette précision exclut le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage (12) qui ne relèvent ni du Conseil d'Etat, ni de la Cour de cassation. Elle semble également exclure le Conseil constitutionnel lorsqu'il statue en tant que juge électoral. Il reviendra néanmoins à ce dernier de se prononcer sur cette hypothèse. La loi organique précise également que « le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises », si ce n'est en appel. De façon générale, elle peut donc être soulevée « pour la première fois en appel », mais ne peut être « relevée d'office ». Enfin, sur le plan formel, la question doit être présentée dans un « écrit distinct et motivé ».

D'autre part, la loi organique a précisé la procédure de transmission de la question au Conseil constitutionnel : un double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité est consacré. La juridiction saisie doit statuer sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, selon l'ordre de juridiction concerné. Si les conditions de la transmission sont remplies (13), la décision de transmettre est adressée dans les huit jours au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, avec les mémoires ou les conclusions des parties. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre est en revanche contestable « à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige » (14). A compter de cette transmission, le principe du sursis à statuer s'applique à la juridiction concernée. Les deux juridictions suprêmes ont alors trois mois pour décider de renvoyer ou non la question au Conseil constitutionnel. Après l'éventuel renvoi, le Conseil constitutionnel dispose également de trois mois pour rendre sa décision portant sur la constitutionnalité. L'effet de celle-ci est précisé dans l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». Cette décision, comme toutes celles du Conseil constitutionnel, n'est susceptible d'aucun recours.

En un an de pratique, du 1<sup>er</sup> mars 2010, date d'entrée en vigueur de la réforme et jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2011, le Conseil constitutionnel a rendu 83 décisions (14 bis). Par ces décisions, le Conseil a répondu à 102 questions prioritaires de constitutionnalité. En effet, certaines décisions répondent à plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité regroupées, ce qui permet de mesurer que le contrôle du Conseil reste détaché de l'affaire même s'il répond à la question, il peut répondre à plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité dans une seule décision car il exerce un contrôle abstrait proche du contrôle *a priori*.

Cette activité soutenue du Conseil constitutionnel s'est accompagnée de quelques « remous » jurisprudentiels et doctrinaux qui ont conduit le président de l'Assemblée nationale à charger la Commission des lois d'un rapport d'évaluation des premiers mois d'application de la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité. Après audition de nombreuses personnalités, le

(11) Loi organique n° 2524-7 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JO, 11 décembre 2009.

(12) Article L. 2524-7 du Code du travail : « La Cour supérieure d'arbitrage connaît des recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi formés par les parties contre les sentences arbitrales ».

(13) Cf. *infra*.

(14) « La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son

prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige », article 23-2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, préc.

(14 bis) J.F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social : premier bilan et perspectives », RDT nov. 2010 p. 628.

**rapport d'information a été publié le 5 octobre 2010 (15). Il met en lumière les qualités, mais aussi les critiques faites au mécanisme. Il étudie certaines pistes d'adaptation de la procédure suivie devant les juridictions ordinaires, le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.**

**Ainsi, l'étude du dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité peut conduire à examiner un domaine du droit particulièrement susceptible d'être influencé par ce nouveau recours comme le droit fiscal (16) ou le droit du travail (17), mais la procédure elle-même mérite quelques éclaircissements. Faire la lumière sur les différents acteurs de cette superproduction juridique nécessite de les distinguer précisément. En partant du principe que le contrôle *stricto sensu* de la question prioritaire de constitutionnalité est à la charge du Conseil constitutionnel, on peut distinguer les acteurs qui entrent les premiers en scène, à savoir les juridictions ordinaires, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui traitent « les préalables » au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. S'agissant de cet aspect, le scénario de la première année de pratique s'est avéré particulièrement haletant (I). En ce qui concerne l'exercice effectif du contrôle de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, l'ensemble apparaît beaucoup plus classique (II).**

## I. "Stupeur et tremblements" (18) : les « préalables » au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel

En premier lieu, il a été difficile de déterminer exactement la portée de la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité (A). Si les conditions de transmission de la question au Conseil constitutionnel ont posé moins de problèmes, elles soulèvent néanmoins des interrogations (B).

### A. La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité discutée

Le premier temps de la réflexion du juge saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité porte sur le moment de son examen. Celui-ci doit-il primer sur tous les autres moyens ? L'hésitation semble permise lorsque la question de constitutionnalité se double dans la même affaire d'une question de conventionnalité de la disposition législative.

Une interrogation sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité du même nom ne se pose

pas du point de vue lexical : la réponse est affirmative. Du point de vue juridique, c'est également ce que laisse penser la lecture de la loi organique du 10 décembre 2009. Elle précise : « *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* » (19). En consacrant cette priorité et en refusant d'exclure du champ de celle-ci le droit communautaire (20), la rédaction de la loi organique a entraîné un certain flottement juridictionnel ou doctrinal (21) qui, s'il n'est pas totalement aplani, est aujourd'hui, en partie, stabilisé.

L'interrogation juridique s'est très vite focalisée sur la portée de la priorité donnée à l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, dans l'hypothèse de

(15) Assemblée nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Rapport d'information n° 2838, présentée par J.-L. Warsmann, sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(16) Sur cette question, voir notamment B. Toulemont et H. Zapf, La question prioritaire de constitutionnalité en droit fiscal, Gazette du Palais, 27 février 2010, n° 58, p. 33 et également E. Meier et G. Henri-Boucheron, La question prioritaire de constitutionnalité : plus haut, plus vite... plus fort ?, Revue de droit fiscal, n° 12, 25 mars 2010, p. 12.

(17) Voir C. Radé, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?, Droit social, n° 9/10 septembre-octobre 2010, p. 873.

(18) D'après le titre du roman éponyme d'Amélie Nothomb, Albin Michel, 1999 et de l'adaptation cinématographique d'Alain Corneau, 2003.

(19) Article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, préc. La même priorité s'applique aux procédures suivies ensuite devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat : « *En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel* », article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, préc.

(20) Comme le prévoyait la rédaction initiale de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi : « *sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution* » finalement écartée, Assemblée nationale, n° 1599, Projet de loi relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 8 avril 2009.

(21) Pour une illustration de ces divergences doctrinales voir l'analyse de X. Magnon, La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand, RFDC, n° 84, 2010, p. 761.

concomitance d'une question de constitutionnalité et de conventionnalité dans le domaine du droit de l'Union européenne. La Cour de cassation, dans un arrêt déjà classique *Melki et Abdeli* (22), a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle portant sur la conformité de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité au droit communautaire. La Cour de cassation mettait en cause la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité sur la question préjudicielle. Mais, elle redoutait également, dans le cas où le Conseil constitutionnel se serait prononcé sur la conformité de la loi au droit communautaire (23) de ne pas pouvoir, même après coup, poser une question préjudicielle. Avant même la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont cherché en quelque sorte à désamorcer la crise potentielle. Le Conseil constitutionnel, en premier lieu, a affirmé, à travers un *obiter dictum*, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la conventionnalité de la loi y compris dans le cadre du contrôle *a posteriori* de l'article 61-1 de la Constitution (24). Il confirmait la compétence des juridictions ordinaires en la matière telle qu'il l'avait énoncée dès 1975 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* (25). Le Conseil d'Etat a plus clairement encore jugé que la question préjudicielle pouvait être posée « *à tout instant* » (26) par le juge ordinaire, ce qui relève néanmoins d'une interprétation pour le moins constructive de la lettre de la loi organique.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la question préjudicielle transmise par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 2010 (27). Elle reconnaît la conformité du dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité au droit communautaire tout en posant des limites. En ce qui concerne la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de justice affirme que la question préjudicielle doit pouvoir lui être posée « *à tout moment* » et que le juge national doit disposer des moyens d'ordonner des mesures provisoires et d'écarter la loi nationale contraire au droit de l'Union. Plus encore, dans l'hypothèse où des lois de transposition de directives seraient concernées, la Cour

de justice exige que la question préjudicielle revête « *un caractère préalable* » à la question prioritaire de constitutionnalité pour ne pas dire... une priorité.

Pour résumer : la question prioritaire de constitutionnalité est compatible avec le droit communautaire et peut coexister avec la question préjudicielle posée par le juge à la Cour de justice, à condition au mieux que sa priorité soit équivalente à celle de la question préjudicielle, voire inférieure (28) en cas de mise en cause d'une loi de transposition des directives. Ainsi, la priorité de la question de constitutionnalité, bien que formellement maintenue, semble en fait largement atténuée. D'autant que dans l'affaire ayant donné lieu à ce renvoi préjudiciel, la Cour de cassation, après l'arrêt de la Cour de justice, a refusé de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Elle justifiait ce refus par son impossibilité d'ordonner des mesures provisoires nécessaires pour « *assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* » (29). Cette position a été considérée par la doctrine comme défensive, voire hostile, à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (30). Il est vrai que la Cour de cassation ne dispose pas en droit de la possibilité de prononcer des mesures provisoires, mais la jurisprudence de la Cour de justice permet aux juridictions d'agir ainsi en toutes hypothèses (31). On pourrait imaginer également que la Cour de cassation enjoigne le juge du fond de prendre ces mesures provisoires. Cette question mériterait certainement des précisions rédactionnelles dans le cadre d'une adaptation de la loi organique. A côté de cette question, les autres conditions ont été plus aisément précisées.

## **B. La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité précisée : les conditions du renvoi**

Les conditions prévues par la Constitution sont au nombre de deux. En premier lieu, il faut que soit en cause une « *disposition législative* ». Les juridictions saisies ont largement assimilé l'expression aux actes

(22) Cass., QPC, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.002, JurisData n° 2010-007153.

(23) Dans l'hypothèse de l'inapplication par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence IVG dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.

(24) « *Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France* », Cons. const., décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent, Cons. 16.

(25) Cons. Const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec. CC, p. 19.

(26) CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305, JurisData n° 2010-006167.

(27) CJUE, 22 juin 2010, aff. C 188/10 et C 189/10 *Melki et Abdeli*.

(28) Condition difficile à remplir...

(29) Selon la formule de la Cour de justice (point 57 de l'arrêt du 22 juin 2010, *préc.*) reprise par la Cour de cassation, Cass. Ass. Plén. 29 juin 2010, *Melki et Abdeli* n° 10-40.002.

(30) Voir notamment B. Mathieu, La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, *Semaine juridique*, Ed. G., n° 27, 5 juillet 2010, 764. V. toutefois le débat entre J.F. Akandji-Kombé et M.F. Mazars : "QPC : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ?", RDT nov. 2010 p. 622.

(31) Conformément à la jurisprudence de la CJUE, depuis l'arrêt du 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89. Rec., 1990 p. I-02433.

ayant valeur législative, c'est-à-dire notamment aux ordonnances ratifiées de l'article 38 de la Constitution ou les lois du pays de Nouvelle-Calédonie (32). En ce qui concerne les lois organiques, seules celles n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel pourront faire l'objet de questions de constitutionnalité. Il s'agit donc seulement des ordonnances organiques prises dans les années 1958-1959 en application de l'article 92 de la Constitution et non soumises au Conseil constitutionnel (33). Les lois organiques adoptées depuis ont toutes fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et ne pourront donc être le support d'une question de constitutionnalité « *sauf changement des circonstances* ».

La deuxième condition prévue par la Constitution est que la disposition législative « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (34). Le Conseil constitutionnel a jugé que la régularité de la procédure d'adoption des lois ne remplissait pas cette condition et ne pouvait donc pas être contestée par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (35). En revanche, l'incompétence négative du législateur peut être invoquée mais seulement « *dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (36). En ce qui concerne les objectifs de valeur constitutionnelle (37), le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu leur invocabilité générale, ni exclut leur invocabilité au cas par cas (38).

Les autres conditions ont été posées par la loi organique. La transmission par le juge saisi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit obéir à trois conditions cumulatives (38 bis). Tout d'abord, la disposition contestée doit être « *applicable au litige ou à la procédure, ou constitue(r) le fondement des poursuites* » (39). La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont entendu largement cette condition, acceptant le fait que l'on soutienne l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en ce qu'elle ne s'applique

pas au litige alors qu'elle devrait le faire selon le justiciable (40). De même, si une disposition législative est susceptible de deux interprétations et que seule une la rend applicable au litige, c'est celle-ci qui sera privilégiée (41). Enfin, une disposition législative concernant le litige mais non encore entrée en vigueur peut être considérée comme applicable au litige, si elle a été prise en considération par l'autorité publique (42).

Ensuite, la disposition contestée ne doit pas avoir « *été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ». Le choix de l'expression, « *les motifs et le dispositif* », permet d'ouvrir le champ des dispositions contestées en intégrant les dispositions des lois non contrôlées, mais visées par le considérant dit « *balai* » lorsque le Conseil l'utilisait de façon large (43). L'expression « *changement des circonstances* » vise des hypothèses où le changement est manifeste que ce soit en droit ou en fait.

Enfin, la dernière condition porte sur le sérieux de la question et se dédouble. Devant le juge ordinaire, il faut que la question ne soit « *pas dépourvue de caractère sérieux* ». Devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, il faut que « *la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux* » (44). On constate ici l'apparition d'une nouvelle condition : la nouveauté, même si elle est alternative au caractère sérieux de la question. Un filtre important se situe à ce niveau : c'est une logique d'entonnoir qui prévaut : les juridictions ordinaires procèdent au renvoi des questions non dépourvues de caractère sérieux tandis que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation examine le sérieux. La condition exprimée négativement semble plus facile à remplir que celle exprimée positivement.

Mais surtout, ce caractère sérieux va conduire les hautes juridictions à faire une sorte de pré-contrôle de

(32) L'article 23-8 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, préc. prévoit expressément cette hypothèse : « *Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province* ».

(33) Non encore mis en place à cette époque.

(34) Article 61-1 de la Constitution.

(35) Cons. const., déc n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. Alain C.

(36) Cons. const. déc n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark.

(37) Sur la notion, voir notamment F. Luchaire, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnel, RFDC, n° 64, 2005, p. 675.

(38) Sur cette question, voir P. Bon, Premières questions, premières précisions, RFDA, 2010, p. 679.

(38 bis) V. à titre d'exemples le rejet d'une transmission de QPC relative à la Commission d'arbitrage des journalistes, ci-après

p. 326, CA Paris 27 janv. 2011, avec l'Avis de l'avocat général F. Rouchereau et le rejet de transmission d'une QPC sur le mécanisme de récusation des conseillers prud'hommes, CPH Lille 21 fév. 2011, ci-après p. 314, n. S. Ducrocq.

(39) Article 23-2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, préc.

(40) Cons. const. décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

(41) CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, req. n° 323.830.

(42) CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. n° 306.643, RFDA, 2010, p. 715, conclusions E. Geffray.

(43) H. Portelli traduisait ainsi l'ancienne jurisprudence du Conseil : « *le Conseil constitutionnel accordant une sorte de brevet de constitutionnalité à la loi en estimant, dans le dispositif, que la loi, examinée dans son ensemble, n'était pas contraire à la Constitution par exemple, dans la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (blocage des prix et des revenus)* », Sénat, Rapport n° 637 (2008-2009) de M. H. Portelli au nom de la Commission des lois, déposé le 29 septembre 2009.

(44) Article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, préc.

constitutionnalité. Plus exactement, en cas de refus de renvoi fondé sur l'absence de sérieux de la question, elles vont émettre un visa de constitutionnalité pour la disposition en cause ; la question étant jugée non sérieuse, le Conseil constitutionnel ne se prononcera pas dessus (45). Ainsi, les deux hautes juridictions peuvent soustraire du contrôle du Conseil constitutionnalité des dispositions importantes. En ce sens, le Conseil d'Etat a pu juger que la contestation de son double rôle,

juridictionnel et consultatif, ne soulevait pas une question qui soit nouvelle ou sérieuse ce qui pourrait, on le conçoit aisément, se discuter (46).

Si l'un des effets indirects de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité est de faire du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation des juges de la constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel reste le seul juge de l'inconstitutionnalité de la loi.

## II. L'exercice du contrôle de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel : "Beaucoup de bruit pour rien" ? (47)

Le Conseil constitutionnel exerce donc après renvoi des hautes juridictions un contrôle de constitutionnalité classique mais également novateur en ce qu'il porte sur une disposition en vigueur. L'originalité se singularise à la fois par la procédure suivie (A) et par les effets de la décision du Conseil constitutionnel (B).

### A. Une procédure inédite

Le Conseil constitutionnel a établi en février 2010 un *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* (48). Dans le cadre temporel qui lui est donné, c'est-à-dire trois mois, le Conseil constitutionnel doit organiser une procédure contradictoire. En effet, si l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (49) au Conseil constitutionnel en tant que juge électoral a été explicitement réfutée par la Cour de Strasbourg (50), celle-ci a, en revanche, jugé que cet article était applicable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La Cour européenne de droits de l'Homme a, sur ce fondement, condamné certains pays du fait de l'absence de procédure contradictoire lors du contrôle opéré par le juge constitutionnel (51). Le règlement intérieur du 4 février 2010 organise donc une procédure contradictoire d'échanges d'observations entre les parties, enserrée dans des délais très brefs, qui justifient d'ailleurs

le principe de la dématérialisation des échanges, prévu dans le règlement. Seule la décision de renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat devra être expédiée au Conseil constitutionnel. En ce qui concerne l'impartialité, le règlement intérieur organise une procédure permettant la récusation d'un des membres du Conseil, à son initiative ou à la demande d'une partie, en conformité avec la jurisprudence européenne (52). L'audience est publique et les représentants des parties, s'ils sont avocats au Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, peuvent présenter des observations orales. Après la délibération, la décision est rendue. Elle n'est susceptible d'aucun recours (53), si ce n'est la demande de rectification d'erreurs matérielles accessible aux parties dans les vingt jours suivant la décision.

Dans ses décisions, le Conseil a tranché plusieurs interrogations soulevées lors des premiers mois de pratique, notamment en ce qui concerne l'articulation des différents contrôles, entre les juridictions ordinaires, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et son propre contrôle. Ainsi, le Conseil constitutionnel a reconnu aux deux Hautes juridictions une totale liberté pour déterminer si une disposition législative était ou non applicable au litige et ce dès la première décision « QPC » dans un considérant de principe très clair : « *Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de*

(45) Il faudra attendre une nouvelle occasion de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité identique pour que cette interprétation puisse éventuellement évoluer.

(46) CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, req. n° 320.667, voir O. le Bot, Le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat validé... par le Conseil d'Etat, note sous CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, LPA, 28 juillet 2010, n° 149, p. 11.

(47) D'après le titre de la pièce de W. Shakespeare (1600) et du film de K. Branagh (1993).

(48) Voir M. Guillaume, Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, PA, 2010, n° 38 p. 3.

(49) Qui consacre le droit à un procès équitable en disposant notamment : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai*

*raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

(50) CEDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, voir L. Burgorgue-Larsen, La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral, n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, AJDA, 1998, p. 65.

(51) Sur cette question, voir S. de La Rosa, L'article 6 §1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité, RFDC, n° 80, 2009, p. 819.

(52) CEDH, 8 février 2000, *Mc.Gonnell c. Royaume-Uni*.

(53) Conformément à l'article 62 de la Constitution.

remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites » (54).

En revanche, et la question faisait l'objet de débats doctrinaux et de divergences juridictionnelles, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (55). Cette reconnaissance de l'effectivité de l'interprétation juridictionnelle de la disposition législative est logique. Elle a été saluée par la doctrine et elle est conforme aux standards utilisés par les autres juridictions constitutionnelles dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, notamment la « doctrine du droit vivant » (56) appliquée par la Cour constitutionnelle italienne (57). Ce faisant, le raisonnement du Conseil constitutionnel le conduit, dans un premier temps, à reconnaître le Conseil d'État et la Cour de cassation comme interprètes authentiques de la loi et, dans un second temps, à se reconnaître lui-même juge de la constitutionnalité de cette interprétation. Dans la décision du 6 octobre 2010 *Mmes Isabelle D. et Isabelle B* (58), le Conseil a jugé conforme à la Constitution l'interprétation de la disposition législative en cause par la Cour de cassation ; il n'empêche qu'il pourra dans l'avenir décider autrement...

Ainsi, le Conseil constitutionnel pourra mettre en cause des interprétations jurisprudentielles qu'il jugera contraires à la Constitution. Néanmoins, faudra-t-il au Conseil constitutionnel abroger une loi sous prétexte que la jurisprudence a donné un sens inconstitutionnel à certaines de ses dispositions qui, en tant que telles, ne sont pas nécessairement contraires à la Constitution ? Sur cette question, il semble qu'une réserve d'interprétation pourrait permettre au Conseil constitutionnel d'écarter l'interprétation jurisprudentielle inconstitutionnelle en ménageant la loi potentiellement conforme (59).

De la même façon, on doit considérer au regard de cette jurisprudence qu'un changement de jurisprudence devrait être assimilé à un changement des circonstances justifiant le réexamen de la disposition législative concernée.

L'apport de l'inclusion de la doctrine du droit vivant dans le contrôle du Conseil constitutionnel est incontestable, mais elle porte en germe le risque que les Hautes juridictions préfèrent, dans certains cas, ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité. Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel ne peut rien y redire, alors qu'un renvoi le conduirait à se prononcer sur la constitutionnalité de leur interprétation de la loi de façon autonome. Au-delà de la technique de contrôle, l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel se singularise également par les effets possibles de la décision.

## B. Des effets multiples

La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil dans le cadre d'une décision « QPC » (60) entraîne l'abrogation de la disposition législative concernée. L'article 62 alinéa 2 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel le pouvoir de moduler dans le temps l'effet abrogatoire de sa décision (61). La jurisprudence initiée par le Conseil sur ce point ouvre plusieurs possibilités. En premier lieu, elle vise dans certains cas à faire bénéficier de l'effet de l'abrogation les requérants ayant introduit la question prioritaire de constitutionnalité et les justiciables ayant un contentieux en cours. Ainsi, le Conseil constitutionnel a par exemple estimé que l'abrogation de l'article L7 du Code électoral permettait « aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi » (62).

Elle vise également à respecter les droits du Parlement lorsque l'abrogation d'une disposition législative nécessite l'adoption d'une nouvelle loi. En ce sens, le Conseil peut différer les effets de l'inconstitutionnalité pour laisser le temps au Parlement de prendre une nouvelle loi. Cette technique peut se combiner avec l'application de

(54) Cons. const., décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*, préc., cons. 6.

(55) Cons. Const. décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2.

(56) Sur cette notion, voir C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, LGDJ, PUAM, 2003.

(57) Voir D. Rousseau, *L'art italien au Conseil constitutionnel*, Gaz. Pal. 27 octobre 2010, n° 293-294, p.12.

(58) Cons. Const. décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, préc.

(59) En ce sens voir C. Radé, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?*, préc.

(60) « Sur les 83 décisions rendues, 56 % sont de conformité, 34 % de non-conformité totale (14 décisions), partielle (7 décisions) ou avec réserve (9 décisions), 10 % de non-lieux » Source, Conseil constitutionnel, Bilan de la QPC au 1<sup>er</sup> mars 2011, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, mars 2011.

(61) « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

(62) Cons. const., décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A et autres*, cons. 6.

l'abrogation aux espèces en cause. Ce fut le cas pour la décision portant sur la décrystallisation des pensions dans laquelle le Conseil a différé l'inconstitutionnalité tout en permettant son application aux instances en cours (63). Mais dans certains cas, les exigences de l'ordre public s'ajoutent à la souveraineté parlementaire et affaiblissent les droits des requérants qui peuvent être exclus des effets de l'inconstitutionnalité. Ainsi, dans la décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a procédé à l'abrogation de plusieurs articles du Code de procédure pénale relatifs à la garde à vue, tout en différant pour tous l'effet de l'abrogation (64).

Sur le fond, les décisions portent sur l'ensemble des branches du droit et des normes constitutionnelles (65). Il a ainsi condamné la pratique des peines obligatoires lorsque le juge ne peut individualiser la peine, ce qui était le cas dans le cadre de l'article L7 du Code électoral (66) et de l'article 1741 du Code général des impôts (67), tous deux abrogés par les décisions du Conseil. Il prend également soin de faire respecter le principe d'égalité devant les charges publiques, mais le contrôle du Conseil constitutionnel bien qu'*a posteriori* reste abstrait, il ne se saisit pas réellement du cas d'espèce. Le contrôle se rapproche de celui de l'article 61 de la Constitution.

En conséquence, si les regards sont tournés vers le Conseil constitutionnel et les apports potentiels de la nouvelle procédure « QPC », il semble que la nouveauté soit plutôt à chercher vers les Hautes juridictions dans le « pré » contrôle de constitutionnalité qu'elles effectuent. Des questions se posent néanmoins lorsque ces Hautes juridictions décident de ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel. Dans ce cas, il s'agit *in fine* d'un vrai contrôle de constitutionnalité qui pourrait tout aussi bien être qualifié de déni de contrôle de constitutionnalité...

L'existence de ce qui pourrait être qualifié de jugement en opportunité rendu par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sur le sérieux de la question constituée à la fois la condition du succès et la limite de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

Des interrogations sur les moyens de contester les arrêts refusant le renvoi au Conseil constitutionnel se développent, comme en témoignent les auditions réalisées par la Commission des lois (68). Si une procédure d'appel de ces décisions devant le Conseil constitutionnel ne paraît ni pertinente ni envisageable au regard de la pratique et de la tradition juridique française, une autre perspective est également proposée par certains (69). Il s'agirait de confier au Conseil constitutionnel le droit de demander une nouvelle délibération aux juridictions suprêmes portant sur les deux premiers critères du filtre (l'applicabilité de la disposition législative au litige et le fait que la disposition n'ait pas déjà été formellement déclarée conforme à la Constitution). Par sa demande de nouvelle délibération, le Conseil constitutionnel considère nécessairement le critère du sérieux comme étant rempli. Cette objectivisation du contrôle permettrait sans doute d'améliorer le contrôle de constitutionnalité proposé dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, et entraînerait, au profit du justiciable, une sécurisation juridique accrue des différentes branches du droit. En revanche, il n'est pas certain qu'une telle sécurisation serait obtenue dans les relations entre les juridictions, le dialogue des juges risquant de passer pour certains pour un monologue.

En définitive et malgré ces incertitudes, si le succès quantitatif de cette superproduction juridique est incontestable, la durée de celui-ci est plus incertaine. En effet, si la nouvelle mission du Conseil constitutionnel de contrôle *a posteriori*, dans le cadre de la question prioritaire, s'accompagne d'une efficacité renforcée du contrôle de constitutionnalité *a priori* (70), la source de lois inconstitutionnelles en vigueur devrait progressivement se réduire.

Dans l'avenir, la réduction du nombre de dispositions censurées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité signifierait donc paradoxalement un accroissement des garanties constitutionnelles pour les justiciables... CQFD pour la QPC...

**Alain Pariente**

(63) Cons. const., décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*, cons. 12.

(64) Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*, cons. 30. en prenant soin de préciser « que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

(65) « Les deux matières ayant donné lieu au plus de décisions sont le droit pénal (17) et le droit fiscal (18). Cependant, les 83 décisions rendues portent sur des matières très diverses (droit social, des pensions, électoral, commercial, de propriété, de la famille...). Par exemple : n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 (noms de domaine sur Internet), n° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010 (taxe générale sur les activités polluantes), n° 2010-100 QPC du 11 février 2011 (loi de validation du contrat de concession du Grand stade), n° 2010-101 QPC du 11 février 2011 (droits des professionnels libéraux) ». Source,

Conseil constitutionnel, Bilan de la QPC au 1<sup>er</sup> mars 2011, mars 2011, préc.

(66) Cons. const., décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *Stéphane A et autres*.

(67) Cons. const., décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D et autres*.

(68) Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Rapport d'information n° 2838, présentée par J.-L. Warsmann, sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Auditions, pp. 25 et s.

(69) Notamment Guy Carcassonne, lors des auditions préliminaires au rapport Warsmann, préc.

(70) Pour un exemple récent, voir la censure de la loi dite LOPPSI 2, Cons. const., déc n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.