



Université Lille 2
Droit et Santé



MISSION DE RECHERCHE
DROIT & JUSTICE



Droits et
Perspectives du droit
EA n° 4487

La question prioritaire de constitutionnalité

**Étude sur le réagencement du procès
et de l'architecture juridictionnelle française**

Université Lille 2
Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit

Étude dirigée par

Emmanuel Cartier,
Professeur à l'Université de Lille 2 Droit et Santé

**Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche
réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice
convention n° 10-19.**

**Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.
Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord de la
Mission.**

La question prioritaire de constitutionnalité

Étude sur le réagencement du procès
et de l'architecture juridictionnelle française

Université Lille 2
Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit

Étude dirigée par

Emmanuel Cartier,
Professeur à l'Université de Lille 2 Droit et Santé

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice convention n° 10-19.

**Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.
Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.**

Remerciements

Cette étude a été menée entre janvier 2011 et juin 2012 à l'Université de Lille 2 dans le cadre du Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit et de la Mission de Recherche Droit et Justice. Il s'agit d'une étude interdisciplinaire mixte qui a rassemblé des enseignants-chercheurs et doctorants français de droit privé et de droit public de Lille et du Nord pour l'essentiel mais aussi de Besançon, de Créteil et de Paris.

Nos remerciements s'adressent tout d'abord à l'équipe de recherche, nombreuse, qui a joué le jeu de l'interdisciplinarité et de la dynamique collective pendant dix huit mois et qui a produit un travail approfondi et documenté sur une thématique riche et en pleine évolution. Nos remerciements vont en particulier aux responsables du « Pôle jurisprudence » Pauline TÜRK et Valérie DURAND et à leurs équipes mixtes, composées principalement de jeunes chercheurs, qui ont réalisé un formidable travail de recherche et de mise en forme du matériau principal au sein des tableaux de jurisprudence croisée sur la base desquels une grande partie des analyses ont pu être réalisées¹.

Nous formulons ensuite des remerciements appuyés au Président Serge DAËL qui par son enthousiasme pour ce projet et son investissement personnel nous a apporté toute l'aide logistique et intellectuelle possible, notamment afin de nous mettre en rapport avec certains des acteurs centraux de la QPC.

Nos remerciements vont aussi aux professeurs Marc VERDUSEN et Massimo LUCCIANI, ainsi qu'à Charlotte BONTEMPS DI STRUCO, qui ont accepté de présider un atelier pendant le déroulement de l'étude et nous ont apporté leur éclairage comparé, judicieux et pertinent sur nos propres hypothèses de recherche.

Nous tenons à adresser nos plus vifs remerciements aux « acteurs » de la QPC qui ont accepté de recevoir les membres de l'équipe et/ou de participer à une journée de rencontre avec notre équipe à la faculté de droit de Lille 2. Nous tenons à remercier chacun d'entre eux pour l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de notre projet ainsi que pour leur grande disponibilité. Il s'agit respectivement :

Pour le Conseil constitutionnel :

M. Jean-Louis DEBRE, Président du Conseil constitutionnel, ancien Président de l'Assemblée nationale.

M. Renaud DENOIX DE SAINT MARC, membre du Conseil constitutionnel, ancien Vice-président du Conseil d'Etat.

M. Guy CANIVET, membre du Conseil constitutionnel, ancien Premier président de la Cour de cassation.

M. Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Conseiller d'Etat.

¹ Outre certains membres de ce pôle dont les noms figurent parmi les contributeurs (Thomas DELANLSSAYS, Geoffroy HILGER et Franck ZERDOUMI), nous remercions : Edouard SALABERT (doctorant en droit public, ancien ATER en droit public, Université de Lille 2, CRDP – ERDP) ; Emmanuelle INIACIO, (doctorante en droit privé, Université du Littoral Côte d'Opale, ULCO – LARJ) ; Myriam Mailly (doctorante en droit privé, Université de Lille 2 et University of Kent, LARJ) ; nos étudiants du M2 Droit public général et contentieux publics, Antoine BÉCHET, Marina BENIGNI, Valentine MARTIN, Amandine DESCAMPS, Guillaume CHOLET, Maxence DUBREUCQ, Martin LAFON).

Pour le Conseil d'État :

M. Bernard STIRN, président de la Section du contentieux du Conseil d'État.
M. Serge DAËL, conseiller d'État honoraire, ancien président adjoint de la Section du contentieux.
M. Jean-Philippe THIELLAY, conseiller d'État.
Mme Sophie-Justine LIEBER, maître des requêtes au Conseil d'État.
Mme Aurélie BRETONNEAU, maîtres des requêtes au Conseil d'État.

Pour la Cour de cassation :

M. Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation.
MM. Claude MATHON et Pierre CHEVALIER, avocats généraux près la Cour de cassation.
M. Jean-Pierre GRIDEL, conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation.

Pour les Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel :

M. Bernard FOUCHER, président de la CAA de Douai.
M. Jean-Jacques CHEVALIER, président du TA de Lille.
M. Antoine DURUP DE BALEINE, Premier Conseiller à la CAA de Douai.
M. Jacques LEPERS, Vice-président du TA de Lille.

Pour les Tribunaux de grande instance et Cours d'appel :

Mme Dominique LOTTIN, Première présidente de la CA de Douai.
Mme Elisabeth POLLE-SENANEUCH, Vice-présidente du TGI de Lille.
M. Jean-Luc RAYNAUD, Conseiller à la Chambre sociale de la CA de Douai.
Mme Claude LAFONT, Avocate générale près la CA de Douai.

Magistrats placés en position de détachement :

M. Thierry VOUAUX, magistrat détaché à l'ENM, Coordonnateur régional de formation pour les CA d'Amiens, Douai et Rouen.
Mme Isabelle ROHART-MESSAGER, Sous-directrice, chef du département des formations professionnelles spécialisées ENM.

Pour le Secrétariat général du Gouvernement :

M. Thierry-Xavier GIRARDOT, conseiller d'Etat, directeur du Secrétariat général du Gouvernement.
M. Xavier POTTIER, conseiller des TA et CAA, chargé de mission auprès du SGG pour la QPC.

Pour la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (D.A.J.) :

Mme Catherine BERGEAL, conseiller d'État, directrice de la D.A.J.
Mme Annick BIOLLEY-COORNAERT, responsable de la cellule « coordination relations extérieures, études et légistique » de la D.A.J.

Pour le barreau de Paris :

Me Frédéric BLANCPAIN, avocat aux Conseils.
Me Charles-Louis VIER, ancien avocat aux Conseils.
Me Clémence CORDIER, avocate au barreau de Paris.

Pour le barreau de Lille

Me Emmanuel MASSON, Bâtonnier de l'ordre des Avocats du Barreau de Lille.
Me Alain SCHRECK, avocat au barreau de Lille.
Me Mathieu VERLY, avocat au barreau de Lille.
Me Julien Bailly, avocat au barreau de Lille.

Pour les collectivités territoriales auteurs de QPC

M. François BERNARD, directeur du service juridique du CG du Nord.

M. Alexis QUINT, directeur du service juridique du CR du Nord Pas de Calais.

Nous remercions enfin David GALATI, Franck ZERDOUMI et Lilya AÏT MENGUELLET pour leur aide logistique lors de la relecture et de la correction formelle de ce rapport, ainsi que l'équipe administrative du CRDP-ERDP de Lille 2, en particulier Eric FOURE son secrétaire général et Maryse LESNE, notre secrétaire, qui ont contribué à la bonne réalisation des réunions et journées d'études qui ont été organisées ainsi qu'à la mise en place et à la diffusion des questionnaires et à la production de ce rapport.

AUTEURS

- **Delphine AUTEM**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Privé).
- **Aurélien BAUDU**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Romain BOUCQ**, Maître de conférences associé à l'Université de Lille 2, CERAPS (Centre d'Études et de Recherches Administratives, Politiques et Sociales).
- **Emmanuel CARTIER**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.
- **Gaël CHANTEPIE**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit).
- **Audrey DARSONVILLE**, Professeur à l'Université d'Auvergne, Centre Michel de l'Hospital.
- **Thomas DELANLSSAYS**, Doctorant à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Edouard DUBOUT**, Professeur à l'Université Paris Est, SDIE (Sources du Droit, Institutions, Europe).
- **Valérie DURAND**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.
- **David GALATI**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Manuel GROS**, Professeur à l'Université de Lille 2, Doyen honoraire, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Geoffroy HILGER**, Doctorant à l'Université de Lille 2, CRDP- Équipe René Demogue (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit).
- **Arnaud JAUREGUIBERRY** Doctorant à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Centre de Droit européen.
- **Anne JENNEQUIN**, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Centre Éthique et Procédures.
- **Catherine MINET-LETALLE**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.
- **Christophe MONDOU**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Marc PICHARD**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Privé).

- **Corinne ROBACZEWSKI**, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Centre Éthique et Procédures.
- **Solange SEGALA DE CARBONNIÈRES**, Maître de conférences à l'Université de Valenciennes, IDP (Institut du Développement et de la Prospective).
- **Isabelle THUMEREL**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.
- **Gilles TOULEMONDE**, Maître de conférences - HDR à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Pauline TÜRK**, Maître de conférences - HDR à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Frank ZERDOUMI**, Docteur en Droit public, Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).

Liste des contributions

AUTEM (D.), Maître de Conférences en droit privé – HDR, LERADP – CRDP, Université de Lille 2,

- « L'appréciation du caractère sérieux opéré par la Cour de cassation à l'aune de la théorie dite du droit vivant : l'exemple de l'article 815-17 du Code civil ».

BAUDU (A.), Maître de Conférences en droit public, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,

- « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions financières ».

BERNABÉ (B.), Professeur d'histoire du droit, Université de Franche-Comté, CRJFC (Besançon) – Centre Georges Chevrier (Dijon) (associé),

- B. Bernabé, E. Cartier, « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès par la QPC » (Introduction générale).
- B. Bernabé, S. Ségala de Carbonnières, « Les facteurs de résistance au plein déploiement de la QPC : la culture judiciaire ».

BOUCQ (R.), Maître de Conférences associé en droit privé, CERAPS, Université de Lille 2,

- « L'affaire Melki : un usage tactique original de la QPC ».

CARTIER (E.), Professeur de droit public, ERDP-CRDP, Université de Lille 2,

- E. Cartier, B. Bernabé, « L'introduction d'un nouveau gène dans le procès » (Introduction générale).
- « Les magistrats ordinaires : entre stratégies défensives et régulatrices de la loi ».
- « La variété de la clientèle du Conseil constitutionnel ».
- « Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives ».
- « La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : la question des effets des décisions QPC ».
- « Les juridictions suprêmes infériorisées de manière inégale dans leur rapport à la loi.
- « Introductions » des Titres, Chapitres et Sections.
- « Conclusions » des Titres, Chapitres et Sections.
- « Conclusion générale de l'étude ».

CHANTEPIE (G.), Professeur de droit privé, CRDP, Université de Lille 2,

- « Le contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux dans la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ».
- « Le contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation ».

DARSONVILLE (A.), Professeur de droit privé et sciences criminelles, Centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne,

- « Le contrôle du caractère sérieux et nouveau par la Chambre criminelle de la Cour de cassation ».

DELANLSSAYS (T.), Doctorant en Droit public, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,

- « La motivation des actes juridictionnels rendus par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ».
- M. Gros, T. Delanlssays, « Le droit de l'environnement en question prioritaire de constitutionnalité ? »

DUBOUT (E.), Professeur de droit public, SDIE, Université Paris Est,

- « L'efficacité structurelle du procès constitutionnel ».

DURAND (V.), Maître de Conférences en droit privé et sciences criminelles, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale,

- « Quelques enseignements statistiques relatifs aux questions prioritaires de constitutionnalité examinées par la Cour de cassation ».

- « L'appréciation portée par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation sur les caractères nouveau et sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité.
 - « L'appréciation portée par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation sur les caractères nouveau et sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité ».
 - « Propos introductifs ».
 - P. Türk, V. Durand, « Les convergences et divergences dans l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité », avec la collaboration de M. le Professeur Gaël Chantepie, de Mme Catherine Minet (MCF-HDR) et de M. Geoffroy Hilger.
- GALATI (D.), Maître de Conférences en droit public, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,
- D. Galati, I. Thumerel, G. Toulemonde, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême ».
 - D. Galati, I. Thumerel, G. Toulemonde, « Identification des convergences et des divergences dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ».
- GROS (M.), Professeur de droit public, Doyen honoraire, ERDP-CRDP, Université de Lille 2,
- « Commentaire des résultats des questionnaires "acteurs de la question prioritaire de constitutionnalité" ».
 - « Le détournement de question prioritaire de constitutionnalité comme moyen de faire interpréter plus vite la loi par le Conseil d'Etat ».
 - M. Gros, T. Delanlssays, « Le droit de l'environnement en question prioritaire de constitutionnalité ? »
- HILGER (G.), Doctorant en droit privé et sciences criminelles, Equipe René Demogue – CRDP, Université de Lille 2,
- « Le contrôle de l'interprétation de la loi pénale par le Conseil constitutionnel après transmission d'une QPC : la position sibylline de la Chambre criminelle ».
- JAUREGUIBERRY (A), Doctorant à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Centre de Droit européen.
- « Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel dans l'ordre externe : la place ambiguë du droit européen »
- JENNEQUIN (A.), Maître de Conférences en droit public, Centre Ethique et Procédures, Université d'Artois,
- « Question prioritaire de constitutionnalité et réserves d'interprétation ».
- MINET-LETALLE (C.), Maître de Conférences en droit privé – HDR, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale,
- « Synthèse des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation rendus en matière de question prioritaire de constitutionnalité jusqu'au 31 décembre 2011 ».
- MONDOU (C.), Maître de Conférences en droit public – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,
- « Les justiciables publics : l'exemple des collectivités territoriales ».
- PICHARD (M.), Professeur de droit privé et sciences criminelles, LERADP – CRDP, Université de Lille 2,
- « L'examen préalable des questions prioritaires de constitutionnalité par la première chambre civile de la Cour de cassation ».
- ROBACZEWSKI (C.), Maître de Conférences en droit privé, Centre Ethique et Procédures, Université d'Artois,
- « Le Ministère public, acteur de la question prioritaire de constitutionnalité ».
- SEGALA DE CARBONNIÈRES (S.), Maître de Conférences en histoire du droit, IDP, Université de Valenciennes,
- « Les facteurs de résistance judiciaire au plein développement de la QPC. ».

THUMEREL (I.), Maître de Conférences en droit public, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale,

- I. Thumerel, D. Galati, G. Toulemonde, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême ».
- I. Thumerel, D. Galati, G. Toulemonde, « Identification des convergences et des divergences dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ».

TOULEMONDE (G.), Maître de Conférences en droit public – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,

- G. Toulemonde, D. Galati, I. Thumerel, « Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême ».
- G. Toulemonde, D. Galati, I. Thumerel, « Identification des convergences et des divergences dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ».

TÜRK (P.), Maître de Conférences en droit public – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,

- « Quelques enseignements des statistiques du tableau consacré aux arrêts du Conseil d'Etat ».
- « Quelques enseignements des statistiques du tableau consacré aux décisions du Conseil constitutionnel ».
- - « Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ».
- Avec V. Durand, « Les convergences et divergences dans l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité », avec la collaboration de M. le Professeur Gaël Chantepie, de Mme Catherine Minet (MCF-HDR) et de M. Geoffroy Hilger (Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation).
- Synthèse des tableaux comparatifs. Conclusion sur les convergences et divergences dans l'appréciation par les cours suprêmes des caractères nouveau et sérieux (Regards croisés sur l'appréciation des critères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation).

WARUSFEL (B.), Professeur de droit public, ERDP – CERDP, Université de Lille 2,

- « Tactiques et stratégies des avocats face à la QPC ».
- « Le réagencement des rapports des juridictions suprêmes dans l'ordre interne ».

ZERDOUMI (F.), Docteur en Droit public, Chargé d'enseignements, ERDP – CRDP, Université de Lille 2,

- « L'articulation entre la question prioritaire de constitutionnalité et les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif ».

Etudiants de M2 dont les rapports sont joints en annexe du rapport général :

BENIGNI (M.), *Le caractère sérieux de la question dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M.2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.

MARTIN (V.), *La condition de l'applicabilité au litige de la question devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M.2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.

Sommaire

Introduction	p.17
PARTIE I : L'IMPACT DE LA QPC SUR LE PROCÈS : UNE RÉARTICULATION DU PROCÈS DE SES ACTEURS	p.31
Chapitre 1 : Une redéfinition dynamique des rapports entre les acteurs du procès	p.33
<i>Section 1 : Les enseignements à tirer des outils de mesure de cette redéfinition</i>	p.33
<i>Section 2 : Le positionnement tactique et stratégique des acteurs du procès face à la QPC</i>	p.58
Chapitre 2 : Une reconfiguration novatrice du procès autour du contrôle de constitutionnalité	p.123
<i>Section 1 : Quelles spécificités du procès constitutionnel ?</i>	p.124
<i>Section 2 : Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ?</i>	p.184
PARTIE II : L'IMPACT DE LA QPC SUR L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE : UNE MUTATION DU DUALISME JURIDICTIONNEL AU SEIN D'UNE STRUCTURE TERNAIRE	p.211
Chapitre 1 : Un réagencement dynamique des rapports entre juridictions	p.215
<i>Section 1 : Diversité et complexité des nouvelles frontières juridictionnelles</i>	p.216
<i>Section 2 : Un réagencement source d'ambiguïté pour les juridictions suprêmes</i>	p.244
<i>Section 3 : L'enjeu de l'interprétation : le conseil constitutionnel interprète authentique c la loi ?</i>	p.265
Chapitre 2 : L'incidence de la QPC sur le dualisme juridictionnel : le paradigme évolutionniste de l'office juridictionnel	p.317
<i>Section 1 : Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation</i>	p.319
<i>Section 2 : Une « convergence évolutive » dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ?</i>	p.409
Conclusion générale	p.419
Annexes	p.423
Bibliographie générale	p.669
Table des matières	p.691

INTRODUCTION GENERALE

L'introduction d'un nouveau gène dans le procès

Boris BERNABE¹ et Emmanuel CARTIER²

Longtemps attendue, saluée comme une avancée démocratique et juridique par les uns, critiquée par les autres soit pour son arrivée trop tardive en France, soit pour son manque d'ambition, soit pour l'insécurité juridique qu'elle ferait peser sur le corpus législatif, soit encore pour son caractère autoritaire vis-à-vis des juridictions dites « ordinaires », l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans le droit français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 9 décembre 2009 comporte de nombreux enjeux et peut être envisagée selon différentes perspectives ouvrant chacune un champ de recherche conséquent et pour le moins très intéressant. Ainsi, l'introduction de la QPC dans l'ordre constitutionnel français procède d'une double lenteur³ : lenteur de la création d'un contrôle de constitutionnalité de la loi ; reconnaissance tardive, par l'avènement de la procédure par QPC effective le 1^{er} mars 2010, d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité par tout justiciable⁴ souhaitant contester une disposition législative qui lui serait applicable et portant « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1 C.).

Lenteur de l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité de la loi

Il sera brièvement fait référence, dans les pages qui suivent, à l'histoire constitutionnelle de la France. Non seulement à son histoire formelle, depuis 1791, mais aussi à son histoire matérielle, plus longue, bâtie avec le temps, et qu'on appelle parfois la « constitution coutumière du royaume ». Pourquoi remonter si loin ? Pour prendre naturellement en considération les modalités de son contrôle. Car, depuis que les éléments de cette constitution coutumière existent, depuis qu'ils ont été forgés par l'histoire et le caprice des faits, les hauts magistrats de la *curia regis*, les magistrats du Parlement, institution née au XIII^e siècle, se sont posés en gardiens de ces « lois fondamentales du royaume ». Depuis l'affirmation de la primogéniture masculine comme pierre angulaire de la dévolution successorale de la couronne, jusqu'à la règle de catholicité du roi, en passant par la théorie statutaire imposant les critères de la domanialité publique, le Parlement, cour souveraine de justice, a toujours joué un rôle dans la conservation et la consolidation de la constitution monarchique⁵. Ce sont donc des juges qui, pendant près de six siècles, ont non seulement veillé à l'intégrité de la constitution du royaume, mais encore contribué à son évolution. Des juges dont on verra qu'ils ont aussi joué un rôle politique en revendiquant une part de la puissance législative dont le roi affirmait pourtant qu'il en était le seul détenteur. Ambivalence de la fonction des hauts magistrats d'Ancien Régime qui, par des engagements radicaux, va engager la France dans la

¹ Professeur à l'Université de Franche-Comté, CRJFC (Centre de Recherche Juridique de l'Université de Franche-Comté ;

² Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.

³ KRYNEN J., *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, ch. 7, p. 289 s.

⁴ Par justiciable, il faut entendre « l'individu en tant qu'il peut être entendu ou appelé en justice pour y être jugé ; en tant qu'il peut obtenir justice et être soumis à la justice », CORNU, G., dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris : PUF, 2007, p. 533.

⁵ Nombreux ouvrages sur la question. Consulter, par exemple, KRYNEN, J., *L'empire du roi*, Paris, Gallimard, 1993 ; Y. SASSIER et F. SAINT-BONNET, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 4^e éd., 2011.

voie de la Révolution et de la « séparation des pouvoirs », notion éminemment contemporaine.

Or, le refus de retrouver à la tête politique de la Nation des juges-législateurs, la volonté de ne pas renouer avec l'expérience des Parlements, va conduire à la création de la dualité juridictionnelle que nous connaissons. Au fond, pour résumer d'un trait, le juge administratif est né au XIX^e siècle de la volonté de sanctuariser le domaine de la Loi, à la fin du XVIII^e siècle, en l'isolant de la main des juges. Le Conseil constitutionnel est né au milieu du XX^e siècle de cette dualité juridictionnelle, du refus d'abandonner aux deux ordres de juridiction le contrôle objectif de la constitutionnalité des lois. Partant, la constitutionnalisation du droit, privé comme public, s'est amorcée. Si bien qu'aujourd'hui, « [la] Loi, établie comme norme suprême depuis la Révolution, n'est plus souveraine que dans le respect de la Constitution. »⁶. Un temps, l'office du juge, réduit à la portion congrue pendant la Révolution, affaibli sous la pression du positivisme légaliste, s'est effacé devant la constitution dont il fut pourtant le gardien naturel. Ce recul judiciaire a favorisé le temps des « conseils », en une phase historique d'« État administratif ». En ce début de XXI^e siècle, le judiciaire semble refaire surface, puisque, sous la pression des institutions internationales cette fois, les « conseils » se transmutent en juges – on verra, en effet, que l'histoire récente du droit constitutionnel doit tout à la génétique.

Lenteur de l'introduction de la QPC

L'apparition tardive du Conseil constitutionnel a engendré une réflexion restrictive quant au champ et aux modalités du contrôle de constitutionnalité : seul un contrôle *a priori*, selon une saisine qui excluait les particuliers, fut organisé. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 finit par instaurer un contrôle *a posteriori* à l'initiative des justiciables mais dont la transmission, après filtrage, relève du juge ordinaire et, in fine des juridictions suprêmes de chaque ordre, sous certaines conditions définies par la loi organique du 9 décembre 2009⁷.

Un point historique de comparaison nous est offert par la procédure de *graphè paranomôn* de l'Athènes classique, l'Athènes de Périclès, âge d'or de la Grèce antique. Les Athéniens distinguaient, en une hiérarchie des normes simple, les lois (*nomoi*) des décrets (*psèphismata*). Les *nomoi* sont des normes fondamentales votées par l'assemblée du peuple, comparables aux principes constitutionnels. Ils peuvent certes être révisés, mais selon une procédure spéciale. Les *psèphismata*, votés aussi par le peuple, regroupent toutes les autres règles. Mais les décrets doivent respecter les *nomoi*, lois souveraines. Aussi, vers 450-430 av. J.-C., est instauré un système permettant de contrôler la conformité des *psèphismata* aux *nomoi*. Ce contrôle peut être *a priori* – au cours du processus d'élaboration de la loi tout citoyen peut dénoncer l'illégalité de la proposition et poursuivre son auteur – ou *a posteriori* – durant l'année qui suit le vote de la loi, tout citoyen peut engager la *graphè paranomôn*.

Il est bien entendu que la *graphè paranomôn* n'est pas l'ancêtre ni du contrôle *a priori*, ni de la QPC, ou alors de très loin et bien inconsciemment. L'intérêt réside dans la comparaison.

⁶ KRYNEN J., *L'emprise...*, p. 289.

⁷ La loi organique du 10 décembre 2009 modifie l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et introduit un chapitre consacré à la QPC. Les conditions de son application et de sa mise en oeuvre sont fixées aux articles 23-1 à 23-12. L'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 prévoit ainsi, outre l'examen de la recevabilité de la QPC, elle-même conditionnée par la recevabilité de l'action principale, trois conditions de transmission que doivent vérifier les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation : « 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. ». L'article 23-4 consacré au filtrage exercé par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation substitue à la 3e condition celle prescrivant que la question doit être « nouvelle » ou présenter « un caractère sérieux ».

Car le cœur de cette procédure athénienne est *judiciaire*. En effet, en conduisant une *graphè paranomôn*, le citoyen engage un procès contre l'auteur de la proposition, toujours désigné et identifiable : mot-à-mot, *graphè paranomôn* signifie « action d'illégalité »⁸. Certes, les raisons de la judiciarisation de la procédure sont inverses dans l'Athènes du V^e siècle av. J.-C. et dans la France du XXI^e siècle. Mais il est remarquable que dans les deux cas, le juge soit gardien de la loi souveraine (un juge d'un genre particulier à Athènes, puisqu'il s'agit du tribunal populaire de l'Héliée).

Ce point commun des deux procédures nous fait toucher du doigt l'essentiel des divergences. Saisine par l'ensemble des citoyens d'un côté, saisine « filtrée » de l'autre ; saisine *pour* un procès d'un côté, saisine *par* un procès de l'autre... c'est que nous parlons aujourd'hui latin au lieu de parler grec en la circonstance. Nous parlons de *constitution*, tandis que les grecs parlent de *politeia*. Aussi, lorsque Aristote revient sur la *Constitution d'Athènes*, il revient sur sa *politique*, c'est-à-dire non pas sur un texte normatif supérieur qui régirait les institutions de la Cité – non pas sur ce qui l'*établit*⁹ –, mais sur les actions qui ont pour finalité de garantir la vie bonne dans la Cité. C'est là que notre civilisation s'écarte définitivement de la civilisation athénienne : nous sommes bien plus romains. Alors le point commun de départ – la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité – le mue en pierre angulaire, symbole de divergences majeures. En effet, si les Grecs engagent une action en illégalité, c'est pour punir celui qui inviterait à pervertir le système politique – la Cité elle-même, cause finale de la vie bonne. Si nous imposons qu'un procès soit à l'origine du contrôle par voie de QPC, c'est pour sauvegarder l'intégrité globale des institutions tributaires de la constitution. Aussi, le nœud gordien de la QPC se situe-t-il dans la judiciarisation du contrôle de constitutionnalité.

C'est pourquoi l'approche et la démarche adoptées dans cette étude sont importantes. Une approche par matière aurait pu consister à souligner l'impact de l'introduction de la QPC sur chaque branche du droit, voire sur chaque contentieux, et le réagencement des contenus normatifs qu'elle a engendré par un phénomène d'interpénétrations. Une approche axée sur les droits et libertés fondamentaux et l'office du juge aurait autorisé à constater un changement de perspective dans l'organisation de l'État et de son droit où le concept d'« État de droit », au cœur duquel la Constitution occupe une place déterminante, se trouverait progressivement supplanté par celui d'« État de Justice »¹⁰, ce dont témoignent les effets structurants de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) sur les droits processuels nationaux depuis plus d'une dizaine d'années. Une approche axée sur la fonction de filtrage confiée au juge ordinaire, voire qui serait limitée à certains des critères du filtrage, aurait permis de faire apparaître la manière dont le juge ordinaire s'est saisi de cette nouvelle procédure ainsi que l'efficacité comparée de la QPC sur la base du nombre de questions renvoyées au Conseil constitutionnel dans chaque ordre juridictionnel.

La démarche adoptée

La démarche suivie dans notre étude a consisté non pas à aborder la question sous l'angle des branches du droit concernées, des droits fondamentaux ou sous celui de la procédure de filtrage mais sous l'angle concret de la reconfiguration du procès et de l'architecture juridictionnelle avec, à terme, la possibilité d'une remise en cause de la spécificité de notre système français : le dualisme de juridiction. Les notions de « justice », aux sens institutionnel

⁸ Voir HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 2007, n° 156.

⁹ Le verbe latin *constituere* signifie « établir ».

¹⁰ KRYNEN J., *L'Etat de Justice. France, XIIIe-XXe siècle, t. 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, (coll. Bibliothèque des Histoires), 2009, p. 11.

et matériel du terme, ainsi que de « procès », sont en effet au cœur de cette réforme dont l'objet est avant tout d'introduire un nouvel incident de procédure dans le procès ordinaire, incident dont se sont saisis ses acteurs classiques, à savoir le juge, les justiciables et leurs avocats. Sans aller encore jusqu'à initier un véritable « *réflexe constitutionnel* » de la part du justiciable¹¹, la QPC a introduit une nouvelle catégorie d'arguments dans le procès dont l'impact peut être décisif quant à la solution : la violation d'un droit ou d'une liberté que garantit la Constitution par une disposition législative applicable au litige ou à la procédure. Tout en étant placée au cœur du procès, elle en est dissociée dans la mesure où elle fait l'objet d'un mémoire distinct du mémoire principal et d'une procédure incidente distincte de celle relative à la résolution du litige à l'occasion duquel la QPC a été soulevée. Cette nouvelle voie d'action incidente est donc caractérisée par une initiative et une solution qui échappent au juge ordinaire puisque la première appartient exclusivement aux parties¹², comme dans le cadre d'une exception, et la seconde relève de la seule juridiction du Conseil constitutionnel et suppose la suspension de l'instance, comme dans le cadre d'une question préjudicielle. Elle demeure néanmoins au cœur du procès et de ses stratégies car la QPC victorieuse doit pouvoir bénéficier *in fine* au justiciable qui l'a soulevée et s'impose à son juge ainsi qu'aux juridictions ayant à connaître d'affaires où s'applique la même disposition législative. La QPC initie par ailleurs une nouvelle temporalité du procès au bénéfice tant du justiciable que du juge du fait de la clarté (par rapport au contrôle de conventionnalité) voire de l'efficacité de la solution apportée par le Conseil constitutionnel (déclaration d'inconstitutionnalité ou de constitutionnalité avec ou sans réserve(s) d'interprétation, effet immédiat ou différé de la déclaration d'inconstitutionnalité, bénéfique ou non pour les instances en cours) et du gain de temps qu'elle génère par rapport à la durée ordinaire d'un procès qui suivrait la voie classique de la première instance, de l'appel et de la Cassation, voire d'un recours ultime devant la Cour EDH. Rappelons que le délai moyen de traitement d'une QPC par le Conseil d'État et la Cour de cassation est de deux mois et demi, quand le Conseil constitutionnel met en moyenne moins de deux mois pour trancher la question, soit au total moins de cinq mois.

Le justiciable est ainsi placé au centre de cette nouvelle procédure qui, à la différence des questions préjudicielles classiques, échappe au juge dans son initiative comme dans sa formulation, tout en participant au dialogue des juges par la fonction de filtrage qui leur a été reconnue par le constituant. Cette nouvelle fonction amène le juge ordinaire et en particulier la juridiction suprême de chacun des deux ordres à exercer un contrôle de constitutionnalité « *néгатif* »¹³, sur la base de l'évidence ou de la nouveauté des moyens d'inconstitutionnalité soulevés. Le Conseil constitutionnel ne dispose d'aucune réelle emprise sur la fonction de filtrage du juge ordinaire – si ce n'est en termes d'influence¹⁴ –, demeurant, conformément à la volonté du constituant, confiné à sa seule fonction de contrôle de constitutionnalité de la loi. Elle participe néanmoins depuis deux ans à un repositionnement des juridictions au sein de chaque ordre juridictionnel, lesquels demeurent formellement séparés sans pour autant être étanches, ainsi qu'en a toujours témoigné l'influence de l'un sur l'autre et la redéfinition

¹¹ Expression empruntée à la thématique du colloque organisé par l'Institut Maurice Hauriou (Université Toulouse I Capitole) à Toulouse le 10 juin 2011, BIOY X., MAGNON X., MASTOR W. et MOUTON S., (dir.), *Question sur la question : Le réflexe constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

¹² Par partie, il faut entendre « *personne physique ou morale engagée dans un procès* », c'est-à-dire « *toute personne qui est dans l'instance, soit comme demandeur soit comme défendeur, soit comme intervenant, y compris le ministère public* », CORNU, dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.663-664.

¹³ Expression empruntée à S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2011, p. 1355.

¹⁴ Il a ainsi défini de manière stricte le critère alternatif du caractère « *nouveau* » de la question à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Cons. const., 3 décembre 2009, 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, §21 : « *une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* ».

ponctuelle de leurs frontières par la jurisprudence parfois audacieuse du Tribunal des conflits et l'action du législateur confortée par la position libérale adoptée en 1987 par le Conseil constitutionnel lui-même¹⁵. Ce repositionnement s'est effectué à l'égard du Conseil constitutionnel via la fonction de filtrage des deux juridictions suprêmes qui les autorise, sans appel, à ne pas renvoyer certaines questions au Conseil constitutionnel. Il peut aussi être constaté entre la juridiction suprême de chaque ordre et les juges du fond lorsque le filtrage comporte un double niveau et implique par conséquent un dialogue entre juges qui n'est pas celui dont ils avaient l'habitude et qui s'appuie sur des questions dont la formulation échappe au juge en charge de les transmettre¹⁶. Un tel repositionnement peut par ailleurs être constaté entre les deux ordres juridictionnels, selon la manière dont chaque juridiction suprême exerce souverainement sa fonction de filtrage sur la base de critères identiques définis par le législateur organique. Le Conseil constitutionnel est en effet simplement informé des QPC qui ne lui ont pas été transmises, sans pouvoir se saisir d'office de certaines. Ce repositionnement concerne enfin les relations entre le juge interne et les juges externes de Strasbourg comme de Luxembourg lorsque sont en cause des droits et libertés fondamentaux ayant leur équivalent dans l'ordre conventionnel ou lorsque est en cause l'application du droit de l'Union, en dépit de la règle de « priorité » instituée au bénéfice de la question de constitutionnalité par le législateur organique.

L'introduction de la QPC il y a deux ans dans un milieu et une structure juridiques constants conduit ainsi à réinterroger à la fois le procès (ses acteurs et ses composantes) ainsi que l'architecture juridictionnelle telle que conçue par les révolutionnaires français, c'est-à-dire sur un mode dual. Elle réinterroge aussi l'office du juge, en particulier celui des juridictions suprêmes, notamment judiciaire, détentrice du monopole de l'interprétation ultime de la loi depuis la suppression du référé législatif par la loi du 1^{er} avril 1837¹⁷. La QPC marquerait-elle aux yeux de la Cour de cassation, attachée à la spécificité d'un office qui lui a tardivement mais sûrement été reconnu, un retour en arrière, par l'introduction d'une sorte de référé législatif qui s'ignorerait, guidé par la formule commode dégagée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* » ?¹⁸

Plus qu'un simple ajout à l'arsenal juridictionnel, l'introduction de la QPC s'apparente rétrospectivement à l'introduction d'un nouveau gène dans la structure juridictionnelle française et son environnement processuel. Comme toute modification génétique, elle a engendré une reconfiguration du milieu de l'organisme receveur - le procès et l'architecture juridictionnelle française - par un phénomène d'échanges réciproques qui, pour partie, une fois réceptionné par les acteurs du procès, a sans aucun doute échappé à la volonté de son donneur. Tout en conservant un caractère objectif voulu par le constituant, le contentieux constitutionnel s'inscrit désormais dans l'architecture du procès, avec ses justiciables, ses enjeux concrets (préjudice éventuel ; incidence des délais de traitement de l'affaire ; droit d'accès à la justice ; droits de la défense, etc.) et a des répercussions conséquentes tant sur

¹⁵ Cons. const., 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*.

¹⁶ Caractéristique qui a pu amener certains juges, notamment judiciaires, à demander officieusement à l'auteur d'une QPC de la reformuler ou à la reformuler lui-même jusqu'à ce que la Cour de cassation sanctionne de telles pratiques contraires à la nature même de la QPC qui demeure la chose du justiciable. Une telle pratique est en outre contraire à la loi organique qui exclut la possibilité pour le juge de soulever d'office une QPC, ce à quoi cela aboutirait. Une telle pratique porte en outre atteinte dans l'espace du procès au principe d'impartialité même si on pourrait considérer que le justiciable qui en bénéficie devient de facto un défenseur de l'intérêt général, au même titre que le juge qui lui apporte son aide. Si de telles pratiques semblent devoir être exclues pour ces raisons, rien n'empêche le juge d'opérer une requalification ou une réinterprétation de manière à conférer une portée utile à la question soulevée par le justiciable.

¹⁷ LESAGE, M., *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, LGDJ, 1960, pp. 24-61.

¹⁸ Cons. const., 23 août 1985, 85-197 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

l'exercice de la fonction du Conseil constitutionnel (rédaction des décisions destinées aux juridictions amenées à faire application de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle) que sur celle du juge dit « ordinaire » (filtrage et conséquences à tirer de la décision du Conseil constitutionnel sur les litiges en cours voire sur ceux potentiels) ainsi que sur celle des avocats (typologie des moyens invoqués ; respect du contradictoire ; oralité du procès) mais aussi sur les pouvoirs publics en général, y compris le législateur.

La mutation génétique initiée par le constituant s'est par conséquent traduite par un échange de gènes entre le procès ordinaire, initial, et le procès constitutionnel qui demeure un procès fait à la loi. Cet échange mutuel de gènes se traduit sur le plan sociologique par un phénomène de double acculturation de la part des acteurs de la QPC qui a été plus simple dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire en raison des similitudes entre le recours pour excès de pouvoir et le contentieux constitutionnel (recours objectif, procédure écrite et inquisitoriale) et de l'habitude pour le juge administratif comme pour les avocats publicistes, de manier certaines des composantes du bloc de constitutionnalité dans le cadre du contrôle des actes administratifs. Le Conseil constitutionnel, tout en s'étant donné les moyens de satisfaire aux principes du droit processuel par la modification de son règlement interne le 4 février 2010 (respect du contradictoire et des droits de la défense, caractère public de l'audience dans laquelle une place essentielle a été accordée à l'oralité, introduction d'une procédure de récusation de ses membres en dépit de réserves conséquentes), conserve son ambiguïté originelle notamment quant à sa composition (a minima la présence d'anciens présidents de la République), ce qui n'est pas sans lui poser un problème de légitimité, sans doute préjudiciable à l'efficacité maximale de la QPC, dans ses relations avec les juridictions ordinaires, notamment judiciaires¹⁹.

Les vecteurs de cette acculturation sont de deux ordres. Tout d'abord l'écrit. Le Conseil constitutionnel a dû s'habituer à appuyer son office non plus sur les lettres de saisine parlementaire mais sur les arrêts de renvoi des juridictions suprêmes ainsi que sur les mémoires des justiciables à l'initiative de la QPC auxquels l'Etat réplique par la voix du Secrétaire général du gouvernement et auxquels peuvent s'ajouter parfois les mémoires de tiers intervenants à l'instance²⁰. Il a par ailleurs dû rapidement se référer non plus au texte de la loi, c'est-à-dire à la « disposition législative », mais à son interprétation concrète et constante par les juridictions suprêmes, c'est-à-dire à la norme²¹. Quant aux juridictions ordinaires, elles ont de leur côté dû apprendre à manier l'argumentaire particulier d'une question de constitutionnalité en s'appuyant sur le bloc de constitutionnalité et sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* comme dans celui de plus en plus conséquent du contrôle *a posteriori*. Elles ont dû par ailleurs apprendre à

¹⁹ Didier GUERIN, Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi déclaré dans *Justice et Médias* à propos de la fonction de filtrage de la Cour : « nous avons parfois eu, sans langue de bois, la crainte de voir des pressions fortes exercées par divers lobbies sur le Conseil constitutionnel qui est, ne l'oublions pas, encore composé essentiellement d'hommes politiques qui ont souvent voté des lois qu'ils sont amenés à censurer. Donc je crois que, vraiment – non ce n'est pas manquer à l'obligation de réserve –, il est clair, en toute hypothèse que la conception sur les discussions les plus stratégiques sera changée le jour où le Conseil constitutionnel ressemblera... à la Cour de Karlsruhe par exemple », GUERIN D., « Question prioritaire de constitutionnalité et loi sur la presse », *Justice et Médias*, Dossier : Question prioritaire de constitutionnalité et droit des médias, Débats, *Légicom*, janvier-mars 2012, n° 48, p. 34.

²⁰ Procédure dans un premier temps admise de facto par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 8 octobre 2010, 2010-42 QPC, CGT-FO et autres, [Représentativité des syndicats]), avant d'être formalisée par son règlement intérieur dans une décision 2011-120 ORGA du 21 juin 2011 *modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*. L'année 2010 compte 4 interventions qui sont exclusivement le fait de personnes morales : la Française des jeux (55 QPC), l'association groupe information asiles (71 QPC) et l'association nationale pour la formation professionnelle (67/86 QPC).

²¹ Cons. const., 6 octobre 2010, 39 QPC, *Adoption au sein d'un couple non marié*, § 2 : « 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 »

décrypter le dispositif des décisions QPC déclarant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative afin de savoir quelles conséquences en tirer sur la solution du litige à l'origine de la QPC ainsi que sur l'ensemble des instances en cours. C'est donc à un véritable apprentissage de la lecture qu'ont dû se livrer tant le Conseil constitutionnel que les juridictions ordinaires. Le second vecteur, sans doute moins important que le premier, compte tenu du caractère essentiellement écrit de la procédure de QPC, est l'oral. En effet, l'introduction de l'oralité devant le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une audience publique désormais distincte du délibéré a donné au contentieux constitutionnel une dimension concrète qu'il n'avait jamais eue auparavant. Les plaidoiries des avocats des auteurs de la saisine, des demandeurs à l'instance principale et des tiers intervenants (à l'appui de la saisine ou contre celle-ci) comme celles en réplique du secrétaire général du Gouvernement, véritable avocat de la loi, sont l'occasion de développer devant l'ensemble des membres du Conseil une véritable dialectique processuelle, selon un mode contradictoire aujourd'hui parfaitement rodé, qui parfois d'ailleurs sort du champ étroit du contentieux purement objectif et de la déconnexion d'avec le litige principal, appelant l'attention des membres du Conseil sur les conséquences concrètes de l'application de la disposition législative en cause dans l'affaire²². Par ailleurs, c'est aussi le seul moment de la procédure où les membres du Conseil peuvent se faire une impression collective de l'affaire et de ses enjeux.

Ce phénomène d'acculturation repose cependant sur des faux-semblants que nous nous sommes attachés à souligner dans cette étude.

Le premier est celui de la nature du contentieux de la QPC qui, contrairement à la volonté du constituant et du législateur organique, n'est pas purement objectif en raison de la prise en compte nécessaire des faits dans le contrôle comme dans la détermination par le Conseil des effets devant être attachés à une déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, contrairement aux apparences, le procès constitutionnel tel qu'introduit dans le cadre du procès ordinaire n'est pas déconnecté de ce dernier. Le Conseil constitutionnel, une fois déterminée l'existence de la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnels a pour tâche de prévoir la réintroduction de sa décision dans le procès ordinaire. Tout se passe comme si le procès *in vitro* devant le Conseil constitutionnel était réintroduit dans le procès *in vivo* devant le juge ordinaire. Par ailleurs, la QPC demeure une procédure incidente intermédiaire entre une question préjudicielle, dont elle adopte le régime de transmission, et une exception, compte tenu de son initiative.

Le second faux-semblant est celui des effets de la QPC non réductible – comme une partie de la doctrine semblait le croire à l'origine – à la simple abrogation de la disposition législative en cause avec ou sans effet différé mais qui doit par principe bénéficier non seulement à l'auteur de la saisine mais aussi à l'ensemble des instances en cours.

Le troisième faux-semblant semble, n'en déplaise à certains de ses membres, être celui de la nature du Conseil constitutionnel qui, ayant conservé une composition constante demeure une quasi-juridiction, en dépit de l'introduction dans son règlement intérieur des règles procédurales destinées à satisfaire à l'exigence du droit à un procès équitable et de la tenue des audiences dans une véritable salle d'audience, capable d'accueillir le public.

Le dernier faux-semblant semble être la fausse soudaineté de cette double acculturation. En effet, tout porte à penser qu'elle a été plus progressive que soudaine en raison, d'une part du fait de la prise en compte de plus en plus fréquente par les juridictions ordinaires de la

²² Sur le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Italie, v. SCHMIT, S., « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, vol. 72, spéc. p. 719.

jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*, notamment de ses réserves d'interprétation, d'autre part en raison de la volonté du Conseil, bien avant 2010, d'introduire plus de contradictoire dans la procédure de contrôle *a priori* et plus de transparence dans son fonctionnement interne. De ce point de vue d'ailleurs, l'absence d'accès aux mémoires échangés par les parties devant le Conseil constitutionnel offre paradoxalement moins de transparence que dans le contrôle *a priori* pour lequel les lettres de saisine ainsi que les répliques du secrétariat général du Gouvernement sont mises en lignes sur le site internet du Conseil constitutionnel. Ce défaut, aggravé par le caractère laconique de l'exposé des griefs d'inconstitutionnalité dans les décisions QPC, complique la bonne compréhension de ces décisions et ne rend pas compte du caractère dialogique propre à la production de la norme issue d'une décision juridictionnelle.

L'introduction de la QPC dans le droit français nécessitait par conséquent d'envisager une remise en perspective de l'ordre juridictionnel accompagnée d'un réagencement certain de l'architecture du procès dans ses différentes composantes : les parties ; le temps ; les moyens des parties ; les motifs des juridictions et leur agencement stratégique ; la représentation des sources du droit au sein desquelles la jurisprudence doit se re-situer et où la question de l'articulation du droit constitutionnel avec le droit de l'Union se pose de manière évidente. L'observation des deux premières années d'introduction de la QPC dans le paysage juridictionnel français permettait de poser comme hypothèse de départ, selon un paradigme de type évolutionniste, l'émergence d'un phénomène de « convergences évolutives » inter-juridictionnelles (administratives, judiciaires, constitutionnelle). Ce phénomène, emprunté à la biologie, part du constat de ressemblances entre espèces soumises aux mêmes contraintes environnementales. C'est bien ce qui semble se produire sur le plan juridictionnel en France depuis l'introduction de la QPC. Reste à déterminer la nature de cette convergence, sa forme et son degré tout en gardant à l'esprit qu'une convergence n'est pas une confusion, les deux lignes pouvant soit ne pas se rejoindre in fine, soit se rejoindre temporairement, pour ensuite diverger à la marge ou de manière plus significative.

Afin de déterminer les paramètres de ce phénomène et l'analyser dans une perspective comparée, il nous a semblé nécessaire de définir une ligne méthodologique la plus objective possible combinant à la fois des instruments empruntés aux sciences sociales et des instruments plus spécifiques à la science juridique.

La conception d'une méthode et d'instruments d'analyse adaptés à l'objet

Il a fallu dans un premier temps procéder à l'élaboration et à la rationalisation dynamique des matériaux de recherche, à savoir, sur le plan strictement juridique, la jurisprudence des juridictions suprêmes de chaque ordre relative au filtrage des QPC et celle du Conseil constitutionnel, et sur le plan sociologique, les témoignages des différents acteurs de la QPC, centraux et locaux. Les stratégies déployées par les acteurs de la QPC ne sont pas formulées comme telles par les acteurs mais nécessitaient d'être mises à jour par un travail de terrain où furent croisées des données juridiques avec des données plus sociologiques.

Cette étape a été essentielle puisqu'elle a permis à chacune des unités thématiques de recherche mises en place et à chaque chercheur ou groupe de chercheurs appartenant à ces unités de travailler sur un matériau homogénéisé dans sa mise en forme comme dans son traitement matériel. Il s'agissait en effet de réunir de manière exhaustive et selon une démarche croisée ou comparée (ordre judiciaire et ordre administratif), qui impliquait une véritable mixité dans la composition de l'équipe de recherche, l'ensemble des éléments pouvant potentiellement participer au réagencement du procès et de l'architecture

juridictionnelle française sous l'impact de la QPC. Cette dimension croisée que reflète tant le choix des deux thématiques principales (l'incidence de la QPC sur le procès et sur l'architecture juridictionnelle française) que les spécialités de nos chercheurs (privatistes et publicistes à même d'appréhender les spécificités de chaque contentieux), renforçait la nécessité d'une rationalisation préalable du matériau et de son traitement. Cette rationalisation a fait l'objet de deux axes répartis au sein d'unités thématiques dites « de base » en pôles de recherche – un pôle « Jurisprudence » et un pôle « Terrain » – qui, après avoir réalisé un travail conséquent de récolte, d'analyse première et d'organisation de données brutes, ont été à même d'alimenter de manière homogène chacune des unités thématiques de recherche avec des données à forte valeur ajoutée. Ces travaux préalables ne se limitent donc pas à une simple compilation de données mais à une première analyse de celles-là ainsi qu'à leur valorisation, laquelle dépasse par ailleurs potentiellement les seuls objectifs fixés dans ce travail de recherche.

Le pôle « Jurisprudence »

La constitution d'un Pôle « Jurisprudence » avait comme objectif de rendre compte de la dimension structurelle du procès constitutionnel, sur la base de l'identification des différentes composantes du procès constitutionnel et leurs variables au sein de la matière jurisprudentielle partagée entre deux ordres juridictionnels confrontés, avec leur culture et leur logique propres, à cette nouvelle voie d'action. Ont ainsi été mis en avant des éléments structurants tels :

- les moyens (formulation et identification au sein du bloc de constitutionnalité) ;
- la motivation (qualité et longueur) ;
- les conditions de filtrage et les critères retenus pour chaque espèce par le juge ;
- l'articulation des procédures (notamment avec les procédures d'urgence ou les questions préjudicielles répondant à des logiques parfois différentes et sources de tension) ;
- les techniques de contrôle de constitutionnalité (non seulement celles utilisées par le Conseil mais aussi celles utilisées par les deux ordres de juridiction lors de l'analyse des conditions de recevabilité des QPC)²³ ;
- l'articulation des interprétations constitutionnelles et des interprètes (avec notamment le jeu des réserves d'interprétation et la possibilité de détournement de procédure visant à susciter de la part du Conseil d'État ou de la Cour de cassation une interprétation conforme d'une disposition législative permettant de remettre en cause celle-ci) ;

²³ Pour plus de rigueur, il conviendrait de distinguer les conditions de recevabilité au sens strict du terme, lesquelles subordonnent l'action au fond, des conditions de renvoi qui supposent que le juge a été régulièrement saisi de l'action. Nous avons néanmoins délibérément choisi, pour plus de simplicité et dans un souci de cohésion afin d'éviter des erreurs d'utilisation terminologique dans un travail dont la restitution elle-même est collective, d'englober l'ensemble de ces conditions sous le terme « conditions de recevabilité » et de ne faire la distinction que quand elle était nécessaire à la démonstration.

Dans le sens de cette distinction, sauf exception de l'applicabilité au litige, le Conseil d'État et la Cour de cassation considèrent comme des conditions de recevabilité, le dépôt d'un mémoire distinct et motivé, au titre des articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 (ex, Civ.2e 16 sept.2010 n° 10-12935 ou CE 2 juin 2010, *M. Ponsard*, n° 338965, CE 19 juillet 2010, *M.A.*, n° 317182) ; la nature législative de la disposition contestée (ex, Ass. plén. 18 juin 2010 n°09-72655, n° 09-72894, n° 09-72830 et n°09-72657, Civ.2e 16 mars 2011 n° 10-25124, Civ.1e 17 mars 2011 n° 10-40077 ou CE 2 juin 2010, *M. Ponsard*, n° 338965), l'exigence d'une instance en cours (CE ord. 16 juin 2010, *Mme Diakitè*, n° 340250, CE ord. 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527 : la QPC peut être soulevée à l'occasion de toute instance juridictionnelle, y compris dans le cadre d'une des procédures de référé), et l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (Crim. 4 juin 2010 n° 10-90029, n°10-90033, Civ.2e 16 mars 2011 n° 10-25124 ou CE 25 juin et 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, n° 339842 et n° 340492), déduits de l'article 61-1 de la Constitution. Ces critères déterminent le cadre procédural de la question prioritaire de constitutionnalité. Ils conditionnent le champ d'application de la QPC, dans la mesure où l'examen au fond des prétentions (l'applicabilité au litige, la déclaration de non-conformité à la Constitution sauf changement de circonstances et, le caractère nouveau ou sérieux de la question posée) présuppose que le juge soit régulièrement saisi, voir MARTIN V., *La condition de l'applicabilité au litige : l'appréciation faite par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, Rapport de recherche dans le cadre de l'étude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française par la question prioritaire de constitutionnalité (février 2010-septembre 2012), sous la direction d'Emmanuel Cartier, pp. 3-4.

- la construction du dispositif des décisions QPC du Conseil constitutionnel dont la clarté est nécessaire à l'ambition de cette nouvelle procédure au regard de la portée des décisions. En effet, au-delà de l'abrogation de la disposition législative. En effet l'abrogation n'est finalement et contrairement aux apparences, pas l'essentiel de cette procédure, compte tenu de son insertion dans un véritable procès dont l'enjeu premier, concret, est lié à l'intérêt des parties et nécessite de prendre en compte « l'effet utile » de la QPC, c'est-à-dire le bénéfice pouvant en être tiré dans l'instance à l'occasion de laquelle la QPC est soulevée ainsi que dans les autres instances en cours, voire potentielles.

L'ensemble de ces éléments se retrouve de manière dynamique dans ce qui a constitué la première étape de ce travail de recherche, à savoir la constitution d'une **base de données** exhaustive des décisions QPC interrogeable de manière croisée via un tableur Excel selon un système de filtrage propre à ce type de format.

Le pôle « Terrain »

La constitution d'un Pôle « Terrain » avait comme objectif de rendre compte de la dimension fonctionnelle du procès constitutionnel via la prise en compte de la diversité de ses acteurs, des tactiques, stratégies et positionnements qu'ils mettent en œuvre progressivement dans ce champ. Faire ressortir ces tactiques et stratégies relevait d'un champ de discipline qui n'est pas à proprement parler celui du droit mais plutôt celui de la sociologie du droit. Nous avons néanmoins décidé de lui donner une place de choix en appuyant cette démarche sur deux outils importants : l'élaboration puis la diffusion de questionnaires destinés aux acteurs de la QPC et la réalisation d'entretiens avec certains des acteurs centraux (les deux juridictions suprêmes, le Conseil constitutionnel et le Secrétaire général du Gouvernement en tant que défenseur de la loi) et locaux (les juridictions ordinaires inférieures, les justiciables et leurs avocats) de la QPC. Ces travaux ont été confrontés dans la dernière phase de ce travail à certains des acteurs de la QPC qui ont été invités lors de deux journées d'échanges organisées à Lille les 8 novembre 2011 (rencontre avec les acteurs locaux de la QPC) et 26 mars 2012 (rencontre avec les acteurs centraux de la QPC). Ils ont aussi été confrontés à la contradiction de collègues étrangers belges et italiens à l'occasion d'ateliers « Workshop », en raison de la proximité des enjeux et des procédures caractérisant ces systèmes étrangers de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Les questionnaires ont été élaborés à partir d'objectifs et de principes rédactionnels définis par les membres du pôle « Terrain » puis validés par l'ensemble de l'équipe du programme.

Les objectifs étaient les suivants :

- 1/ Des questionnaires permettant de faire ressortir la perception et l'utilisation (effective ou potentielle) de la QPC par les acteurs du procès.
- 2/ Un questionnaire décliné à partir d'un socle de questions communes, en vue d'être adressé aux principaux acteurs de la QPC tels les avocats et les magistrats via leurs structures institutionnelles de rattachement (bâtonniers, présidents de juridictions).
- 3/ Un cadre géographique limité aux circonscriptions du ressort des CA et CAA de Douai et de Paris ainsi qu'au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.
- 4/ Un questionnaire destiné à être diffusé par les acteurs eux-mêmes, via un lien URL hébergé par l'Université et dont les données pourraient être traitées par un logiciel de traitement de l'Université Lille 2 Droit et Santé.

Les principes rédactionnels étaient les suivants :

- 1/ Un questionnaire court et anonyme : 15 questions maximum
- 2/ Des questions fermées mais comportant de manière optionnelle un espace d'expression personnelle permettant de préciser ou de justifier certaines des réponses.
- 3/ Un questionnaire structuré de la manière suivante :
 1. *Connaissance et expériences de la QPC*

2. *Domaine d'application (par matières)*
3. *Stratégie et tactiques quant à la pratique de la QPC*
4. *Profil de l'intéressé*

Ces questionnaires ont nécessité plusieurs ajustements et ont été présentés aux acteurs intéressés de manière à faire remonter leurs remarques avant de valider le texte et la structure d'ensemble.

Ce sont au final sept questionnaires différents mais constitués d'un même socle de questions qui ont été réalisés puis validés par le Pôle « Terrain » de manière à intégrer la spécificité de chaque type d'acteur de la QPC tout en formulant une majorité de questions communes.

Ces questionnaires, présentés dans les Annexes du présent rapport²⁴, s'adressaient respectivement :

- 1) aux membres de la section du contentieux du Conseil d'Etat.
- 2) aux magistrats du siège de la Cour de cassation.
- 3) au parquet général de la Cour de cassation.
- 4) aux magistrats des TA et CAA.
- 5) aux magistrats du parquet des TGI et CA.
- 6) aux magistrats du siège des TGI et CA.
- 7) aux avocats des barreaux de Lille et de Paris.

Une fois validés par l'équipe et par nos interlocuteurs destinataires, ces sept questionnaires firent l'objet d'une mise en forme et de certaines modifications de fond, de manière à les intégrer dans le logiciel destiné au traitement des réponses (*Syrius*).

Malgré les nombreuses démarches entreprises par notre équipe et par son responsable, le premier Président de la Cour de cassation n'a pas souhaité participer à cette étude. Nous espérons que la collaboration des autres acteurs et l'organisation des deux tables rondes à Lille avec un des membres de la Cour, ainsi que le présent rapport général, susciteront l'intérêt de la Cour de cassation et de son Président. Il nous semble néanmoins que ce refus révèle la manière dont la QPC est perçue par la Cour et contribue quelque part à alimenter notre réflexion sur la stratégie de cet acteur essentiel du procès constitutionnel. Ce silence est par conséquent un silence qui parle.

Un courriel de présentation des grandes lignes de notre projet et de l'esprit des questionnaires a été diffusé aux membres des institutions concernées via les responsables de leur institution (bâtonniers et présidents de juridictions) une semaine avant la diffusion. Une première diffusion a été faite via l'intranet de chacune de ces institutions à leurs membres le 18 mai, suivie de 3 relances en juin et juillet de la même année. Quant au questionnaire du Parquet général de la Cour de cassation, il n'a pu être diffusé qu'en janvier 2012. Les réponses ont été collectées par le logiciel de traitement *Syrius* dont l'Université détient la licence.

A l'analyse de ces questionnaires a pu être jointe une série d'entretiens réalisés avec certains des acteurs de la QPC lesquels précédèrent l'organisation de journées d'échanges avec les membres de notre équipe. Plusieurs interlocuteurs, magistrats, avocats, membres du Conseil constitutionnel, et hauts responsables administratifs, ont été contactés et ont accepté de recevoir les membres de l'équipe et/ou de participer à une journée de rencontre avec notre équipe à la faculté de droit de Lille 2. Nous tenons à remercier chacun d'entre eux pour l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de notre projet ainsi que pour leur grande disponibilité²⁵.

²⁴ Voir Annexe n° 3

²⁵ Voir la liste des personnalités dans les premières pages de ce rapport.

Une partie de ces entretiens a donné lieu à un rapport du responsable de programme, validé par les enseignants-chercheurs ayant participé à l'entretien avant d'être mis à la disposition de l'ensemble de l'équipe.

Les ateliers « Workshop »

En parallèle, le pôle terrain a organisé deux journées d'atelier Workshop avec des collègues enseignants-chercheurs belge et italiens les 22 novembre et 8 décembre 2011 afin de confronter une partie de nos résultats à un point de vue extérieur. Les systèmes belge et italien nous ont paru le mieux correspondre aux problématiques que nous développons tant par la proximité des systèmes de contrôle de constitutionnalité que par les enjeux concrets auxquels ont été confrontés ces deux systèmes étrangers de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* durant les premiers temps de leur entrée en vigueur²⁶.

Le système belge est très proche du système français et a constitué la principale source d'inspiration de la QPC, certains de ses spécialistes (notamment le professeur Francis DELPEREE), ayant été associés directement aux travaux préparatoires du constituant comme du législateur organique. L'ancienneté du système de ce contrôle incident, *a posteriori*, centralisé et objectif, permet d'éclairer les problèmes et les questions que pose ou pourrait poser la mise en œuvre de notre propre mécanisme de contrôle, notamment le positionnement de la Cour de cassation, la place du « droit vivant » dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge et son incidence sur l'architecture juridictionnelle nationale, ou la question importante de la concurrence de l'ordre européen. Marc VERDUSSEN, professeur à la Faculté libre de Louvain, qui a par ailleurs exercé la profession d'avocat, a accepté de participer à une journée d'échanges où le système belge et l'expérience du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ont été confrontés à certaines de nos conclusions.

Le système italien

Il nous a paru également nécessaire d'élargir notre horizon au système italien qui, bien que plus éloigné du nôtre que le système belge, bénéficie d'une longue expérience de contrôle *a posteriori* et témoigne de la proximité de certains des enjeux que connaît aujourd'hui la QPC en France, notamment quant à la détermination de l'objet du contrôle (la norme législative ou la disposition législative ?) et au conflit apparu dans les années soixante entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation. Le recours systématique à la doctrine dite « du droit vivant » par la Cour constitutionnelle italienne a en effet été un moyen pour elle de résoudre les conflits herméneutiques survenus avec les juridictions ordinaires. L'atelier a permis d'échanger avec Massimo LUCCIANI, professeur à la Sapienza de Rome, spécialiste de contentieux constitutionnel et avocat en exercice, et Mme Charlotte BONTEMP DI STURCO, docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne et assistante auprès de la Cour constitutionnelle italienne, associée à notre programme de recherche en tant que correspondante à Rome.

Ces phases de confrontations interne et externe sur la base de données recueillies sur le terrain et dans la jurisprudence ont permis de définir précisément les différents axes de notre étude et d'alimenter chacun de ces axes par des débats féconds autour de nos deux thématiques : l'impact de la QPC sur le procès (1) et sur l'architecture juridictionnelle française (2).

*

²⁶ Sur l'intérêt d'un éclairage comparé du système français, v. FROMONT, M., « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la QPC », *ADE*, 2009, vol. VII.

C'est finalement à un véritable redéploiement du droit processuel et de l'architecture juridictionnelle que l'observateur attentif a la chance d'assister, pour peu qu'il utilise les bons outils d'observation et accepte d'ouvrir son horizon au-delà de la simple analyse du droit positif, en s'intéressant aux acteurs du droit et au mécanisme concret et dialogique propre à la fabrique du droit dans le procès. Ce redéploiement n'est en effet pas seulement conceptuel et normatif. Concret, vivant, voire vivifiant, il irrigue la culture des praticiens, les rapports entre les différents acteurs du procès et leur pratique de la justice. Parmi ces acteurs figure le justiciable ordinaire, paradoxalement surpris et curieux de se voir pour la première fois reconnaître le droit d'invoquer contre la loi et devant n'importe quel juge, la norme suprême dont l'effectivité était encore hier réservée aux seuls pouvoirs publics dans le cadre d'un contentieux très limité et dérogatoire des principes directeurs du procès.

Cette nouvelle articulation, en voie de gestation, des organes et des offices doit amener chaque juridiction, voire chaque juge, à se positionner *a minima* tactiquement autour des enjeux immédiats du procès et de ses acteurs, *a maxima*, à moyen ou long terme, selon une vision stratégique, plus ou moins élaborée, qui doit être mise en perspective eu égard à la nature des contentieux concernés et à la conception même que chaque juge a de son office. Ces conceptions sont, on le sait, le fruit de l'histoire et d'une certaine culture juridictionnelle qui n'est pas la même de part et d'autre de la Seine, voire d'une aile à l'autre du Palais Royal. Mais elles doivent prendre place aujourd'hui sur une même scène et dans une même enceinte : celle du procès. Sont ainsi confrontées sur le mode de l'échange et de la circulation, non sans heurts, culture de robe et culture d'épée, culture de l'oralité et culture de l'écrit, culture de la rationalité et du conceptualisme et culture de l'empirisme juridique. Le fleuve qui séparait ces deux rives culturelles s'alimente néanmoins aujourd'hui aux mêmes sources que sont la Constitution et une certaine conception de la justice, irriguée par les jurisprudences croisées de la Cr EDH et du Conseil constitutionnel qui, en dépit de l'absence de centralisation juridictionnelle globale, ouvrent la voie au développement d'un droit commun du procès aux justices administrative, judiciaire et constitutionnelle. Cette vision est propre au dépassement de l'État de droit, qui finalement se soucie moins du justiciable et de la garantie effective des droits et libertés fondamentaux que de l'ordre normatif et du contrôle qui en garantit la pérennité, au profit d'un État de justice, lequel replace l'office du juge au cœur, voire au sommet, de l'État, place qu'elle occupait paradoxalement sous l'Ancien Régime²⁷.

Dès lors, il est de plus en plus évident que, au delà des hémicycles législatifs ou académiques, c'est dans la confrontation des points de vue sur un mode dialogique et contradictoire, que le droit s'élabore et assoit son empire. C'est dans son application concrète, processuelle, qu'il trouve sa dynamique et sans doute aussi aujourd'hui une nouvelle légitimité, en se laissant approprier par les acteurs du procès²⁸. Aujourd'hui, novation majeure, tant juridique que culturelle, c'est notre bloc de constitutionnalité qui fait lui-même l'objet de cette appropriation dialogique. Elle s'opère via une procédure qui fait de la constitutionnalité un moyen incident et prioritaire permettant, devant toute juridiction, non seulement d'écarter une disposition législative qui contreviendrait aux droits et libertés garantis par la Constitution (ce que permet l'exception d'inconstitutionnalité) mais surtout, d'en obtenir l'abrogation juridictionnelle et, dans un second temps dont la durée est laissée à la discrétion du Conseil constitutionnel, d'initier la modification de la législation en cause.

²⁷ KRYNEN J., *L'Etat de Justice. France, XIIIe-XXe siècle*, Ed. Gallimard, Paris, t. 1, *op. cit.*

²⁸ PIWNICA, E., « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 169.

Les tactiques et stratégies des acteurs de la QPC reflètent certains enjeux de pouvoirs et leurs tensions et blocages inhérents à l'absence de véritable centralisation juridictionnelle. Elles reflètent aussi la conscience bien comprise de ces acteurs de participer à la dynamique créatrice du droit constitutionnel contemporain dans sa dimension la plus féconde car la moins objective : celle des droits et libertés fondamentaux. Combinant la saisine *pour* un procès dont les données, les acteurs et les enjeux sont ceux du procès ordinaire, et la saisine *par* un procès²⁹, devant un Conseil constitutionnel qui a ouvert son prétoire aux justiciables et à leurs avocats selon une procédure qui a tenté de réceptionner les principes directeurs du procès ordinaire, l'impact de la QPC sur le procès et sur l'architecture juridictionnelle française est conséquent mais demeure en voie de construction, deux ans seulement après son entrée en vigueur. Il se décline de deux façons : une réarticulation des composantes du procès et de ses rapports entre ses acteurs (**PARTIE I**) et une mutation du dualisme juridictionnel au sein d'une structure ternaire (**PARTIE II**).

C'est à l'analyse de ces deux phénomènes selon une démarche empirique et expérimentale que s'est attachée notre étude réalisée sur une période de 18 mois depuis janvier 2010. Elle a mobilisé plus d'une vingtaine d'enseignants chercheurs de tous horizons juridiques et de tous niveaux d'expérience dans un esprit d'échanges et de collaborations qui s'est révélé très enrichissant, à l'image du contenu de ce rapport.

PARTIE I :

L'IMPACT DE LA QPC SUR LE PROCÈS : UNE RÉARTICULATION DU PROCÈS ET DE SES ACTEURS

PARTIE II :

L'IMPACT DE LA QPC SUR L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE : UNE MUTATION DU DUALISME JURIDICTIONNEL AU SEIN D'UNE STRUCTURE TERNAIRE

²⁹ Voir nos développements sur le *graphè paranomôn*.

PARTIE I - L'IMPACT DE LA QPC SUR LE PROCÈS : UNE RÉARTICULATION DU PROCÈS ET DE SES ACTEURS

La notion de procès dépasse le champ strictement juridique de la mécanique juridictionnelle pour s'inscrire à la frontière du droit – avec les principes directeurs du procès et les règles de procédures qui lient à la fois les acteurs du procès et la recherche de la vérité, consubstantielle de l'office du juge¹ – et de la sociologie du droit², laquelle implique une approche en termes d'acteurs (les justiciables, les juges et les pouvoirs publics), de lieu (le prétoire, caractérisé par sa neutralité, ses rites et sa culture)³, et de stratégies ou *a minima* de tactiques mises en œuvre par les acteurs du procès⁴, avec comme objectif premier, pour le juge comme pour la société civile, l'apaisement des conflits et la réalisation de la paix sociale par le droit⁵. L'introduction de la QPC dans l'ordre juridictionnel français a eu lieu à droit et à structure constants, les juridictions dépendantes de la Cour de cassation ou du Conseil d'État⁶ s'étant vues simplement confier la tâche de juger du caractère non dépourvu de sérieux de questions mettant en cause des dispositions législatives applicables au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites sur le plan pénal. Le cas échéant, sauf exceptions⁷,

¹ Elle apparaît comme consubstantielle de l'office du juge. On dénombre ainsi 20 occurrences à « *la manifestation de la vérité* » comme objectif du procès dans le droit français codifié : une dans le Code civil (art. 10), 6 dans le Code de procédure civile (art. 181, 211, 218, 231, 293 et 879), 4 dans le Code pénal (art. 434-4, 441-1, 434-7-2 et R 621-1), 4 dans le Code de procédure pénale (art. 54, 99-1, 97 et 56), 2 dans le Code des juridictions administratives (art. R 623-3 et R 623-5), 1 dans le Code électoral (art. LO 135-2) et 1 dans le Code des postes et télécommunications (art. L 20).

² Selon Denis Salas, le procès est défini habituellement « *tantôt comme une contestation réglée par une juridiction, tantôt comme un mode de résolution des conflits. Les juristes y voient une procédure régie par des règles formelles. Les sociologues l'assimilent à une ressource, parmi d'autres techniques de contrôle social, utilisée par les professionnels du droit et dominée par des stratégies de pouvoir et d'anticipation.* ». SALAS, D., « Procès », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF-Lamy, coll. Quadrige, 2003, p. 717 ; COSTA D., *Les fictions juridiques en droit administratif*, préf. Etienne Picard, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000, p. 1238.

³ Au-delà de l'approche purement sociologique, Denis Salas note en effet que « *Ces deux approches oublient que le geste judiciaire est avant tout investi par une culture. Tributaire du système de représentations qui sous-tend le comportement des acteurs, il est mû non par des règles positives mais par l'esprit dont elles procèdent et les valeurs partagées par ces acteurs. Au-delà de la diversité de ses contextes culturels, un procès demeure avant tout une cérémonie de reconstitution du lien social. Sous cet angle, il comporte quatre séquences. L'intervention d'un tiers non partisan permet de mettre à distance la violence du conflit. La médiation du droit détermine le cercle des solutions possibles au litige. Le débat met en scène le doute et organise la dispute argumentative. Enfin, le jugement replace la loi entre les hommes et, dans sa finalité longue, vise à rétablir la paix sociale.* », *ibid.*, voir aussi sur l'approche culturelle du procès GARAPON, A., *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, 351 p., notamment sur « l'espace judiciaire » et sa signification, p.25 et s., sur le rituel (analyse comparée en France et aux Etats-unis, p. 149 et s.).

⁴ Voir sur la question selon une approche malheureusement limitée à une simple compilation de citations organisées thématiquement, SOURIS, P., *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 269 p.

⁵ SALAS, D., « Procès », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

⁶ Sont à écarter uniquement le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage puisque le Conseil constitutionnel a lui-même considéré qu'il était compétent en tant que juge électoral, pour soulever, à la demande des parties, une exception d'inconstitutionnalité à laquelle par conséquent il répond dans la même décision, v. Cons. Const., 12 janvier 2012, 2011-4538 SEN, Sénat, Loiret.

⁷ Il s'agit d'hypothèses visées par l'article 23-3 de la loi organique du 10 décembre 2009 qui dispose que : « *Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.*

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le

elles sursoient à statuer et transmettent la question à la juridiction suprême de leur ordre, seule habilitée à renvoyer la question au Conseil constitutionnel, après en avoir examiné les conditions de recevabilité et de renvois auxquelles se substituent les deux critères alternatifs du caractère sérieux ou nouveau de la question⁸. L'introduction du gène du procès constitutionnel dans le procès ordinaire, en dépit des précautions prises par le constituant pour en préserver l'autonomie matérielle et formelle⁹, a eu un impact conséquent sur le positionnement des acteurs du procès ordinaire, c'est-à-dire du procès principal à l'occasion duquel est soulevée une QPC, (**Chapitre 1**) ainsi que sur ses composantes structurelles (**Chapitre 2**).

Il convenait de déterminer la nature de cet impact et d'en mesurer l'étendue avant d'en tirer des conclusions intéressantes pour notre étude. Cette ambition supposait de mobiliser à la fois des instruments de terrain, de type sociologique, tels les questionnaires et les entretiens avec les acteurs, et des instruments d'analyse juridique portant sur le contenu et la portée des décisions QPC rendues tant par les juridictions suprêmes dans leur phase de filtrage que par le Conseil constitutionnel lorsqu'il se prononce sur la constitutionnalité de la disposition législative en cause et, le cas échéant, sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité qui, à la différence de ceux du contrôle *a priori* de la loi, impactent directement et concrètement le procès tout en bénéficiant d'une autorité *erga omnes*.

pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé ».

⁸ Les conditions de recevabilité subordonnent l'action au fond, à la différence des conditions de renvoi, v. *Supra*, Introduction générale.

⁹ Témoignent de cette volonté l'obligation de présenter un mémoire distinct limité aux seuls arguments d'inconstitutionnalité sans considération des faits relatifs au litige principal et dans lequel seule est demandée la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause dans le cadre d'un contentieux purement objectif ; la préservation du caractère centralisé du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel ; la survie de la procédure de QPC une fois renvoyée au Conseil constitutionnel en dépit du désistement de l'auteur de la QPC et plus généralement de la disparition de l'objet du litige principal, voire de l'abrogation de la disposition législative en cause par le législateur en cours d'instance.

CHAPITRE 1 : une redéfinition dynamique des rapports entre les acteurs du procès

Le choix d'une analyse combinant approche juridique et approche sociologique s'imposait à nous dans la mesure où nous décidions de nous intéresser au « procès », à ses acteurs, à leurs tactiques belligérantes ou régulatrices et à la manière dont le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* pouvait avoir une incidence sur le déroulement de l'instance et sur son issue. Les outils de mesure que nous avons utilisés nous renseignent de manière pertinente sur ces différents aspects (**Section 1**) de la réception du gène de la QPC dans le procès ordinaire et sur le repositionnement des acteurs du procès qui en résulte (**Section 2**).

Section 1 : Les enseignements à tirer des outils de mesure de cette redéfinition

Deux outils complémentaires furent monopolisés de manière à éclairer la question de la réception de la QPC par les acteurs du procès ordinaire. Les questionnaires adressés aux acteurs de la QPC qui, bien que d'un succès relatif pour certains de ces acteurs, permettent de définir certaines hypothèses de travail qui se sont révélées porteuses (§1). Les tableaux de jurisprudences croisées, bien que très longs et difficile à élaborer, sont eux aussi très riches d'enseignements et ont permis de confirmer certaines hypothèses de travail et de tirer des conclusions intéressantes pour cette étude (§2).

§ 1 : Les enseignements à tirer des questionnaires adressés aux acteurs de la QPC

Manuel GROS¹

Les questionnaires qui ont servi de support aux deux rencontres organisées à l'Université de Lille 2 au titre du pôle « Terrain », s'ils n'ont pas tous eu le succès escompté quant au nombre de réponses obtenues², ont eu au moins le mérite d'apporter certains éclairages sur la perception par les acteurs de la QPC de cette nouvelle procédure, dans les conditions suivantes.

A) La réalité contentieuse de l'intérêt pour la QPC

Une première analyse des chiffres pourrait paraître révéler une perception attendue de la sensibilité à la QPC : sur l'ensemble des réponses (près d'une centaine) les avocats représentent 49 % des réponses, les magistrats des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel 8 %, les magistrats du parquet des tribunaux de grande instance et des cours d'appel 2 %, les magistrats du siège des tribunaux de grande instance et de cour d'appel 11 % et les membres du Conseil d'État 28 %.

¹ Professeur de droit public, Doyen honoraire, ERDP – CRDP, Université de Lille 2.

² En dehors de la Section du contentieux du Conseil d'État et du Parquet général de la Cour de cassation. Pour le Parquet général, si seulement 16 réponses ont été enregistrées sur 48 magistrats, les 6 premiers avocats généraux ont répondu et ont fait remonter les réponses des différents avocats généraux de leur chambre, ce qui augmente par conséquent le nombre de magistrats du parquet ayant finalement répondu au questionnaire.

Mais ces chiffres ne sont pas réellement exploitables : outre la question de l'absence de réponse des membres de la Cour de Cassation, le nombre de réponses effectives doit être comparé au nombre de réponses potentielles. À titre d'exemple, les 50 réponses du barreau de Lille qui représentent près de 50 % des réponses ne représentent, au sein de ce barreau de plus de 1000 membres, que 5 % de la profession. Plus encore, si l'on affine, on s'aperçoit que 22,45 % des avocats répondent avoir formulé une QPC. Rapporté à la représentativité réelle de cette affirmation (22,45 de 5 %), cela signifie, que pour le barreau de Lille, le taux d'utilisation de la QPC est en fait aux alentours de...1 %.

Les chiffres du déport entre publicistes et privatistes sont également trompeurs : si 80 % des réponses revendiquent une activité dominante en droit privé et 20 % en droit public, quand on sait que la réalité du pourcentage d'avocats publicistes au sein d'un barreau de province est inférieure à 2 %, cela signifie en réalité un plus grand intérêt « naturel » des avocats publicistes puisqu'en fait, à l'échelle du barreau de Lille, presque 100 % des avocats publicistes ont ainsi répondu au questionnaire.

Dans ces conditions, l'on devra rappeler également que les 50 % de « bonne opinion » de la profession des avocats ayant répondu sur la QPC sont également à relativiser : que signifie un taux de satisfaction de 50% sur 1 % des avocats inscrits au barreau ?

Dans ces conditions, il convient d'être extrêmement prudent, même si des grandes lignes peuvent être dégagées, sur les deux premières années d'application :

- La QPC à la date de la récolte des résultats des questionnaires concerne à l'évidence un très petit nombre d'avocats de province³ (1%).
- La QPC concerne relativement peu les magistrats administratifs des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (10 % de réponses au questionnaire et surtout un traitement en général de l'ordre de quelques questions prioritaires par an et par juridiction).
- L'analyse est encore plus nette s'agissant des magistrats de l'ordre judiciaire (même nombre de réponses mais pour un effectif judiciaire plus important).
- Une relativement forte réactivité des magistrats du conseil d'État à la QPC, à tout le moins sur le pourcentage de réponse (près de 25 % de l'effectif).

B) Quelques opinions sur les effets et l'efficience de la QPC

Quelques divergences d'analyse selon les acteurs ressortent des questionnaires ; à la fois entre avocats et magistrats sur la question du filtre et entre magistrats eux-mêmes sur celle de l'effet de la QPC sur l'office du juge.

³ Les avocats au barreau de Paris et surtout les avocats au Conseil d'État et la Cour de Cassation n'ont pas été questionnés.

1) Les antagonismes sur la question de l'auto saisine du conseil constitutionnel et du filtre

Sur une question précise posée à tous les acteurs sur l'intérêt d'envisager une auto saisine du Conseil constitutionnel, il existe une opposition évidente d'opinion entre

- les avocats qui sont favorables à près de 63 % à cette auto saisine possible du Conseil constitutionnel
- les magistrats, quel que soit l'ordre concerné et quel que soit le niveau dans la hiérarchie juridictionnelle, qui sont hostiles à cette saisine : 87,5 % des magistrats administratifs de première instance et d'appel, 89 % pour les membres du Conseil d'État, et enfin 91,67 % pour l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire.

Le filtre institué par les textes, dont on sait qu'il fait l'unanimité auprès des membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes, est donc également totalement approuvé par les juges à qui la question prioritaire peut être posée. Pour autant, une grande partie des avocats, qui eux posent la question prioritaire, semble manifestement regretter l'existence d'un filtre et craindre une rétention par les juges des questions posées.

2) Une déstabilisation inversement proportionnel au degré d'intérêt ou de pratique, au regard de la question sur la modification de l'office du juge par la pratique de la question prioritaire :

- 50 % des magistrats de première instance et d'appel (qui la pratiquent très peu) considèrent que la question prioritaire a modifié leur office.
- alors que 71 % des membres du Conseil d'État (qui la pratiquent beaucoup) considèrent que cela n'a pas modifié l'office du juge administratif.

En conclusion, si l'on en juge par les retours d'un questionnaire pourtant extrêmement ciblé et surtout précédé d'une sensibilisation auprès des chefs de juridiction et des instances ordinales, la QPC concerne en fait une minorité d'acteurs « locaux » et semble plutôt perçue, sur les deux premières années d'expérience, comme relevant naturellement plutôt des juridictions suprêmes. Il ne faut sans doute pas s'en formaliser puisqu'une des caractéristiques de la QPC est son caractère théorique, distingué des éléments factuels du procès, et il n'est pas anormal que la nature exclusivement juridique de la question prioritaire s'exprime, sauf exception naturellement, majoritairement au stade de la cassation.

*

Ces outils de terrain ont été utilement complétés par des outils strictement juridique ayant comme ambition de répertorier de manière raisonnée l'ensemble des décisions de renvoi et de non-renvoi rendues par les juridictions suprêmes des deux ordre ainsi que des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel. Le choix d'un tableur dans lequel les caractéristiques structurelles et matérielles des décisions seraient entrées selon une nomenclature stricte s'est imposé rapidement en dépit des difficultés qu'un tel travail impliquait une fois confronté au flux des QPC et à la diversité des contentieux à l'occasion desquels elles étaient soulevées. Les tableaux qui en résultent sont d'une grande utilité non seulement pour l'analyse juridique du contentieux de la QPC mais

aussi pour l'étude de l'impact de la QPC sur les acteurs du procès dans la mesure où les données statistiques que nous pouvons en tirer en combinant les différents critères de recherche dressent un tableau objectif de la réalité de ce contentieux et permettent de confronter les acteurs et leur perception de ce contentieux à des données chiffrées pertinentes.

§ 2 : Les enseignements à tirer des tableaux de jurisprudences croisées sur la réception de la QPC et sa pratique par les acteurs du procès

Pauline TÜRK⁴ et Valérie DURAND⁵

A) Présentation générale de la méthode, de l'outil et des difficultés rencontrées dans sa réalisation et sa mise en œuvre (P. Türk).

1) La méthode et la pertinence du tableur comme outil d'analyse

Une équipe composée de **2 pôles, privatiste et publiciste**, a été chargée du recensement, pour les deux premières années de la QPC, de l'ensemble des arrêts ou décisions rendues par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Ces décisions ont été systématiquement relevées, référencées, lues et analysées. Parallèlement, **des tableaux** ont été constitués afin de permettre l'exploitation, par le recours aux outils de filtrage et de tris, des données ainsi recueillies, sur le plan statistique et analytique. Un tableau a, d'une part, été spécifiquement consacré aux décisions du Conseil constitutionnel, tandis que, d'autre part, les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat faisaient l'objet d'un tableau commun, permettant la comparaison des contrôles opérés par les deux cours suprêmes dans le cadre de leur rôle de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, soulevées devant elles ou renvoyées par les juridictions inférieures. L'ensemble des données collectées et leur traitement a permis de faciliter et de nourrir les travaux et recherches des pôles d'analyse parallèlement constitués dans le cadre du projet de recherche.

2) Les difficultés rencontrées

Deux difficultés principales peuvent être mentionnées :

- **La collecte des arrêts et décisions** fut un processus délicat puisque, hormis le cas des décisions du Conseil constitutionnel recensées précisément sur le site internet de l'institution, il fallut retrouver l'ensemble des arrêts concernés. Certes, les ressources très riches proposées par le site Légifrance et les sites internet du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ont été exploitées, mais le risque d'oublis ou de recoupements n'a pas été écarté pour autant. La tâche a été compliquée par les modalités diverses de gestion des séries, les variations dans les modalités de recensement des questions prioritaires (selon les critères et entrées des tableaux et classements proposés par les cours suprêmes), ou encore de la possibilité pour une QPC d'être mentionnée incidemment – et très vite écartée – dans le cadre de l'examen d'un pourvoi.

- **La constitution des tableaux, nécessairement empirique**, a nécessité de nombreux ajustements, au fur et à mesure que certains présupposés s'avéraient invérifiés ou que certaines questions, initialement sous-estimées, révélaient tout leur intérêt (question des effets dans le temps des décisions QPC, question de l'appréciation du changement des

⁴ Maître de Conférences en droit public – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2

⁵ Maître de conférences en droit privé à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.

circonstances, distinction des motifs invoqués à l'appui des QPC des motifs effectivement retenus par le Conseil constitutionnel pour conclure à l'abrogation...). Le choix des colonnes, des entrées, des menus déroulants a également dû être plusieurs fois adapté, s'agissant de tableaux qui devaient être remplis et utilisés par tous les membres des équipes, privatistes et publicistes, soumis à des contraintes partiellement différentes (division par chambres à la Cour de cassation, conception différente des principes constitutionnels ou des techniques de contrôle, approche différente de l'office du juge...).

3) Les résultats obtenus : les données exploitables (approche statistique et analytique)

Les tableaux constitués permettent de mettre en évidence la façon **dont les acteurs** (Conseil constitutionnel, juges judiciaires et administratifs, cours suprêmes et juges du fond, personnes privées ou publiques..) **s'approprient le mécanisme entré en vigueur le 1^{er} mars 2010**, et la façon **dont ce dernier s'insère dans le procès**. C'est l'un des apports de ces tableaux que de montrer qu'effectivement :

- les justiciables soulèvent des QPC en nombre important ;
- les juges les transmettent dans des proportions satisfaisantes ;
- le Conseil constitutionnel les tranche efficacement et à un rythme soutenu ;

Ainsi les rapports entre juridictions en sont-ils modifiés et les acteurs du procès se retrouvent-ils contraints de s'adapter à ce nouvel outil.

B) Les différents tableaux de jurisprudence et les analyses statistiques qui en ressortent

1) Le tableau consacré aux décisions du Conseil constitutionnel (P. Türk)

Ce tableau intègre l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel, établi pour la période mars 2010-mars 2012 : 192 décisions du Conseil constitutionnel ont pu être traitées (depuis la première décision 2010-1 QPC du 28 mai 2010 dite *Cristallisation des pensions*, jusqu'à 2011-224 QPC du 24 février 2012 dite *Validation législative du permis de construire*).

Sur les deux premières années, on constate, par période de six mois, une **stabilité dans le nombre des QPC** traitées par le Conseil constitutionnel. Cela montre que la théorie de l'essoufflement du mécanisme, après la curiosité des premiers mois, n'est pour l'instant pas vérifiée, **preuve de l'intérêt persistant des divers acteurs du procès pour le mécanisme** :

Semestres	Mars 2010 - août 2010	Septembre 2010 - février 2011	Mars 2011 - août 2011	Septembre 2011 - mars 2012
Nombre des décisions QPC rendues par le CCel	22	61	51	58

Après lecture, le dépouillement des 192 décisions a permis la constitution d'un tableau de 32 colonnes, présentées ci-dessous :

- Référence de décision (dénomination « usuelle » telle que proposée par le Conseil constitutionnel)
- Numéro de décision
- Date de décision
- Origine de la QPC (CE ou CCass)
- Référence de la décision de transmission
- Qualité du demandeur (personne physique, morale..)
- Identité du demandeur
- Dispositions législatives contestées (références du texte législatif)
- Type de dispositions législatives contestées (loi ordinaire, loi organique, loi de pays, ordonnances ratifiées..)
- Matière (par champs disciplinaires : droit pénal, droit civil, droit fiscal, urbanisme...)
- Dispositif de la décision (constitutionnalité, avec réserve, inconstitutionnalité simple, effet différé...)
- Délai avant abrogation (en mois)
- Traitement des effets passés
- Nombre de membres ayant siégé (de 6 à 11)
- Demande de récusation
- Déport
- Oralité
- Application de la théorie du changement de circonstances (de droit, de fait..)
- Nombre de moyens examinés
- Caractère novateur des moyens invoqués (subjectif)
- Droits et libertés invoqués (principes et références textuelles)

- Longueur de la motivation (nombre de considérants)
- Qualité de la motivation (subjectif)
- Réserve d'opportunité (non empiètement sur les attributions du législateur)
- Réserve d'incompétence du Conseil constitutionnel
- Prise en compte de l'interprétation jurisprudentielle faite de la loi dans l'appréciation de sa constitutionnalité
- Techniques de contrôle
- Motifs de l'inconstitutionnalité (en cas de censure. Référence à la disposition constitutionnelle visée)
- Autres remarques (observations diverses)
- Caractère notable de la décision (subjectif)

Certaines de ces colonnes proposent des **menus déroulants** : elles sont particulièrement utiles pour le traitement statistique. D'autres laissent davantage de place à la subjectivité du chercheur : elles sont particulièrement utiles pour l'analyse.

L'exploitation du tableau consacré aux décisions du Conseil constitutionnel permet de nourrir l'analyse de la façon dont le **mécanisme de la QPC trouve sa place dans le procès** et dont il est, à ce jour, **expérimenté et mis en œuvre par les divers acteurs**.

Le tableau permet ainsi de répondre à de nombreuses questions, parmi lesquelles les 10 suivantes, pour exemple.

1- Qui est à l'origine des questions prioritaires traitées par le Conseil constitutionnel ?

126 des 192 questions prioritaires traitées par le Conseil constitutionnel pendant les deux premières années d'expérimentation du mécanisme avaient été soulevées par des personnes physiques, soit 65 %. Pour le reste, 47 sont issues de QPC soulevées par des personnes morales de droit privé (associations, sociétés commerciales ou syndicats par exemple), et 13 par des personnes morales de droit public (dont trois QPC soulevées par des communes et 7 par des départements). On note enfin 6 cas particuliers dans lesquels le Conseil constitutionnel répond à une QPC posée par différents types de demandeurs à la fois. On constate ainsi que, contrairement à certaines inquiétudes, **les citoyens justiciables et leurs conseils se saisissent effectivement et efficacement de ce mécanisme**, à l'appui de leurs prétentions ou de leur défense.

2- Quel est le taux d'abrogation des dispositions transmises au Conseil constitutionnel par voie de QPC ?

Cette question permet de vérifier le sort réservé par le Conseil constitutionnel aux questions que les cours suprêmes ont jugé utile de lui transmettre, ce qui contribue à **éclairer les relations entre ces acteurs juridictionnels, naturellement redéfinies** au travers du mécanisme QPC.

Ainsi, l'on constate que sur les 192 décisions du Conseil constitutionnel, 51 (soit 26,5 %) ⁶ d'entre elles concluent à l'abrogation pour inconstitutionnalité. Cette statistique varie légèrement selon les périodes étudiées, avec une tendance à l'augmentation du ratio d'abrogation, entre mars 2010 et mars 2012 (on est passé de 1/5 à un peu plus d'1/4 d'abrogations).

Dispositif des décisions	Nombre total d'occurrences : 192)
Constitutionnalité simple	105
Constitutionnalité avec réserve	25
Inconstitutionnalité avec abrogation immédiate	34
Inconstitutionnalité avec abrogation différée	17
Non lieu à statuer	11

3- Ce taux varie-t-il selon l'ordre juridictionnel de renvoi ?

Cette variation est peu significative. Le taux d'abrogation du côté des arrêts transmis par le Conseil d'Etat s'élève à 25 % (23 abrogations pour 90 transmissions) et à 28 % du côté des arrêts transmis par la Cour de cassation (29 abrogations pour 101 transmissions). Le Conseil constitutionnel a ainsi conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions transmises par les deux cours suprêmes (confirmant ainsi le doute sérieux sur la constitutionnalité de la question qui aura le plus souvent justifié la transmission) dans une proportion relativement équivalente, pour un taux global de 26,5 %, taux qui a d'ailleurs eu tendance à augmenter légèrement au long des 2 premières années (passant de 1/5^e, à mi parcours, à plus d'1/4, en fin de période analysée).

Ces observations relatives au traitement par le Conseil constitutionnel des QPC transmises par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation viennent enrichir les réflexions relatives aux **conditions dans lesquelles les cours suprêmes des deux ordres conçoivent et exercent leur rôle de filtrage**, en relation avec le contrôle exclusivement réservé au Conseil constitutionnel.

⁶ Les pourcentages ont été arrondis au demi-point supérieur ou inférieur.

**Devenir des transmissions effectuées au Conseil constitutionnel
selon les ordres juridictionnels (au 1^{er} mars 2012)**

Transmissions / leur devenir	Total des décisions prises après transmission	Décision d'abrogation simple ou différée	Décision de constitutionnalité simple ou avec réserve	Décisions concluant au non lieu
CE	90	23	63	4
C. Cass.	101	29	65	7
Transmissions jointes	1 (GAV 2)		1	

On note d'ailleurs que, devant le Conseil constitutionnel, **le nombre des saisines par l'un ou l'autre ordre de juridiction est proche** : 101 décisions rendues sur transmission de la Cour de Cassation contre 90 sur transmission du Conseil d'Etat, ce qui ne rend pas compte, bien entendu, des **volumes très différents de QPC traitées par les deux Cours** et qui, finalement, n'ont pas fait l'objet de transmission (257 pour le Conseil d'Etat, soit 70 %, contre 752 pour la Cour de cassation soit près de 20 %) ⁷.

Alors que certains s'attendaient à des distorsions, on constate au contraire que, s'agissant du nombre de QPC renvoyées (101 contre 90) comme des proportions dans lesquelles ces QPC sont bien accueillies au point d'aboutir à une décision d'abrogation (28 % contre 25 %), la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont à équivalence. Un très léger avantage pour la Cour de cassation, qui s'explique sans doute moins par des divergences dans les conditions du filtrage que par le volume des QPC traitées et l'importance du contentieux pénal (cf. activité prédominante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans le mécanisme QPC : 567 arrêts sur le total de 924 sur la période étudiée, soit 61 %)

4- Quelles sont les proportion, fréquence et circonstances du recours à l'abrogation avec effet différé ?

Cette question est essentielle du point de vue des **stratégies poursuivies par les parties au procès**, premières concernées par les effets d'une éventuelle abrogation. Comme le rappelait le vice-président du Conseil d'Etat, « *dans une stratégie contentieuse, le choix de poser une question prioritaire n'est pas exempt d'une certaine dimension « altruiste » et conduit à une solution plus efficace en raison de l'effet erga omnes qui s'attache à une telle abrogation* » ⁸. Les conditions de cette abrogation sont également déterminantes pour les parties, puisque l'effet différé peut être ou non, selon les cas, à leur avantage (voir l'abrogation, par la décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 du délit de harcèlement sexuel). Les effets des décisions rendues en QPC sont également importants du point de vue des rapports entre juridictions, comme le montrent les difficultés soulevées par la mise en œuvre, devant les deux ordres juridictionnels, de la décision d'abrogation partielle de la loi « anti-Perruche » (sanction de sa rétroactivité par la décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010).

Ainsi, on relèvera que, sur les 51 décisions d'abrogation, 34 concluent à une abrogation simple (17 % du total des décisions et 66,5 % des décisions d'abrogation) et 17 à une

⁷ A noter que le nombre des arrêts de transmission (110 pour le Conseil d'Etat) ne correspond pas exactement au nombre des décisions rendues par Conseil constitutionnel sur transmission du Conseil d'Etat, compte tenu notamment des jonctions d'affaires.

⁸ Intervention de J.-M. SAUVÉ, vice-président du Conseil d'Etat, audience solennelle de rentrée du tribunal administratif de Lyon, le lundi 12 septembre 2011.

abrogation avec effet différé (9 % du total des décisions et 33,5 % des décisions d'abrogation). L'abrogation avec différée, permettant au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité annoncée, est intervenue notamment dans le domaine du droit pénal (6 décisions) et du droit des pensions (3 décisions), pour des motifs tirés de l'intérêt général, et notamment de la sauvegarde de l'ordre public (2010 14/22 QPC, *Garde à vue*), de la méconnaissance d'un principe constitutionnel (2011-147 QPC, *Composition du tribunal pour enfants*) ou des conséquences « *manifestement excessives* » qu'aurait emportées une abrogation immédiate (2011-208 QPC, *Confiscation de marchandises saisies en douanes*).

5 - L'oralité est-elle assurée devant le Conseil constitutionnel ?

Oui, dans tous les cas des observations orales, visées dans la décision, ont pu être produites par les parties lors de l'audience, ce qui a d'ailleurs conduit à l'adaptation, dans les locaux du Palais Royal, d'une salle spécialement organisée et équipée pour ces débats contradictoires. **Certains cabinets d'avocats se trouvant particulièrement souvent sollicités**, ils font presque figure de « spécialistes » de ces audiences devant le Conseil constitutionnel.

6 - Quelles sont les dispositions constitutionnelles les plus souvent invoquées ? Et quelles sont les plus efficaces, c'est-à-dire celle qui ont, concrètement, le plus souvent permis aux requérants d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité ?

Les plus souvent invoquées sont les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et notamment de ses articles 1^{er}, 2, 4, 6, 8, 13, 16 et 17, ainsi redécouverts par les justiciables.

Les plus efficaces sont les articles 6, 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (principe d'égalité, principe de légalité des délits et des peines, séparation des pouvoirs et droit au juge) et de l'article 66 de la Constitution protégeant la liberté individuelle (4 décisions)

7-Dans quels domaines interviennent prioritairement les QPC ?

Les domaines principalement concernés sont le droit pénal (35 décisions), le droit fiscal (33 décisions), le droit de l'urbanisme (12 décisions) et le droit des collectivités territoriales (11 décisions). Les QPC posées en droit fiscal sont souvent **le fait de particuliers ou de sociétés**, et visent majoritairement les dispositions du Code des impôts, tandis que celles posées en droit des collectivités territoriales sont posées **dans la moitié des cas par des départements** (5 sur 11).

8 -Concernant le rapport du Conseil constitutionnel au législateur, quelle est la fréquence du recours à la « réserve d'opportunité » ?

Le Conseil constitutionnel est confronté, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, à des questions de constitutionnalité souvent sensibles, **parfois instrumentalisées à des fins politiques, parfois inscrites dans le cadre de stratégies procédurales**. Il se montre donc particulièrement vigilant, lorsqu'il tranche les QPC, à ne pas prêter le flan à la critique relative à d'éventuels empiétements sur les attributions du législateur. Cela se traduit, dans 17 décisions QPC, par le recours à la « réserve d'opportunité » qui, depuis les décisions *IVG* de 1975 et *Bioéthique* de 1994, s'appuie sur une formulation classique selon laquelle le Conseil ne « *dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », ce qui ne lui permet ni de statuer en opportunité ni de se substituer au

législateur. C'est le cas, tout particulièrement, dans les domaines qui suscitent un positionnement sur une question de société (2010-39 QPC, *Adoption par couple non marié* ou 2011-173 QPC, *Expertise génétique sur personne décédées*, par exemple) ou sur une question d'ordre politique (2012-233 QPC, *Parrainages en vue des présidentielles*). En tous les cas, il s'abstiendra, notamment en cas d'abrogation différée dans le temps impliquant une intervention législative « *urgente et dirigée* », d'indiquer quelles modifications législatives permettraient de remédier aux inconstitutionnalités constatées (2010-14/22 QPC, *GAV I*).

9-Qu'en est il de la participation effective des 11 membres du Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC ?

Les membres du Conseil n'ont siégé à 9 que dans la moitié des cas (108 décisions, soit 56 %). Les membres du Conseil constitutionnel ont souvent siégé à 8 (61 décisions), un peu moins souvent à 7 (20 décisions). Ces statistiques peuvent appuyer des recherches relatives aux motifs (peu transparents) et aux conséquences (discutables) de cette composition variable du Conseil, selon les questions prioritaires traitées. En pratique, ces absences s'expliquent par des raisons personnelles (agenda, cause médicale, déplacement) ou par la nécessité de protéger l'impartialité du Conseil, en application des procédures de déport (voir par exemple décisions 2011-180 QPC ou 2011-220 QPC) ou de récusation. La relative opacité de ces dernières peut être regrettée, rendant plus difficile la comparaison avec d'autres pays, tels la Belgique, où les anciens parlementaires membres de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles de récusation que s'ils ont participé activement au débat législatif (et non s'ils y ont simplement assisté en tant que membre de l'assemblée qui a débattu et adopté le texte). Par ailleurs, on note aussi deux décisions rendues à 6 membres, alors que le quorum fixé par le règlement intérieur du Conseil est de 7, dérogation obtenue à titre exceptionnel au regard d'un cas de force majeure résultant de l'empêchement d'un Conseiller pour blessure. En revanche, les statistiques confirment que les deux anciens présidents de la République, membres de droit, sont systématiquement absents (exception faite de la présence de J. Chirac lors du délibéré sur la première QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*, seule décision prise après délibération de 10 membres). Ces observations peuvent contribuer à une réflexion portant sur **la composition réelle et souhaitable du Conseil constitutionnel**, au regard de l'évolution de son rôle. Elles peuvent plus largement amener à une réflexion sur les conséquences du mode de nomination en vigueur, dont la politisation pourrait d'ailleurs avoir été accrue par la réforme du 23 juillet 2008 relative aux auditions par les commissions des lois des deux assemblées des membres pressentis pour intégrer le Haut Conseil.

10-Les techniques de contrôle sont-elles les mêmes que dans le cadre du contrôle a priori ?

Bien que confronté à des questions sérieuses ou nouvelles **dont dépend l'issue de procès**, et bien qu'appelé à les trancher dans des conditions très encadrées et dans un strict délai, **le Conseil constitutionnel n'a pas pour autant modifié ses méthodes de contrôle.**

Oui, on retrouve les mêmes techniques (d'ailleurs inspirée des méthodes du juge administratif) que celles expérimentées depuis une trentaine d'années par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle « classique », qu'il s'agisse de la démarche de conciliation des principes constitutionnels entre eux, des outils et méthodes d'appréciation, ou encore de la variation de l'intensité du contrôle, selon la liberté d'appréciation laissée au législateur.

La technique des réserves d'interprétation est utilisée dans 26 décisions (24 décisions de constitutionnalité avec réserves, à laquelle s'ajoutent deux décisions d'inconstitutionnalité partielle accompagnées de réserves d'interprétation) soit 13 % du total des décisions rendues par le Conseil constitutionnel pendant les deux premières années. Cela lui évite de recourir à l'abrogation lorsqu'une interprétation conforme à la Constitution s'avère possible, en alourdissant la contrainte qui pèse sur les juges ordinaires dans l'application de la loi.

On observe aussi un recours fréquent au contrôle de proportionnalité des mesures prises par le législateur (à propos du droit de propriété, notamment, cf. 2010-66 QPC, 2011-177 QPC ou 2011-215 QPC) voire de « *la nécessité, de l'adéquation et de l'adaptation* » des mesures législatives, dans le cadre d'un contrôle poussé à son intensité maximale (voir par exemple 2010-3 QPC). Dans d'autres hypothèses, le contrôle sera restreint à l'« *erreur manifeste d'appréciation du législateur* » (voir par exemple 2010-29/37 QPC et 2011-148/154 QPC), ou visera à s'assurer du caractère « *non manifestement déséquilibré* », non « *manifestement inapproprié à l'objectif* » ou encore « *non manifestement disproportionné* » (cf. 2011-217 QPC et 2011-220 QPC) de la disposition législative contestée, dans le cadre d'un contrôle limité dans son intensité. Outre la conciliation régulière entre les droits et libertés constitutionnels (2011-209 QPC ou 2011-223 QPC), on note aussi qu'elle s'appuie souvent sur le recours aux objectifs de valeur constitutionnelle : sauvegarde de l'ordre public (2010-55 QPC, 2011-209 QPC) ; intelligibilité et d'accessibilité de la loi (2010-4 QPC) ; lutte contre la fraude et l'évasion fiscale (2010-88 QPC, 2011-166 QPC) ; protection de l'OP et de la sécurité des personnes (2011-139), bonne administration de la justice (2011-168 QPC) ; droit au logement décent (2011-169 QPC), etc. On relève aussi le recours fréquent à la jurisprudence désormais classique des « *garanties légales des exigences constitutionnelles* » (une vingtaine de décisions, dont 2010-2 QPC ou 2011-174 QPC) ou à la création de PFRLR (2011-157 QPC, relatif au droit dérogatoire en Alsace Moselle).

2) Le tableau consacré aux arrêts du Conseil d'État (P. Türk)

Établi pour la période mars 2010-décembre 2011, il est le résultat de la fusion de deux tableaux, consacrés respectivement aux arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation, constitués selon la même méthode et sur le même modèle, par deux équipes publiciste et privatiste.

Ce tableau commun se compose de 26 colonnes, dont les intitulés sont les suivants :

Ordre juridictionnel

Juridiction

Degré de filtrage

Origine de la QPC (juridiction de renvoi)

Niveau

Date

Formation de jugement

Références

n°

Références législatives

Qualité du demandeur

Identité du demandeur

Décisions de transmission (filtrage)
Transmission totale ou partielle
Décisions de refus de transmission (filtrage)
Application de la théorie du changement des circonstances
Disposition législative
Matière
Nombre de moyens examinés
Nouveauté des moyens (par rapport au contrôle classique)
Droits et libertés invoqués (formulation libre de l'arrêt)
Dispositions constitutionnelles invoquées (mots-clefs : article de la constitution, DDHC, préambule de 1946, charte de l'environnement, PFRLR, autre principe constitutionnel, OVC)
Longueur de la motivation (§ concernant spécifiquement la motivation QPC)
Qualité de la motivation
Caractère notable de la décision (subjectif)
Autre remarque
Mots-clés

Ce tableau est en partie comparable à celui déjà présenté ci-dessus, relatif aux décisions du Conseil constitutionnel : une partie des entrées sont communes, certaines colonnes proposent des menus déroulants, d'autres laissent davantage de place à la subjectivité du chercheur. Mais il a dû également être adapté aux **spécificités du filtrage par les cours suprêmes**, d'où d'importantes variantes avec le tableau précédent.

L'objectif était, ici également, de rechercher, dans le matériau brut des arrêts collectés, un certain nombre d'informations correspondantes aux grandes problématiques de notre recherche, puis de les **classer par rubriques et par colonnes**. De cette façon, grâce aux outils de filtrage, avec possibilité de « filtrages croisés », l'on pouvait établir des statistiques très précises et diversifiées. Le tableau était également conçu comme un support permettant d'accéder directement aux arrêts les plus pertinents, selon l'objet de la recherche, pour mener des études thématiques plus approfondies. Surtout, il devait nourrir la comparaison entre les filtrages exercés par les deux cours suprêmes ainsi que les réflexions sur l'avenir du dualisme juridictionnel.

Ont été recensés et analysés 368 arrêts du Conseil d'Etat, concluant à la transmission ou à la non transmission au Conseil constitutionnel de la QPC soulevée devant lui.

Seuls les arrêts de filtrage ont été retenus : n'ont pas été pris en compte les arrêts du Conseil d'Etat tirant, « en aval », les conséquences des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur les QPC transmises.

On note que toute tentative de dénombrer précisément les arrêts de filtrage implique de comparer le nombre des « entrées » et des « sorties », en **tenant compte de la gestion des « séries »** qui correspond au souci du Conseil d'Etat d'éviter que « *la même question ne soit étudiée par plusieurs juridictions et que le Conseil constitutionnel ne se trouve saisi de*

questions multiples portant sur des sujets identiques ». Le Conseil d'Etat organise donc « *le regroupement des affaires posant des questions analogues, ce qui lui permet de ne mener à son terme complet qu'une seule de ces affaires et de régler ensuite l'ensemble de celles restées en suspens au regard de la solution rendue pour la première* »⁹. Cela peut soulever quelques difficultés dans le dénombrement des occurrences.

L'exploitation du tableau consacré au Conseil d'Etat permet de s'appuyer sur un certain nombre de statistiques et d'observations qui sont autant de points de départ pour l'analyse relative à la façon dont **les acteurs se saisissent du mécanisme de la QPC et organisent leurs rapports entre eux.**

Parmi les éléments de réflexion, on peut citer, pour exemple :

- ▶ **Le niveau de filtrage** : les colonnes « Degré de filtrage », « Origine de la QPC » et « Niveau » permettent de différencier les arrêts du Conseil d'Etat rendus sur renvoi des juridictions inférieures (168) des QPC soulevées directement devant lui (200 arrêts, soit 54 % du total analysé). **On constate donc que les juges du fond sont des acteurs à part entière du processus**, et si cela s'avérait suffisamment significatif, il serait possible de dénombrer exactement le nombre de renvois au Conseil d'Etat opérés par tel ou tel cour administrative d'appel ou tribunal administratif. On note pour autant que le Conseil d'Etat est le seul à connaître, pour l'ordre administratif, **de plus de la moitié des QPC, directement présentées devant lui**. Les QPC sont donc soulevées **aussi bien en première instance qu'en cassation**, après plusieurs années de procès, ce qui pourrait conduire à se pencher – bien que le recul manque encore sur ce point – sur les tactiques ainsi développées par les parties et leurs conseils.
- ▶ **Les juridictions de renvoi** : la colonne D précise, pour tous les arrêts du Conseil d'Etat rendus en 2^e filtrage, quelle juridiction, quel tribunal administratif ou quelle cour administrative d'appel est à l'origine du renvoi à la cour suprême. Elle permet ainsi de rechercher si **certaines juridictions, parmi les plus souvent citées, semblent plus promptes à renvoyer** que d'autres...
- ▶ **Les conditions de traitement des QPC au sein du Conseil d'Etat** : Acteur majeur du procès, organe de filtre de la QPC, le Conseil d'Etat a décidé que, au sein de la juridiction administrative, « *les formations de jugement ordinaires assureraient le filtrage des questions posées dans les matières qu'elles sont accoutumées à traiter* », ceci contribuant à la « *dynamique d'efficacité et, en même temps, à l'appropriation du droit constitutionnel par chacun des membres de la juridiction* »¹⁰. Le tableau précise, pour chaque arrêt de filtrage, **quelles sections ou sous-sections sont à l'origine des décisions de transmission ou de non transmission.**
- ▶ **Le sort des QPC filtrées par le Conseil d'Etat** : 110 arrêts concluent à la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel et 257 à la non transmission. **Le taux de transmission s'établit donc à 30 %** (le tableau fusionné permet de comparer ce résultat avec le taux de transmission de près de 20 % de la Cour de cassation).

⁹ J.-M. SAUVÉ, vice-président du Conseil d'Etat, et B. STIRN, président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, auditionnés par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1^{er} septembre 2010, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application ».

¹⁰ J.-M. SAUVÉ et B. STIRN, 1^{er} septembre 2010, op. cit.

- ▶ Les dispositions invoquées : on peut retrouver tous les arrêts impliquant le respect des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de 1789, ou bien de l'article 72 de la Constitution, ou encore de la charte de l'environnement (15 arrêts), en analysant les « droits et libertés invoqués » dans les moyens présentés à l'appui de la QPC (en formulation libre ou par mots-clefs, voir colonnes U, V et AC, ainsi que la colonne « autre remarque »).
- ▶ L'origine des QPC : on peut aussi distinguer les arrêts selon qu'ils ont été rendus sur recours d'une personne physique (161 arrêts, soit 44 % du total), d'une personne morale de droit privé (169 soit 46 %) ou encore d'une personne morale de droit public (35 arrêts, soit 10 %). Il est aussi possible, pour les besoins d'une étude, de retrouver tous les cas où une collectivité territoriale était requérante. On peut également constater que, **devant le Conseil d'Etat, les QPC sont le fait à 44 % de personnes physiques**, alors que ces dernières sont à l'origine de 66 % des décisions rendues en QPC par le Conseil constitutionnel. La comparaison des deux tableaux peut laisser croire, même si ces statistiques doivent être rapprochées de celles de la Cour de cassation, que les QPC présentées par les personnes physiques bénéficient d'un taux de transmission plus important que celles **des personnes morales, de droit privé notamment** (64 % des QPC devant le Conseil d'Etat sont le fait de personnes morales de droit privé, contre seulement 24 % des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel), les causes de cette « déperdition » pouvant être recherchées.
- ▶ La combinaison des conditions de recevabilité : le tableau permet d'identifier toutes les QPC qui ont fait l'objet d'une transmission par le Conseil d'Etat sur la base du critère nouveau (13), ou du critère sérieux (88, soit 80 % des 110 arrêts de transmission au Conseil constitutionnel), ou des deux critères conjugués (9). Le tableau fusionné avec les arrêts de la Cour de cassation montre d'ailleurs que **la rareté du recours au critère de la nouveauté se vérifie devant les deux ordres de juridiction**. Cela n'est d'ailleurs pas une surprise, au regard de « l'esprit » de la loi organique du 10 décembre 2009 et des raisons de l'introduction du critère alternatif de la nouveauté¹¹.
- ▶ Les matières concernées : l'étude du tableau permet aussi d'établir les **domaines dans lesquels se multiplient les questions prioritaires de constitutionnalité** filtrées par le Conseil d'Etat : on note ainsi le grand nombre de QPC soulevées dans le domaine du droit fiscal (130 arrêts, soit 35 % du total), puis la proportion des QPC soulevées dans le domaine du droit de l'urbanisme (28 arrêts), du droit des collectivités territoriales (25 arrêts), du droit de la fonction publique (20), du droit des pensions (20 arrêts), du droit social (19 arrêts) du droit pénal (13) ou du droit des étrangers (9 arrêts).
- ▶ L'appréciation de l'autorité de chose jugée : les QPC non transmises pour cause de chose déjà jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif d'une décision peuvent être aisément identifiées, de même que les arrêts de filtrage qui ont occasionné, **de la part du Conseil d'Etat, une appréciation du changement des circonstances**, de droit ou de fait (voir colonne P, 19 arrêts).

¹¹ Le critère de l'applicabilité au litige se trouve parfois rattaché au caractère sérieux. Cela peut être le cas lorsque la question posée est dépourvue d'incidence sur la résolution du litige. Elle est alors déclarée non sérieuse par le juge. Ass. plénière 7 mai 2010 n°09-15034 : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa 2 du code civil [...] est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de dommages aux biens ».

- ▶ Les dispositions législatives contestées : tandis que le tableau consacré aux décisions du Conseil constitutionnel permet de retrouver facilement les QPC soulevées à l'encontre de dispositions de lois organiques ou d'ordonnances ratifiées, celui consacré aux arrêts du Conseil d'Etat permet, lui, **d'identifier les QPC portant sur des lois datant d'avant 1958** (voir par exemple arrêt n°351085 relatif aux dispositions du Code des douanes datées de 1948) **ou des lois adoptées après mars 2010**, c'est-à-dire l'entrée en vigueur du mécanisme (voir par exemple, sur l'article L 223-1 du Code de la route issu de la loi du 14 mars 2011, arrêts n° 347547 et 347208).

- ▶ La dernière colonne « Mots clefs » : elle permet de retrouver tous ceux des arrêts qui concernent l'une des thématiques ci-après référencées : Référé ; Charte de l'environnement ; Sanctions et peines ; Autorité de la chose jugée ; Autorité de la chose interprétée ; Non rétroactivité de la loi ; Principe d'égalité ; Incompétence négative ; Collectivités territoriales ; Présomption d'innocence ; Objectif de valeur constitutionnelle ; Droit au recours effectif ; Principe de séparation des pouvoirs ; Principe de sécurité juridique ; Préambule de 1946 ; Déclaration des droits de l'homme ; Liberté individuelle ; Principe de responsabilité ; Indépendance de la justice.

3) Le tableau consacré aux arrêts de la Cour de cassation (V. Durand)

Avec l'introduction de la QPC, la Cour de cassation a été investie d'une fonction juridictionnelle « nouvelle », celle-ci se transformant pour l'occasion, en juridiction de filtrage¹². Il s'agit pour elle de trier les demandes visant le contrôle de la conformité de dispositions législatives au regard des « droits et libertés garantis par la Constitution » afin d'exclure celles qui ne peuvent *a priori* pas aboutir. Cette fonction contraste avec les attributions actuelles de la Cour de cassation. Aujourd'hui la Cour de cassation est à titre principal¹³ un juge du droit¹⁴. Elle veille à la bonne application du droit¹⁵ et à l'unification de l'interprétation de la jurisprudence. Cela étant, la fonction de filtrage des arrêts n'est en aucun cas incompatible avec celle ordinairement reconnue à la Cour de cassation, d'autant qu'il s'agit d'une fonction qui ne lui est pas totalement étrangère. Pour cela il faut remonter le cours du temps et revenir à sa formation telle qu'elle résultait de la loi du 2 brumaire an IV et du senatus consulte du 28 floréal an XII¹⁶. La Cour de cassation est alors organisée en chambres : la Chambre criminelle, la Chambre civile et la Chambre des requêtes. Les pourvois en cassation étaient traités différemment selon la matière en cause. En matière criminelle, ceux-ci étaient directement portés devant la Chambre criminelle. En matière civile,

¹² Il reste alors à déterminer quel sera l'impact de la participation de la Cour de cassation au filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité alors que certains auteurs dénoncent déjà un mouvement de confiscation de l'interprétation et de l'application de la loi (in M. BILLIAU, « Quel rôle pour la Cour de cassation au XXI^{ème} siècle », in *Justice et droits fondamentaux, Etude offerte à J. Normand*, Litec, 2003, p. 31 et s.).

¹³ La Cour de cassation peut aussi être saisie pour avis. L'article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire prévoit à ce titre qu'« avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ». De même l'article 604 du Code de procédure civile prévoit-il que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

¹⁴ Encore que cette fonction soit parfois analysée comme constituant un contrôle objectif. V. en ce sens, G. CANIVET, « Administration des cours suprêmes et filtrage des affaires », *BICC* 15 mars 2003. V. aussi, A. PERDIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP éd. G.* 1994, I, 3768.

¹⁵ Elle ne connaît pas du fond du droit. A cet effet, l'article L 411-2 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que « la Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ». C'est d'ailleurs ce qui la démarque des juges du fond.

¹⁶ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Th. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 10^{ème} éd., 2009, n° 683.

en dehors des compétences spéciales attribuées à chaque chambre, les pourvois devaient être filtrés par la Chambre des requêtes¹⁷ avant d'être portés devant la Chambre civile. Ce n'est qu'avec la loi du 22 juillet 1947 que la procédure de filtrage général des pourvois en cassation est abandonnée¹⁸. Cela étant, le filtrage instauré en matière de QPC est quelque peu différent de celui qu'a connu la Cour de cassation¹⁹. Il constitue un préalable au contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la loi. Or la Cour de cassation a très tôt refusé de contrôler la constitutionnalité de la loi²⁰. Et pour cause, le juge judiciaire est en principe la bouche de la loi²¹. Parce que soumis à la loi²², il ne peut ni faire²³ ni juger la loi. De même, il doit en principe faire application de celle-ci indépendamment du jugement qu'il porte sur ce texte²⁴. Pour autant cette conception du rapport du juge à la loi s'est un peu émoussée lorsque le juge judiciaire²⁵ a accepté de réaliser un contrôle de conventionalité. Ce contrôle autorise le juge à écarter la loi jugée inconventionnelle²⁶ que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la norme internationale invoquée.

Partant, à la frontière d'un contrôle qu'elle se refuse de faire et d'une fonction déjà exercée, la pratique de la QPC par la Cour de cassation ne peut que susciter l'intérêt. Or, le tableau fusionné vise principalement à décrire la pratique du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et, plus largement, des différents acteurs du procès. Dans ce cadre, le tableau fusionné recèle un certain nombre d'avantages. Tout d'abord, il permet de faire ressortir les caractéristiques du contentieux relatif à la QPC toutes cours confondues et, ce faisant, de mener une étude globale sur le filtrage réalisé par les Cours suprêmes. Au-delà, parce qu'il répertorie les arrêts rendus tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat, ce tableau permet d'observer les particularités du filtrage devant chacune de ces cours afin de dégager la proportion et la physionomie de ce contentieux. Il prend notamment en compte la spécificité structurelle du traitement de la QPC devant la Cour de cassation, celle-ci étant désormais confiée à la Chambre compétente pour la matière traitée²⁷. Aussi le tableau fournit-il un certain nombre de

¹⁷ Par la suite, la Chambre sociale vint s'associer à la Chambre civile afin de désengorger la Cour de cassation. V. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Th. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, op. cit.

¹⁸ La loi du 25 juin 2001 a réinstauré une procédure de filtrage des pourvois en cassation. Il s'agit ici de la procédure de non admission des pourvois en cassation aujourd'hui organisée à l'article L. 431-1 du Code de l'organisation judiciaire. V. sur ce point, G. Canivet : « La procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002, 2195.

¹⁹ Devant la Cour de cassation, la procédure de filtrage après avoir été supprimée a été restaurée pendant un temps par éclipse jusqu'à être définitivement consacrée. V. en ce sens, G. CANIVET, « Administration des cours suprêmes et filtrage des affaires », *BICC* 15 mars 2003.

²⁰ V. Cass. crim., 11 mai 1833, S. 1833, p. 358, dans lequel la Cour de cassation pose clairement que la loi élaborée et promulguée conformément aux exigences posées par la Constitution « fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité » (cité par N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs* n° 137, p. 83). Cet arrêt est d'autant plus topique qu'il est bien antérieur à la création du Conseil constitutionnel. Cass. crim., 2 mai 1988, n° 87-84.556 ; Cass. crim., 20 décembre 1994, *Bull. crim.*, n° 424 ; Cass. crim., 29 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 146 ; Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-85.102 ; Cass. crim., 5 novembre 2002, n° 01-88.461 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 2007, n° 07-82.353 ; Cass. 3^{ème} civ., 9 octobre 1973, n° 73-10.439 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 136.

²¹ Si bien qu'à l'origine, même l'interprétation de la loi leur avait été confisquée, les révolutionnaires ayant préféré confier l'interprétation de la loi à son auteur (système du référé législatif). Ainsi, le tribunal de cassation lorsqu'il était saisi d'une question particulièrement ardue devait la transmettre au législateur. Le référé législatif assurait alors « la suprématie absolue du pouvoir législatif à l'occasion des affaires à juger » (in, R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2006, n° 26).

²² V. La loi des 16-24 août 1789 : « les tribunaux ne peuvent prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture ».

²³ La prohibition des arrêts de règlement est aujourd'hui inscrite à l'article 5 du Code civil.

²⁴ PERROT, R., *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2010, n° 25.

²⁵ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Café Jacques Vabre*, D. 1975, 497.

²⁶ TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 270, où l'auteur considère qu'il y a ici un contrôle de constitutionnalité indirect ou médiat.

²⁷ Cf. *infra*. Cette transformation a été opérée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

données statistiques relatives au filtrage et à la pratique des justiciables tant à l'échelle de la Cour de cassation dans son ensemble (1) qu'à celle de chacune de ses chambres (2).

a) Données relatives à la Cour de cassation dans son ensemble

1. Les données statistiques générales.

Le tableau fusionné des arrêts des cours suprêmes permet tout d'abord d'établir des données quantitatives. Le tableau fusionné référence, pour la seule Cour de cassation, 924 entrées²⁸ sur un total de 1320, pour la période s'étendant du 1^{er} mars 2010 au 31 décembre 2011, toutes chambres confondues²⁹. L'appropriation par les acteurs du procès de la QPC ne fait donc aucun doute. Cette appropriation est particulièrement importante dans la mesure où il est fait interdiction au juge de soulever d'office une QPC³⁰, à la différence par exemple de ses homologues italiens³¹, belges³² ou allemands³³.

2. La répartition chronologique.

Le nombre de questions prioritaires dont est saisie la Cour de cassation³⁴ est relativement stable dans l'ensemble malgré la « révolution » qu'a opérée l'introduction de la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette nouvelle procédure semble avoir atteint assez rapidement son rythme de croisière, laissant derrière elle les difficultés originaires³⁵. C'est à tout le moins ce qui ressort des deux premières années de mise en œuvre. Encore que la répartition des questions prioritaires de constitutionnalité par mois ne soit pas absolument linéaire, les données résultant du tableau fusionné indiquent que, sur la première période, la moyenne par mois des questions prioritaires de constitutionnalité traitées par la Cour de cassation voisine les 41,2 alors que pour la seconde période (plus longue de deux mois) elle serait de 42,6.

²⁸ Les arrêts ont été saisis à partir des données récoltées sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) et les bases de documentation mises à la disposition par certains éditeurs juridiques. Dans certains cas, plusieurs arrêts de la Chambre criminelle soulèvent la même question prioritaire de constitutionnalité. Le choix a été fait de les regrouper ensemble. Ils constituent donc une entrée unique dans le tableau et partant, ne sont comptés qu'une seule fois.

²⁹ Cf. Tableau statistique sur les questions prioritaires de constitutionnalité soumises à la Cour de cassation. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/questions_prioritaires_constitutionnalite_3396/questions_prioritaires_23423.html

³⁰ La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 23-1, alinéa 1^{er} *in fine* (« il ne peut être relevé d'office »). V. Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC *Loi relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Le Conseil retient que « (...) en deuxième lieu, que les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, par conséquent, la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-2, qui fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, ne méconnaît pas la Constitution ».

³¹ LAFFAILLE, F., « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », www.associazionedeicostituzionalisti.it ; PARDINI, J.-J., « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 101-122.

³² VERDUSSEN, M., « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en Belgique : quelques écueils », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine des citoyens*. PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 109-126.

³³ GREWE, C., « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 148.

³⁴ Toutes chambres confondues.

³⁵ La question de la compatibilité de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union et celle du droit vivant notamment. V. sur ce point, N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *Pouvoirs*, n° 137, p. 83 et s.

Répartition par période des arrêts saisis

A partir des données du tableau dans son état au 31 décembre 2011

1 ^{er} mars 2010 au 31 décembre 2010		1 ^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011	
412		512	
Mars 2010 à août 2010	Septembre 2010 à décembre 2010	Janvier 2011 à août 2011	Août 2011 à décembre 2011
231	181	359 dont 151 pour la période de mars 2011 à août 2011	154

3. Le degré de filtrage.

Le tableau fusionné des arrêts des cours suprêmes indique la source de la QPC. Ainsi permet-il de déterminer si la Cour de cassation se prononce en premier filtrage ou à la suite de celui réalisé par les juges du fond. Ce faisant, il met en évidence deux particularités.

- selon l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 la QPC peut être invoquée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », le terme de juridiction devant être entendu comme « une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation »³⁶. Partant, le justiciable peut soulever une question prioritaire en première instance comme en appel³⁷ ce qui assure toute l'efficacité de ce procédé de mise en conformité des dispositions législatives avec les normes constitutionnelles. D'autant que ne sont pas uniquement visées les juridictions de droit commun³⁸. Les juridictions spéciales³⁹, dès lors qu'elles relèvent de la Cour de cassation, peuvent aussi être saisies d'une QPC. Par ailleurs, aucune distinction n'est faite selon la phase du procès. Il peut tout aussi bien s'agir de juridictions d'instruction, de jugement, d'exécution des peines. Les exceptions sont donc rares. Sans doute l'une des plus notables est celle des Cours d'assises, cours devant lesquelles aucune QPC ne peut être présentée⁴⁰.

³⁶ Loi organique du 10 décembre 2009, art. 23-1.

³⁷ Les plaideurs peuvent présenter une question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour d'appel saisie de leur litige (v. not. Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2011, n° 10-40060). Si les conditions fixées à l'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution sont remplies, la question sera alors transmise à la juridiction suprême.

³⁸ Comme les tribunaux de grande instance.

³⁹ Les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes par exemple.

⁴⁰ Pour valider cette exclusion, le Conseil constitutionnel retient que ce choix n'exclut pas toute possibilité de présenter une question prioritaire de constitutionnalité. Tout au plus le sera-t-elle devant une autre juridiction. Ensuite, le Conseil rappelle que « le législateur a entendu tenir compte, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, des spécificités de l'organisation de la cour d'assise et du déroulement du procès devant elle ; que, dans ces conditions, l'interdiction de poser une question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour d'assises ne méconnaît pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution » (Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

- Ensuite le choix a été fait d'un système de double filtrage dès lors que les juges du fond sont saisis⁴¹. Pour autant, le filtrage réalisé par la Cour de cassation se distingue du premier au moins à deux points de vues : tout d'abord à la différence du filtrage réalisé par les juges du fond, les magistrats de la Cour de cassation examinent en sus de la condition de sérieux, la condition alternative de nouveauté de la QPC. Ensuite, l'examen du caractère sérieux réalisé par les Hauts magistrats peut être différent de celui des juges du fond, les premiers n'étant pas liés par l'appréciation de ces derniers. Partant, il devient possible d'établir ce que l'on nommera par convention un taux de censure de la Cour de cassation, à tout le moins pour ce qui est des conditions communes aux deux filtrages et dès lors que des juridictions du fond ont été saisies. Ce taux de censure permettrait d'apprécier le degré de rigueur du filtrage réalisé par la Cour de cassation vis-à-vis des juges du fond.

4. Issue de la QPC devant la Cour de cassation.

La Cour de cassation en matière de questions prioritaires de constitutionnalité peut tout d'abord conclure au renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel. C'est ce qui a été fait pour 161 des arrêts saisis dans le tableau. Ces transmissions peuvent être totales (150 arrêts) ou partielles (11 arrêts). Le nombre total d'arrêts de transmission rapporté au nombre total de questions prioritaires de constitutionnalité porte le taux de transmission au Conseil constitutionnel aux environs de 17,42 %. Cela étant, ce taux varie selon les causes de non transmission prises en compte dans le décompte de l'ensemble des arrêts rendus. Notamment, si l'on ne retient que les questions prioritaires examinées par la Cour de cassation (ce qui conduit notamment à exclure les cas de réouverture d'instruction et de sursis à statuer), le taux s'élève alors à 21,40 %.

Ces données statistiques permettent d'apprécier le degré de rigueur du filtrage, préoccupation particulièrement importante dans la mesure où elle conditionne l'efficacité du contrôle *a posteriori* et l'intérêt du filtrage. Si l'appréciation des conditions de recevabilité était trop souple, la transmission serait systématique et le taux de transmission particulièrement élevé. En contrepartie, cela rendrait le filtrage sans intérêt celui-ci n'assurant plus l'objectif qui lui est assigné. En sens inverse, un filtrage trop rigoureux, mis en évidence par un taux de transmission particulièrement faible, empêcherait le contrôle *a posteriori*⁴², l'irrecevabilité de la QPC empêchant irrémédiablement sa transmission. Ce faisant, bien qu'existant, le contrôle *a posteriori* demeurerait parfaitement théorique.

Le tableau permet aussi d'affiner ces premiers résultats notamment en prenant en compte les conditions de recevabilité. En utilisant les colonnes « décisions de transmission » et « décisions de non transmission », l'on peut mesurer sur la base des arrêts entrés dans le tableau le degré d'utilisation des conditions de recevabilité. Notamment, concernant les arrêts de transmission, il est possible d'établir le nombre d'arrêts de renvoi fondés sur le caractère sérieux et/ou nouveau de la QPC ainsi que la fréquence de leur utilisation. De cette étude, il ressort tout d'abord de fortes disparités d'application, la condition de nouveauté n'étant que peu utilisée en comparaison de la condition de sérieux.

⁴¹ Partant la mise en œuvre d'un double filtrage dépend de l'initiative des plaideurs, selon qu'ils soulèvent la question prioritaire de constitutionnalité devant les juges du fond ou pas.

⁴² Cf. M. BENIGNI, *Le caractère sérieux dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Mémoire de Master 2, 2011.

Période s'étendant du 1^{er} mars 2010 au 31 décembre 2011
A partir du tableau fusionné dans son état au 31 décembre 2011

Conditions de recevabilité	Transmission
Sérieux	149
nouveauté⁴³	3
Sérieux et nouveau	4
Motif non indiqué	5
Total	161
dont les arrêts se fondant sur un changement de circonstances	3

Enfin, pour les arrêts de transmission, le tableau référence dans la colonne « autres remarques » l'arrêt du Conseil constitutionnel correspondant, faisant ainsi un lien entre le tableau fusionné et le tableau inventoriant les décisions du Conseil constitutionnel. En revanche, le résultat du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'apparaît que dans le tableau du Conseil constitutionnel.

5. Les justiciables acteurs de la QPC.

Au regard du nombre de questions prioritaires de constitutionnalité formulées, les justiciables⁴⁴ et, plus spécifiquement, les acteurs du procès⁴⁵ semblent s'être appropriés cet outil assurant, par là même, l'efficacité des normes constitutionnelles⁴⁶ et la pleine capacité constitutionnelle⁴⁷ que leur reconnaît désormais le Constituant. Le tableau fusionné permet de déterminer les degrés d'appropriation de la QPC selon les catégories de justiciables dans la

⁴³ Les craintes manifestées à l'origine était que ce critère pouvait conduire, dans le cadre du 2^{ème} filtre, à un élargissement de l'admission et des transmissions des questions prioritaires de constitutionnalité (J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 24^{ème} éd., 2010, p. 111, n° 169). Afin d'éviter cela, le Conseil constitutionnel a rapidement enfermé les potentialités de cette condition. Cons. Const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution qui précise que par l'exigence de nouveauté, « le législateur organique a entendu (...) imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que dans tous les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ; que cette disposition n'est pas contraire à la Constitution ».

⁴⁴ Toutes qualités confondues.

⁴⁵ Les parties au procès mais aussi les avocats et les magistrats. Pour ce faire, des formations particulières à destination des professionnels du droit ont été organisées et un service particulier de documentation a été créé à destination des magistrats.

⁴⁶ Objectif : G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n° 137, p. 5 et s. ; M. VERPEAUX, « Les QPC : la troisième fois est la bonne », in *Conseil constitutionnel et QPC : une révolution*, Documentation française, Collection Regards sur l'actualité, février 2011, n° 368, p. 10 ; D. LÉVY, « La question prioritaire de constitutionnalité : de la culture de la loi à la culture de la Constitution », *ibidem*, p. 20 et s. Ch. MAUGÛE, J. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Collection Connaissances du droit, 2011, p. 1 et s.

⁴⁷ R. BADINTER, « Rétrospective et prospective », in *La question prioritaire de constitutionnalité – Premier bilan et prospective*, JCP éd. G 2010, suppl. n° 48, p. 11, qui évoque la contradiction qu'il existe à considérer les justiciables français comme des « majeurs conventionnels » et des « mineurs constitutionnels ».

mesure où il distingue selon qu'elle a été formulée par une personne physique, une personne morale de droit privé, de droit public ou un demandeur mixte. Dans ce cadre, les personnes physiques apparaissent comme les acteurs privilégiés de cette procédure. Celles-ci ont en effet formulé plus de deux tiers des questions prioritaires de constitutionnalité (621 arrêts soit environ 67,20 %), le tiers restant se répartissant entre les personnes morales de droit public (11 soit environ 1,90 %), les personnes morales de droit privé (153 soit 16,55 %) et les demandeurs mixtes (68 soit 7,35 %)⁴⁸.

6. Les droits et libertés invoqués.

Le tableau fusionné des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat permet de mettre en évidence les droits et libertés invoqués par les plaideurs. Ce faisant, l'on peut constater qu'au-delà de la limite imposée par le texte même de l'article 61-1 de la Constitution (qui restreint le domaine du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* aux seuls droits et libertés garantis par la Constitution), le champ d'action des plaideurs est particulièrement vaste. Ce champ est d'ailleurs largement exploité par les justiciables. Tout d'abord, il arrive que ceux-ci fassent purement et simplement référence aux « droits et libertés garantis par la Constitution » conformément à la lettre de l'article 61-1 de la Constitution. Mais dans la très grande majorité des cas, ils précisent les normes constitutionnelles atteintes par les dispositions critiquées. De ce point de vue, la liste des normes constitutionnelles invoquées est particulièrement riche comme en témoigne la colonne « Droits et libertés invoqués ». Sont tout autant visés les droits et libertés contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁹, la Charte de l'environnement⁵⁰, le Préambule de la Constitution de 1946⁵¹, la Constitution du 4 octobre 1958⁵² ainsi que des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁵³. Tout au plus les questions prioritaires de constitutionnalité indiquent-elles, selon les cas, la norme constitutionnelle invoquée et/ou sa source textuelle. C'est à tout le moins ce que révèle la colonne « Droits et libertés invoqués ». A titre d'exemple l'on peut notamment citer le droit à un recours effectif et les droits de la défense, l'indépendance et impartialité du juge, le droit au procès équitable, le principe d'individualisation de la peine, le principe d'égalité devant la loi, le principe de sécurité juridique, la présomption d'innocence, l'inviolabilité du corps humain, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, la sauvegarde de la dignité humaine, le droit de propriété etc. Au-delà les plaideurs visent parfois des objectifs de valeur constitutionnelle qui auraient pu *a priori* être considérés comme exclus des normes de référence. C'est notamment le cas du principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, de bonne administration de la justice ou encore du droit au logement.

7. Les dispositions critiquées et la matière concernée.

Les dispositions pouvant faire l'objet d'une QPC ont une nature particulière, l'article 61-1 de la Constitution visant les dispositions législatives⁵⁴. En revanche, aucune autre limite n'est posée par le texte. Partant, les dispositions législatives les plus diverses peuvent faire l'objet d'une QPC, la condition de précédent évitant un double contrôle de constitutionnalité. C'est à tout le moins ce qu'illustre la colonne « Références de la ou des dispositions législatives en

⁴⁸ Pour 71 arrêts, la qualité du demandeur n'a pas pu être identifiée.

⁴⁹ Notamment les articles 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 15, 16.

⁵⁰ Notamment, les articles 1 à 4 de la Charte.

⁵¹ Notamment, les alinéas 5 (le droit d'obtenir un emploi), 3 (égalité entre homme et femme), 6, 18.

⁵² Notamment, les articles 13, 34, 55, 64, 66 et 88-1 de la Constitution.

⁵³ Notamment les droits de la défense.

⁵⁴ A l'exclusion par exemple des dispositions réglementaires.

cause ». Au-delà de la détermination des dispositions invoquées le tableau fournit au moins deux autres prévisions. Tout d'abord il permet de situer la disposition invoquée dans le temps, les critères choisis étant d'une part l'année 1958 et, d'autre part, la période s'étendant après le 1^{er} mars 2010 (soit après l'entrée en vigueur de la QPC).

Sur la période s'étendant du 1^{er} mars 2010 au 31 décembre 2011

Dans l'état du tableau au 31 décembre 2011

Avant 1958 ⁵⁵	Entre 1958 et Mars 2010	Après mars 2010	Autres
19	516	37	33

Ensuite, le tableau permet de classer les dispositions par matières, ce qui permet de déterminer les foyers matériels de contentieux.

Droit administratif
Droit communautaire
Droit de la famille
Droit de la fonction publique
Droit de l'urbanisme
Droit économique
Droit électoral
Droit fiscal
Droit juridictionnel
Droit pénal
Droit social
Droit des étrangers
Droit des collectivités territoriales
Droit de l'éducation
Droit de la santé
Droit du Code de la route
Droit des pensions

Cette liste initiale est complétée par une liste figurant dans la colonne matière proposée qui vient compléter la première. En toute hypothèse, ces listes permettent d'identifier les matières les plus sensibles aux questions prioritaires de constitutionnalité avec cette réserve particulière des séries telles qu'elles ont été comptabilisées dans le tableau. Si celles-ci reflètent une particularité réelle du contentieux de la QPC, elles concernent toutes la ou les mêmes dispositions.

⁵⁵ Comme notamment, l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 qui réunit, sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre des titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'Ordre, dans sa rédaction applicable à la cause ; l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 dans leur interprétation jurisprudentielle ; l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat ; l'article 1384, alinéa 2 ou encore l'article 661 du Code civil.

b) Données par Chambre de la Cour de cassation

1. L'intégration progressive de la structure de la Cour de cassation.

Le tableau fusionné prend aussi en considération la spécificité structurelle de la Cour de cassation aujourd'hui divisée en chambres, chacune d'entre elles disposant de compétences matérielles spécifiques. Cette spécificité était sans conséquence lors de l'entrée en vigueur de la QPC. En effet, à l'origine, l'ensemble des questions prioritaires de constitutionnalité devaient être traitées par deux formations spéciales alternatives. Ces deux chambres devaient être présidées par le premier Président de la Cour de cassation (article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel). L'objectif était alors « d'assurer la cohérence de la jurisprudence de la Cour dans une matière qu'elle ne pratiquait pas, et alors que les juridictions susceptibles de la saisir étaient très diverses »⁵⁶. La structure même de la Cour de cassation avait donc été adaptée pour recevoir cette procédure. Mais l'existence de ces deux chambres fut de courte durée puisqu'elles furent abandonnées avec la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution⁵⁷. Au soutien de son abandon, les nouvelles compétences du premier Président de la Cour de cassation. A partir de ce moment-là, le contentieux est attribué à chaque chambre de la Cour de cassation en fonction de ses compétences matérielles. Ainsi peuvent être saisies d'une QPC directement ou sur transmission des juges du fond : la 1^{ère} chambre civile, la 2^{ème} Chambre civile, la 3^{ème} Chambre civile, la Chambre commerciale, la Chambre sociale, la Chambre criminelle, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation ainsi que la Cour de cassation réunie en chambre mixte. Partant les premières questions prioritaires de constitutionnalité ne mentionnaient en principe aucune chambre en particulier.

2. Le contentieux de la QPC devant les Chambres de la Cour de cassation.

A partir du tableau, il est possible d'apprécier l'ampleur du contentieux par Chambre de la Cour de cassation.

Sur la période : 1^{er} mars 2010 – 31 décembre 2011

Dans son état au 31 décembre 2011

1 ^{ère} civ.	2 ^{ème} civ.	3 ^{ème} civ.	Com.	Soc.	Crim.	Ass. plén.	Ch. mixte
46	63	32	108	46	567	66	0

Ce faisant l'on constate une répartition assez inégale du contentieux selon les Chambres de la Cour de cassation. La Chambre criminelle concentre l'essentiel du contentieux contrairement à la troisième Chambre civile ou à la Chambre sociale, témoignant ainsi de la sensibilité accrue de certaines matières aux enjeux de la QPC. L'inégalité de contentieux devant chaque Chambre rend d'autant plus intéressant la distinction entre arrêts de transmission et arrêts de non transmission :

⁵⁶ Ch. MAUGÜE, J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Collection Connaissance du droit, 2011, p. 43.

⁵⁷ L'article 12 abroge l'article 23-6 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 auquel s'ajoute le décret d'application n° 2010-2016 du 15 octobre 2010. La modification de la procédure est devenue effective au 1^{er} septembre 2010.

Sur la période : 1^{er} mars 2010 – 31 décembre 2011

Dans son état au 31 décembre 2011

	1 ^{ère} civ.	2 ^{ème} civ.	3 ^{ème} civ.	Com	Soc.	Crim	Ass. plén.
Nombre total d'arrêts	46	63	32	108	46	567	66
Arrêts de transmission	14	13	10	13	12	88	6
Arrêts de non transmission	32	50	22	95	34	461	58
Taux de transmission En %	30,43	20,63	32	12,03	26,08	15,52	9,67

Les taux de transmission sont assez variables d'une Chambre à l'autre. Cette variabilité peut notamment s'expliquer par la pratique qui s'est développée devant certaines chambres et qui consistait à poser de façon récurrente la même QPC. Ensuite, et en sens inverse, les refus de transmission n'ont pas tous le même sens. Comme en témoigne le tableau, certaines chambres sont saisies de questions prioritaires de constitutionnalité qui ne répondent pas aux formes requises (notamment l'exigence d'un écrit distinct et motivé). Plus généralement un certain nombre de causes conduisent la Cour de cassation à conclure à l'irrecevabilité de la QPC sans que cela ne préjuge du sérieux *et/ou* de la nouveauté de la QPC. Certaines d'entre elles ne sont même pas examinées, en raison du désistement du demandeur.

*

Toutes ces informations contribuent, sous des angles divers, à l'étude des conditions dans lesquelles les acteurs du procès, juges, justiciables, avocats, pouvoirs publics, se saisissent effectivement de la QPC, s'adaptent à ses contraintes et enjeux, et de la façon dont les rapports entre juridictions s'en trouvent modifiés. Ces acteurs se positionnent de différentes manières dans leur appropriation de la QPC. Si les positionnements tactiques et stratégiques sont observables, notamment de la part des parties au litige qui, par définition, sont de l'ordre de la belligérance, les juridictions comme les pouvoirs publics sont partagés entre ce type de positionnement et un positionnement davantage envisagé en terme de régulation de ce nouveau contentieux et de ses effets sur l'issue du procès ordinaire.

Section 2 :Le positionnement tactique et stratégique des acteurs du procès face à la QPC

Ces acteurs sont ceux du procès ordinaire auxquels est venu se greffer le Conseil constitutionnel qui a dû définir sa position et son office à l'égard du juge ordinaire et du justiciable qui s'est vu reconnaître un droit d'accès à un prétoire constitutionnel qui n'existait pas auparavant. Confronté aux justiciables et aux juges, formés à l'école nationale de la magistrature, sur les bancs du Conseil d'Etat ou sur ceux des juridictions administratives dites « inférieures », le Conseil constitutionnel, dont la nouvelle mission n'a pas été accompagnée d'une réforme structurelle, notamment quant à sa composition – toujours critiquable – a dû asseoir la légitimité de son office sur d'autres éléments et faire preuve de prudence dans ses relations avec les juges dits « ordinaires », tout en rassurant le justiciable sur sa capacité à assurer efficacement la garantie des droits et libertés constitutionnels⁵⁸. En témoigne la prise en compte de « l'effet utile » de la QPC dans la détermination des conséquences à attacher à une déclaration d'inconstitutionnalité, ainsi qu'une nette propension du Conseil constitutionnel à sanctionner les dispositions législatives inconstitutionnelles ou, *a minima*, à en prononcer la validation avec réserve d'interprétation⁵⁹.

Les acteurs qui ont attiré notre attention sont avant tout ceux du procès ordinaire, c'est-à-dire : les juridictions et les magistrats ordinaires auxquels ont été confiées des fonctions de filtrage sur la base d'une question dont ils ne maîtrisent ni l'initiative ni la formulation, à la différence du mécanisme classique de la question préjudicielle (§1) ; les justiciables et leurs avocats pour lesquels la QPC a été conçue et auxquels elle doit par principe bénéficier (§2) ; les pouvoirs publics en général, notamment les administrations centrales en charge de la gestion des mémoires en défense et le secrétaire général du gouvernement, amené à défendre la loi devant le Conseil constitutionnel (§3). Bien que cela puisse surprendre, le Conseil constitutionnel ne sera pas traité ici en tant qu'acteur spécifique puisqu'il n'intervient pas directement dans le procès à l'origine duquel la QPC est soulevée, en dehors de la détermination des effets *ex tunc* de sa décision⁶⁰, et parce que son rôle et sa place dans l'architecture du procès découlent finalement de l'ensemble de ces réflexions.

⁵⁸ Sur le positionnement délicat du juge constitutionnel en général au regard de sa mission de contrôle de la loi dans une société démocratique, v. M. TROPER, « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, pp. 113-137.

⁵⁹ Le taux d'abrogation par le Conseil constitutionnel sur les deux premières années d'entrée en vigueur de la QPC est de 26% (45 abrogations sur 172 décisions). La proportion a augmenté les derniers mois et en septembre 2011 le taux était de 20%. Cela montre la relativité des statistiques mais révèle que les proportions restent raisonnables.

Sur les 30 réserves d'interprétation contenues dans les 24 décisions QPC de conformité sous réserve rendues entre mars 2010 et mars 2011, on compte 12 réserves constructives, 10 réserves neutralisantes et 8 réserves directives, v. *Supra* II / B / II

⁶⁰ *Supra*.

§ 1 : Les juridictions et les magistrats ordinaires

A) Les magistrats ordinaires : entre stratégies défensives de la loi et stratégies régulatrices du procès

Emmanuel Cartier⁶¹

1) Deux approches de la liaison entre le litige et le procès incident

Le procès, au sens strict du terme, échappe en grande partie au Conseil constitutionnel qui n'est saisi, conformément à la volonté du constituant, que de la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de la disposition législative applicable au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites en matière pénale. Cette dernière condition (de recevabilité et non de renvoi⁶²), qui ancre le procès fait à la loi dans le procès ordinaire avec son caractère concret, échappe à l'examen du Conseil qui la laisse à l'appréciation souveraine du juge ordinaire⁶³. Celui-ci en a d'ailleurs fait un critère souple bien qu'apprécié différemment dans les deux ordres juridictionnels, ce qui conditionne l'étendue du renvoi en fonction de l'ordre choisi, voire du type de contentieux dans l'ordre judiciaire. En effet le Conseil d'Etat a plutôt une approche libérale de la condition d'applicabilité au litige ou à la procédure, considérant que la disposition contestée peut être regardée comme applicable au litige si elle entretient avec celui-ci un « *lien suffisant, même potentiel* »⁶⁴. Il consacre par ailleurs une conception englobante de la notion de litige, transcendant les différentes phases de la procédure et les différentes instances⁶⁵. La Cour de cassation adopte quant à elle une approche bien plus restrictive de ce critère de recevabilité, exigeant que l'inconstitutionnalité alléguée ait une incidence sur la solution du litige⁶⁶. Par ailleurs, elle n'exige pas simplement que la disposition soit applicable à la procédure mais qu'elle soit applicable à un litige portant sur la régularité de cette procédure. En matière

⁶¹ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

⁶² Les conditions de recevabilité subordonnent l'action au fond, à la différence des conditions de renvoi. Nous avons néanmoins délibérément choisi, pour plus de simplicité et pour éviter des erreurs d'utilisation terminologique dans un travail dont la restitution elle-même est collective, d'englober l'ensemble de ces conditions sous le terme « conditions de recevabilité ».

⁶³ Cons. Const., 28 mai 2010, 2010-71 QPC, § 6 : « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé [...] qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites* ».

⁶⁴ CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, Conclusions A. COURREGES, AJDA 2010, p. 1013. Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat énoncera clairement dans un arrêt de non renvoi (CE 15 juillet 2010, *Blain*, n° 327512) les critères de l'applicabilité au litige. Il estimera qu'en l'espèce, les dispositions législatives ne peuvent être contestées dès lors qu'elles « *n'ont été ni appliquées par l'administration [...], ni l'objet, à quelque stade que ce soit, d'une demande du requérant tendant à obtenir le bénéfice du régime qu'elles instaurent, ni invoquées par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant les juges du fond ou le juge de cassation* ». Il rappelle ainsi, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 (Déc. 2009-595 DC du 3 déc. 2009, § 3), que le justiciable doit revendiquer le bénéfice de la disposition, à l'appui d'une demande explicite.

⁶⁵ « *Celle-ci inclut, [outre le litige à l'origine du contentieux], les différents stades d'une même procédure contentieuse : il n'y a pas un litige de première instance, un litige d'appel et un litige de cassation, mais un seul et même litige* », A. LALLET et X. DOMINO, AN I ap. QPC, AJDA 2011, p. 375, voir surtout Valentine MARTIN, *La condition de l'applicabilité au litige : l'appréciation faite par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, op. cit. p. 10 [Annexe n°9-1]. Dans son arrêt du 2 février 2012 *Mme Le Pen* (n° 355137), le Conseil d'Etat confirmera cette vision libérale de l'applicabilité au litige la rattachant par ailleurs à « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice* », en considérant que remplissait le critère une « *disposition non dénuée de tout rapport avec le litige* ».

⁶⁶ Ass. plénière 7 mai 2010 n°09-15034. Civ. 1ère 14 sept. 2010 n°10-13616. Pour des arrêts de non transmission : Crim. 4 juin 2010 n°09-86658, Crim. 4 juin 2010 n°10-90070, Crim. 9 juillet 2010 n°10-83432, Crim. 9 juillet 2010 n°10-83431, Crim. 9 juillet 2010 n°10-90075, Crim. 9 juillet 2010 n°10-90073. Pour des arrêts de transmission : Crim. 25 juin 2010 n°10-90040, 10-90042, 10-90043, 10-90044 et 10-90046, Crim. 9 juillet 2010 n°10-90084, Crim. 9 juillet 2010 n°10-82918, Crim. 9 juillet 2010 n°10-83274, Crim. 9 juillet 2010 n°10-83675, Crim. 9 juillet 2010 n°10-90074, voir Valentine MARTIN, *La condition de l'applicabilité au litige*, op. cit.

pénale l'existence d'une phase d'instruction devant une formation juridictionnelle spécifique (à juge unique), rend nécessaire que la contestation de la validité d'actes de procédure se fasse devant les seules juridictions d'instruction. Par ailleurs, toujours en matière pénale, la Cour de cassation considère que la disposition législative en cause ne constitue le fondement des poursuites que lorsqu'elle est le support de l'incrimination, condition entendue strictement par la Cour⁶⁷.

2) Une stratégie de régulation pour un office enrichi

Les stratégies déployées par les juridictions en général et les juges en particulier sont plus de l'ordre de la régulation que d'autre chose. Conformément à son office, le juge recherche par priorité non pas le conflit mais l'harmonie, la cohérence, voire « l'équilibre » en ce qui concerne l'office du juge administratif, très proche de ce point de vue de celui du juge constitutionnel, notamment lorsqu'il a à exercer un contrôle de proportionnalité qui nécessite une évaluation comparée de l'intérêt général et des atteintes apportées au droit ou à la liberté en cause⁶⁸. La QPC a donc contribué à élargir les voies du dialogue des juges en introduisant par ailleurs un nouvel interlocuteur ou tout du moins en lui conférant une position plus importante dans ce dialogue qu'auparavant : le Conseil constitutionnel.

Cet interlocuteur fait en outre office de modèle pour l'office renouvelé des juridictions dans la mesure où la fonction de filtrage qui leur a été assignée implique non seulement de prendre en compte l'autorité des décisions antérieures du Conseil ayant pu déclarer telle ou telle disposition législative faisant l'objet d'une QPC constitutionnelle (ce qui rend irrecevable la QPC quel que soit le moyen invoqué sauf changement de circonstances), mais surtout de procéder à un véritable contrôle négatif de constitutionnalité au moment de l'appréciation des conditions de renvoi de la QPC, notamment en ce qui concerne l'examen du caractère « non dépourvu de sérieux » (pour les juridictions inférieures), « sérieux » ou « nouveau » (pour les deux juridictions suprêmes) de la question. Cette fonction n'est cependant pas perçue de la même manière suivant l'ordre juridictionnel concerné pour plusieurs raisons dont certaines tiennent de l'évidence. Cette différence de perception est confirmée par les résultats des questionnaires⁶⁹.

D'une part, le Conseil d'Etat a d'ordinaire moitié moins d'affaires que la Cour de cassation, ce qui expose par conséquent beaucoup plus le juge judiciaire à la QPC, même si au final le nombre d'affaires renvoyées au Conseil constitutionnel par les deux juridictions est sensiblement le même. Cette exposition conséquente du juge judiciaire à la QPC, notamment en matière pénale⁷⁰, a sans doute joué sur la manière dont son introduction a été perçue dans un contexte où les exigences d'efficacité et de rapidité de la justice pèsent de manière conséquente sur le juge et son office. La QPC apparaît ainsi pour le juge judiciaire, et en particulier pour le juge du fond, comme un poids supplémentaire sur lequel il n'a de maîtrise que par le filtrage, en raison du caractère prioritaire que le législateur organique a conféré aux moyens d'inconstitutionnalité sur les autres moyens.

⁶⁷ Crim. 29 mars 2011 n°11-90002, Ibid., p. 12-14.

⁶⁸ A propos du contentieux de l'excès de pouvoir et de la recherche d'un « juste équilibre entre les droits de l'administration et les droits de l'administré », v. LETOURNEUR M., « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE*, 1962, p. 51, Cité par Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1976, pp. 198-199.

⁶⁹ *Infra*, Section 1.

⁷⁰ La répartition des QPC par chambre est un indicateur des foyers de contentieux. Cette répartition apparaît comme très inégale pour la Cour de cassation. Ainsi la chambre criminelle absorbe l'essentiel des QPC (61 %), tandis que la chambre commerciale en absorbe 12 % et la 3^e chambre civile moins de 10 %.

D'autre part, la perception de la nouvelle fonction confiée aux juridictions ordinaires diffère aussi de manière évidente en raison de la nature de ce nouveau contentieux. Ainsi, pour les juridictions administratives et *a fortiori* le Conseil d'État, notamment en premier et dernier ressort, elle est très similaire au contrôle de légalité, notamment lorsqu'il fait appel à des règles et principes constitutionnels, en l'absence de loi écran⁷¹. Par ailleurs, la limitation de son contrôle au caractère sérieux ou nouveau de la question amène en outre le juge administratif à procéder, comme il le faisait déjà dans le contentieux de l'urgence, c'est-à-dire à opérer un contrôle « de l'évidence », du « doute sérieux » quant à la constitutionnalité de la disposition législative en cause⁷². En outre, l'histoire du recours pour excès de pouvoir témoigne que le juge administratif n'a cessé d'accroître les garanties des citoyens par l'élargissement de ses normes de référence (normes non écrites, normes conventionnelles et communautaires) et par l'approfondissement de son contrôle sur les actes de l'administration. Cet accroissement s'est notamment réalisé par l'adoption d'une conception plus large de la légalité qui aurait pu d'ailleurs le conduire à envisager, à un moment de son histoire, d'exercer un contrôle de la constitutionnalité de la loi, voire un contrôle de sa « *légitimité constitutionnelle* », pour reprendre les mots de Maurice Hauriou⁷³. Le Conseil d'Etat écartera néanmoins expressément un tel élargissement dans son arrêt *Arrighi* avant que cette voie ne lui soit formellement rendue beaucoup plus difficile à emprunter par la création d'un organe spécifiquement investi de cette fonction par le constituant en 1958⁷⁴.

C'est donc à un mécanisme connu, similaire, sans être identique, au contentieux de la légalité, que le juge administratif a été confronté lors de l'introduction du gène de la QPC dans le paysage processuel ordinaire. Il ne fait par conséquent que prolonger le contrôle de légalité et enrichir sans le rénover, l'office du juge administratif. Notons par ailleurs que le juge administratif non seulement a été associé à l'élaboration de ce mécanisme, mais y a participé directement, via les fonctions consultatives du Conseil d'Etat, au stade du projet de loi constitutionnelle comme au stade du projet de loi organique faisant application de l'article 61-1 C, à la différence du juge judiciaire qui n'y a été associé qu'indirectement par de simples auditions⁷⁵.

En dehors des hypothèses visées par l'arrêt *Septfonds*⁷⁶ à l'égard du juge pénal, le juge judiciaire ne côtoyait le contrôle de légalité que dans de très rares hypothèses, néanmoins élargies par un arrêt récent du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011⁷⁷. En ce qui concerne

⁷¹ HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 268 ; VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », CCC n° 1 et 2, 1996.

⁷² Ou bien, selon la formule de Laferrière à propos des questions préjudicielles devant le juge administratif, lorsqu'elle soulève « une difficulté réelle (...) de nature à faire naître un doute dans l'esprit du juge », LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., T. I, Berger-Levrault, 1896, p. 338.

⁷³ C'est-à-dire sur les lois constitutionnelles elles-mêmes, ce qu'acceptent de faire aujourd'hui certaines Cours constitutionnelles, HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁴ CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec., p. 966, concl. Latournerie.

⁷⁵ Auditions qui ont été organisées par le Comité Balladur et par les parlementaires au moment de l'adoption des articles 61-1 et 62 nouveau de la Constitution et de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 C.

⁷⁶ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec., p. 498.

⁷⁷ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine*, req. 3828 et 3829 ; Francis DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 3046. Cet arrêt pose en effet deux restrictions à la jurisprudence *Septfonds* par contraction du domaine des questions préjudicielles, autorisant le juge judiciaire à trancher directement la question de la légalité d'un acte administratif. En effet, celui-là est désormais habilité à se prononcer lui-même sur cette question dès lors, soit « qu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal », soit, « lorsque est en cause devant le juge judiciaire, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ». Le Tribunal précise « qu'il peut, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle ».

le contrôle de la loi, comme le Conseil d'Etat, si on fait abstraction pour ce dernier de l'hypothèse de l'abrogation implicite de la loi⁷⁸, son expérience était réduite au contrôle de conventionnalité ou d'eurocompatibilité. Il a d'ailleurs été le premier à accepter tous les effets de l'article 55 C, bien avant le Conseil d'Etat⁷⁹. La Cour de cassation et le juge judiciaire en général étaient dès lors plus habitués à manier les instruments conventionnels que le bloc de constitutionnalité, même si certains arrêts de la Cour s'appuient directement sur la Constitution pour invalider certains actes de droit privé n'ayant pas respecté par exemple la répartition des compétences voulue par le constituant⁸⁰.

L'exercice de la fonction de filtrage se juxtapose donc plus aux fonctions ordinaires du juge judiciaire qu'elle ne les complète ou les prolonge, à la différence de celles du juge administratif. Cette différence de perception de la fonction de filtrage dans les deux ordres de juridiction est sans doute accentuée par les dissonances que connaît la Cour de cassation dans l'exercice du filtrage par ses différentes formations de jugement. En effet, la suppression de la formation spéciale de la Cour de cassation par le législateur organique au cours de l'été 2010⁸¹ a contribué au développement de jurisprudences différentes selon les chambres concernées avec certains blocages qui ne concernent que certaines chambres, notamment à propos du renvoi des QPC portant sur une disposition législative telle qu'interprétée par une jurisprudence constante des juridictions suprêmes. La Cour trouve néanmoins la faculté d'unifier certaines des positions dissonantes de ses chambres par des arrêts d'assemblée plénière⁸².

3) La défense de la loi et ses aménagements par le juge

A côté de cette stratégie classique de régulation, les juridictions et leurs magistrats se placent logiquement et historiquement dans une logique de défense de la loi qui bénéficie à ce titre d'une présomption de constitutionnalité qu'il revient aux parties de contrer par une action spécifique s'appuyant sur une action contentieuse distincte de la saisine principale tout en y étant matériellement et formellement rattachée. Elle a pour effet d'interrompre le cours du procès principal pour, le cas échéant, confier à une autorité centrale spécifique le soin de trancher la question. La transmission de la QPC nécessite cependant que l'auteur de la QPC

⁷⁸ CE, Sect., 12 février 1960, *Sté Eky*, Rec., p. 101, et pour un exemple plus récent, CE Ass. 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, n°s 259584-259753 : « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'une loi aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi qui découle de ce que son contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ».

⁷⁹ Depuis l'arrêt CE, Sect., 1er mars 1968, *Syndicat Général des Fabricants de Semoules de France*, req. n° 62814 et jusqu'à l'arrêt *Nicolo*, le Conseil d'Etat distinguait les effets du contrôle de conventionnalité des dispositions législatives selon la date d'entrée en vigueur comparée de la loi et du traité, ne faisant primer le traité sur la loi que lorsque cette dernière était antérieure au traité. La Cour de cassation quant à elle donnait pleinement effet au principe de primauté des traités sur la loi formulé à l'article 55 C depuis son arrêt Cass., 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Dalloz 1975, p. 497.

⁸⁰ Sur cette question, voir NADAL J.-L., « La Constitution et le juge judiciaire », in MATHIEU, B. (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Ed. Dalloz, p. 345-353, pour un travail plus approfondi sur la question, v. DESAULNAY, O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Préf. de Pierre Bon, Dalloz, Paris, 2009, 852 p. Pour une approche comparée anticipant l'introduction d'une procédure de contrôle *a posteriori* de la loi dans l'ordre juridique français, voir, DRAGO, G., dir., *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation*, Dalloz, Paris, 2007, 234 p.

⁸¹ Le décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010 faisant application de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 C., précise la procédure d'examen des QPC devant la Cour de cassation. Comme pour l'examen des pourvois formés devant la Cour de cassation, chaque chambre connaît désormais du renvoi des QPC entrant dans le champ de ses attributions.

⁸² On dénombre ainsi 66 arrêts de filtrage rendus en assemblée plénière sur les 1320 rendus au total entre le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} mars 2012. Sur ces 66 arrêts, 58 sont des arrêts de refus de renvoi de la QPC, 45 pour défaut de nouveauté et de sérieux (les deux moyens ayant été invoqués par l'auteur de la QPC), 2 pour défaut de sérieux, 1 pour irrecevabilité de la requête principale, 1 pour cause de transmission d'une même question au Conseil et 1 pour défaut de nouveauté.

ait réussi à convaincre le juge ordinaire de la pertinence de son action par des arguments tirés de la violation par la disposition législative en cause de droits ou libertés rattachables au bloc de constitutionnalité.

Le constituant comme le législateur organique ont empêché que le juge puisse adopter une position offensive à l'égard de la loi, lui conservant dès lors par principe cette position de subordination que lui avaient défini les révolutionnaires français⁸³. Il lui a en effet été refusé, à la différence de ses homologues belges, italiens ou allemands, de soulever d'office une QPC ou de la reformuler dans un sens différent de celui défini par son auteur. De la même manière il ne lui est pas possible, à la différence du Conseil constitutionnel, de soulever des moyens d'office à l'appui de la QPC soulevée devant lui. Il se trouve par ailleurs contraint, sauf changement de circonstances, d'intégrer l'autorité de la chose jugée par le Conseil sur les dispositions législatives en cause quand bien même le moyen d'inconstitutionnalité de la question n'aurait pas été examiné par le Conseil constitutionnel à l'époque. Il retrouve néanmoins une initiative dans la capacité qu'il s'est reconnue à circonscrire l'objet de la QPC, c'est-à-dire la ou les dispositions législatives en cause dans le mémoire distinct déposé devant lui à l'occasion du litige principal. Il s'est ainsi autorisé à procéder à des renvois partiels de QPC en réduisant l'objet de la QPC, considérant « *qu'il était nécessaire de renvoyer devant le Conseil constitutionnel un ensemble cohérent de dispositions* »⁸⁴, mais s'est aussi permis des renvois au delà de l'applicabilité stricte au litige lorsqu'ils considèrent certaines dispositions comme indissociables ou connexes⁸⁵. Il a cependant refusé de renvoyer au Conseil des dispositions législatives similaires à celles applicables au litige, écartant dès lors une approche de la QPC « dans l'intérêt de la Constitution » au profit d'une approche concrète, centrée sur le litige et le caractère subjectif des droits et libertés constitutionnels dont la violation est alléguée par le requérant⁸⁶. La logique subjective s'immisce ainsi au sein de la logique purement objective de la QPC, ce qui n'est pas sans brouiller la perception de cette nouvelle voie d'action par ses acteurs, notamment juridictionnels.

La formulation de la QPC, comme son initiative, à la différence d'une question préjudicielle, échappe au juge en charge de les transmettre alors même qu'elle participe au dialogue des juges, notamment au sein d'un même ordre, en particulier entre les juridictions inférieures et la juridiction suprême de l'ordre concerné⁸⁷. Cette caractéristique a pu conduire, pour des questions d'image ou d'habitus, comme en ont témoigné certains acteurs interrogés, des magistrats (notamment judiciaires), à inviter officieusement l'auteur d'une QPC à la reformuler, voire à la reformuler eux-mêmes, jusqu'à ce que la Cour de cassation sanctionne

⁸³ Voir VERPEAUX, M., « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, p. 40.

⁸⁴ Concl. J.-P. THIELLAY sous CE, 28 mai 2010, *MM. Balta et Opra*, req. n° 337840, cité par LIEBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

⁸⁵ Pour exemple, CE, 28 mai 2010, *MM. Balta et Opra*, req. n° 337840 ; CE 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. n° 306643.

⁸⁶ CE, 16 juillet 2010, *Union départementale des associations familiales de la Sarthe*, req. n° 327420, § 2 : « le directeur de la CNRACL n'a pu légalement se fonder que sur les dispositions précitées de l'article 42 du décret du 26 décembre 2003, qui ont été prises sur le fondement de l'article 3 de l'ordonnance n° 45-993 du 17 mai 1945, et non sur les dispositions similaires contenues à l'article L. 40 du code des pensions civiles et militaires de retraite ; que, dès lors, les dispositions de ce dernier article, dont l'UNION DÉPARTEMENTALE DES ASSOCIATIONS FAMILIALES DE LA SARTHE soutient qu'elles sont contraires à la Constitution, ne sont pas applicables au présent litige ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article L. 40 du code des pensions civiles et militaires de retraite portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté ».

⁸⁷ Pour une définition du contenu de la notion de « dialogue des juges », nous renvoyons aux Mélanges offerts à son auteur, *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, notamment pp. 11-28.

de telles pratiques, contraires à la nature même de la QPC⁸⁸, qui demeure « la chose du justiciable » et à l'article 61-1 de la Constitution⁸⁹. Elles sont en outre contraires à la loi organique qui exclut la possibilité pour le juge de soulever d'office une QPC, ce à quoi revient finalement une telle pratique. Elle porte au demeurant atteinte, dans l'espace du procès à l'intérieur duquel elle s'insère, au principe d'impartialité, même s'il est possible de considérer que le justiciable qui en bénéficie devient *de facto* un défenseur de l'intérêt général, au même titre que le juge qui lui apporte son aide. Si de telles pratiques semblent devoir être exclues pour ces raisons, rien n'empêche le juge d'opérer une requalification ou une réinterprétation de manière à conférer une portée utile à la question soulevée par le justiciable. Il ne doit cependant en aucun cas dénaturer le contenu ou la portée, ainsi que l'ont précisé différentes chambres de la Cour de cassation :

« Que, si la question posée peut être "reformulée" par le juge à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il n'appartient pas au juge de la modifier ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise »⁹⁰.

De telles reformulations sont néanmoins plus concevables devant le juge administratif, habitué dans l'exercice de son office à rééquilibrer le procès au profit de l'administré, que devant le juge judiciaire, moins habitué à cela, en raison du caractère accusatoire de la procédure civile, en dépit de son évolution vers un caractère mixte⁹¹. Il ne semble pas que le Conseil d'Etat ait eu à se prononcer sur cette question durant les deux années ayant suivi l'entrée en vigueur de la QPC. Sans doute les juges du fond sont-ils restés dans le cadre étroit défini par le constituant et le législateur organique, c'est-à-dire celui du « mémoire distinct » dans lequel la QPC est soulevée et qui fait l'objet d'une transmission parallèle au Conseil d'Etat lorsque la juridiction décide de lui renvoyer la question.

Si le juge semble adopter globalement une stratégie défensive de la loi, complémentaire d'une stratégie de régulation, l'usage alternatif qui lui est donné par le législateur organique du caractère « nouveau » de la question peut être parfois considéré comme révélant une stratégie offensive, en dépit du caractère très marginal de cet usage, compte tenu de la définition restrictive qu'en a donné le Conseil constitutionnel⁹². Ainsi, la QPC soulevée à propos du mariage entre personnes de même sexe mettant en cause les articles 144 et 75 dernier alinéa du Code civil, a-t-elle été renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel uniquement sur le fondement du caractère nouveau de la question, à défaut de pouvoir s'appuyer sur son caractère sérieux⁹³. La motivation, très laconique, de la Cour de cassation

⁸⁸ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°2559, pourvoi n°10-40.050.

⁸⁹ Le Premier Président de la Cour de cassation, Vincent Lamanda, s'était lui-même opposé à ce type d'entremise du juge dans la formulation de la QPC durant son audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, notant que « dans la mesure où le juge n'aurait pas le pouvoir de relever d'office une question de constitutionnalité, il ne devrait pas davantage avoir celui de reformuler une question posée par une partie. S'il peut envisager de réécrire, dans un français plus clair, une question maladroitemment formulée, le juge ne saurait cependant dénaturer le sens dans la mesure où la loi lui fait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions de fond qu'elle pose », Warsmann J.-L., *Rapport AN n°1898* fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, p. 186.

⁹⁰ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°2559, pourvoi n°10-40.050 ; Cass. soc., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-40.052 ; Cass., 2^e civ., 8 février 2012, pourvoi n°11-40.107 ; Cass., crim., 10 janvier 2012, pourvoi n°11-90.109.

⁹¹ BERGEL J.-L., « Introduction générale », in, DARCY G., LABROT V., DOAT M. (dir.), *L'office du juge*, Actes du colloque organisé au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, pp. 21-22.

⁹² Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Loi relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 16 novembre 2010, pourvoi n°10-40.042.

est par ailleurs intéressante et témoigne d'une volonté de sa part de renvoyer une question dont le débat dépasse le prétoire et le caractère étroit du contentieux constitutionnel. Il s'agit en effet d'une motivation très générale et finalement peu juridique, s'appuyant sur la prise en compte de l'évolution des mœurs et sur l'existence d'un « *large débat dans la société* »⁹⁴. On est loin de l'affaire *Daoudi* par exemple où le Conseil d'Etat a transmis la QPC en dépit de son absence de caractère sérieux, dans la mesure où d'une part, l'interdiction constitutionnelle de la peine de mort avait été introduite postérieurement à la disposition législative en cause, d'autre part, le Conseil n'avait jamais eu à se prononcer dessus⁹⁵. Le caractère nouveau peut par conséquent permettre, au moins marginalement, à une QPC non ou peu sérieuse d'aboutir lorsque la juridiction suprême en décide ainsi. La QPC joue alors le rôle d'un forum où peuvent être prises en compte, dans l'exercice du filtrage tout du moins, des éléments externes, renforçant l'importance de la question posée sur le plan démocratique. Il n'y a qu'un pas à franchir pour considérer la QPC comme une technique de démocratie participative contribuant à la configuration d'un « espace public » au sens habermassien du terme.

Parmi les magistrats une place particulière doit être réservée au parquet. Sa nature et son rôle dans le procès l'ont amené à se positionner d'une manière toute singulière dans le procès constitutionnel (incident) comme dans le procès principal.

B) La place singulière mais ambiguë du ministère public

Corinne ROBACZEWSKI⁹⁶

Si la QPC a pu être présentée comme une véritable « novation » pour les professionnels du droit⁹⁷, la nouvelle procédure ne semble pas, de prime abord, avoir révolutionné le rôle du Ministère public. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, et bien qu'une telle initiative ait été permise par le législateur constitutionnel, aucune QPC n'a été posée par le Parquet. Refusant d'être l'auteur d'une QPC, le Ministère public a choisi d'en être l'éclaireur, en contribuant, par son avis, à l'appréciation de la recevabilité ou à l'évaluation du caractère sérieux de celle-ci. Simple spectateur ou véritable acteur de la procédure ? Le Ministère public, par l'avis qu'il donne aux juridictions saisies d'une QPC, joue en réalité un rôle essentiel dans la procédure.

Le ministère public, partie au procès. -La QPC, qui peut être soulevée « *à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction* » aux termes du nouvel article 61-1 de la Constitution⁹⁸, est ouverte à toute partie à une instance. De cette disposition constitutionnelle, le législateur organique a déduit que la question ne peut être soulevée d'office par le juge⁹⁹,

⁹⁴ « *Et attendu que les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ; qu'il y a lieu, dès lors, de les renvoyer au Conseil constitutionnel* », *ibid*.

⁹⁵ CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, n° 338505.

⁹⁶ Maître de conférences en droit privé, Centre Ethique et Procédures, Université d'Artois.

⁹⁷ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *JCP G*, 2009, 602.V. également, G. DRAGO, « Vers la question prioritaire de constitutionnalité, une Constitution proche du citoyen », *JCP G*, 2010, 2, présentant la nouvelle procédure comme une « *révolution juridique* ».

⁹⁸ Art. 61-1 C, introduit par l'article 29 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juill. 2008, publiée au JO du 24 juill. 2008.

⁹⁹ Art. 23-1 al. 1 Ord. du 7 déc. 1958 modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

mais il ne l'a pas pour autant réservée au seul justiciable. Le Ministère public, qui est partie au procès, peut donc poser une QPC. Comme le souligne le Professeur Verpeaux, la QPC est destinée essentiellement à protéger les droits et les libertés revendiqués par l'une ou l'autre des parties. Or cette partie peut être le Ministère public¹⁰⁰. Déterminé par les termes de l'article 61-1 de la Constitution, le choix du législateur organique a été d'ouvrir la question au Ministère public, partie principale auprès des juridictions répressives, ou même partie jointe dans certains procès civils¹⁰¹.

Le ministère public, auteur d'une QPC. -De cette distinction dans les travaux préparatoires – partie principale ou partie jointe – est toutefois résulté, dès l'entrée en vigueur de la réforme, un débat. En tant que partie jointe, dans un procès qu'il n'a pas fait naître et où il intervient, par voie de réquisition, pour donner à la juridiction un simple avis sur la solution de l'affaire¹⁰², le Ministère public est-il bien légitime à poser une QPC ? Si les débats parlementaires n'avaient pas soulevé de difficulté dans l'hypothèse du Ministère public partie principale à l'instance, la compétence n'avait pas été unanimement admise, en revanche, pour celle du Ministère public simple partie jointe. Certes, lors des travaux parlementaires, le Premier Président de la Cour de cassation, auditionné à ce sujet¹⁰³, ainsi que le Président de la Commission des lois¹⁰⁴ s'étaient plutôt prononcés favorablement. Mais le Gouvernement avait semblé, quant à lui, exclure une telle compétence. Aussi avait-il été préconisé de confier le soin « à la jurisprudence de préciser cette question du rôle du ministère public que la loi organique ne règle pas expressément »¹⁰⁵. Cependant, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'apporter cette précision puisque aucune QPC n'a jamais été posée par le Parquet. Non seulement le Parquet général de la Cour de cassation n'a pris aucune initiative de question, mais il ressort également de l'étude des décisions de la Cour de cassation que celle-ci ne s'est vue transmettre aucune question posée par le Ministère public. Or si on peut considérer que le Parquet général près la Cour de cassation se voit attribuer une mission spécifique, incompatible avec le fait de poser une QPC, puisqu'il doit veiller à la stricte application des lois, il n'est pas si inconcevable que le Ministère public de première instance ou d'appel, puisse se rendre auteur d'une QPC, surtout lorsqu'il est partie principale à la procédure¹⁰⁶. Mais ce défaut d'action est parfaitement légitimé au sein des Parquets. Des différentes rencontres avec les parquetiers des Cours d'appel partenaires de la recherche, il ressort le sentiment unanime d'une incompatibilité de soulever l'inconstitutionnalité de la loi tout en requérant son application. Cette difficulté est également relevée dans la circulaire du 24 février 2011 adressée par la direction générale des services aux parquets généraux, qui qualifie d'exceptionnelle la question prioritaire d'inconstitutionnalité soulevée par le

¹⁰⁰M. VERPEAUX, « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474.

¹⁰¹V. en ce sens, *Rapport* n° 637, H. PORTELLI, fait au nom de la commission des lois, 29 sept. 2009.

¹⁰²V. infra les attributions du Ministère public dans le contentieux civil.

¹⁰³Lors de son audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, M. LAMANDA, Premier Président de la Cour de cassation, avait indiqué : « le ministère public, qui a toujours la faculté, s'il n'est déjà partie principale, d'intervenir dans toute instance en qualité de partie jointe, aura la possibilité de soulever une question de constitutionnalité ».

¹⁰⁴M. WARSMANN, rapporteur à l'Assemblée nationale, avait considéré que « lorsque le ministère public est partie jointe, soit en raison de la matière de l'affaire, soit de sa propre initiative, soit à celle du juge du siège, il est chargé d'intervenir "pour faire connaître son avis sur l'application de la loi" (article 424 du code de procédure civile). Dans la mesure où l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition législative est susceptible de poser la question de l'application de cette disposition, il ne serait pas infondé que le ministère public puisse, en qualité de partie jointe, invoquer un tel moyen », WARSMANN J.-L., *Rapport AN* n° 1898 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, p. 48.

¹⁰⁵GUILLAUME M., « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au conseil d'état et à la cour de cassation*, 2010,

www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/OPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

¹⁰⁶Sur la distinction du Parquet général près la Cour de cassation et le Ministère public des autres juridictions, v. les entretiens de la rencontre avec les acteurs centraux du 26 mars 2012.

Ministère public. Seule « l'hypothèse de dispositions législatives tombées en désuétude » pourrait, selon la circulaire, être soumise à la procédure.

Le principe du contradictoire à l'origine d'un positionnement systématique. -S'il semble donc exclu que le Ministère public soit lui-même l'auteur d'une QPC, il ne faudrait toutefois pas en déduire que le Ministère public n'est pas un acteur de la QPC. Sous réserve des particularités de chaque ordre ou catégorie de juridictions, le principe du contradictoire s'impose dans la procédure de la QPC. Il en résulte une possibilité pour le Ministère public de faire connaître son avis à chaque étape de cette procédure : devant la juridiction chargée de décider de la transmission de la question à la Cour de cassation, devant la Cour de cassation chargée de décider du renvoi au Conseil constitutionnel, et devant le Conseil constitutionnel lui-même. La première étape de la procédure impose le respect du contradictoire dans la mesure où la transmission de la question est soumise à des conditions qui peuvent faire l'objet d'une discussion devant le juge. Si l'une des parties prétend faire juger l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, et ainsi retarder le jugement de l'affaire en cours, l'autre peut vouloir s'y opposer. L'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 prévoit ainsi que « la décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties »¹⁰⁷. De façon plus précise encore, le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique du 10 décembre 2009 soumet la décision de transmission de la QPC à débat contradictoire. Le Code de procédure pénale prévoit donc que le juge pénal statue « après que le ministère public et les parties, entendues ou appelées, ont présenté leurs observations sur la QPC »¹⁰⁸. Le Code de procédure civile prévoit quant à lui que « le juge statue sans délai, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, le ministère public avisé et les parties entendues ou appelées »¹⁰⁹. Lorsque la question est transmise à la Cour de cassation¹¹⁰, ou lorsque le moyen d'inconstitutionnalité est présenté pour la première fois en cassation¹¹¹ - deuxième étape de la procédure - les parties se voient accorder un délai d'un mois pour présenter leurs observations¹¹², et le Procureur général près la Cour de cassation est avisé de la date de l'audience au cours de laquelle la QPC sera examinée afin qu'il puisse faire connaître son avis¹¹³. Enfin, la troisième étape de la procédure, un strict respect du contradictoire est assuré par deux dispositions complémentaires : d'une part si le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et autorités précitées sont invitées à y assister et disposent ensuite d'un délai pour présenter leurs observations¹¹⁴ ; d'autre part le Conseil doit communiquer aux parties et autorités précitées les griefs qui pourraient être relevés d'office et leur impartir un délai pour présenter leurs observations¹¹⁵.

L'importance de l'avis du Ministère public sur la QPC. -Si l'avis du Ministère public, sur la recevabilité et le caractère sérieux de la question, représente un apport essentiel de la

¹⁰⁷ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁸ Art. R 49-25 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁹ Art. 126-4 du Code de procédure civile.

¹¹⁰ Dans cette hypothèse, la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dans un délai de trois mois (Ord. n° 58-1067, art. 23-4).

¹¹¹ Dans cette hypothèse, la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour décider de la transmission au Conseil (Ord. n° 58-1067, art. 23-5).

¹¹² Art. 126-9 et 10 du Code de procédure civile, et R 49-30 et 31 du Code de procédure pénale, délai qui peut être réduit, en cas d'urgence par le premier président ou son délégué (art. 126-11 du Code de procédure civile et R 49-32 du Code de procédure pénale).

¹¹³ Art. 126-11 du Code de procédure civile ; art. R 49-32 du Code de procédure pénale.

¹¹⁴ Art. 6 Décision du Conseil constitutionnel du 4 février 2010 portant règlement intérieur.

¹¹⁵ Art. 7, *ibid.*

réforme, c'est à l'égard du Parquet des juridictions du fond que cet apport est le plus novateur. Il ne s'agit pas de dire que l'avis du Parquet général près la Cour de cassation sur la transmission de la question au Conseil constitutionnel n'est pas déterminant. Il l'est notamment dans l'hypothèse où la question prioritaire est invoquée pour la première fois devant la juridiction suprême. Mais devant la Cour de cassation, le Ministère public joue en réalité un rôle classique, dans le même esprit que le rapporteur public devant une juridiction administrative¹¹⁶. Rompu même à ce type d'exercice, le Parquet général près la Cour de cassation remplit son rôle de « *veiller en toute indépendance à l'exacte application de la loi* »¹¹⁷. Désormais abondante, la jurisprudence relative à la QPC, constitue d'ailleurs un appui pour l'Avocat général devant émettre un avis sur le sérieux de la question posée. Le rôle le plus novateur dans la QPC est donc celui du Ministère public de première instance et d'appel. En effet, le Parquet devant les juridictions du fond est en mesure de constituer un réel apport dans l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité, notamment dans celui de leur recevabilité. L'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 lui permet de jouer ce rôle en prévoyant que « *devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le Ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis* ».

L'absence de sanction du défaut de communication au Ministère public. -Le défaut de communication au Ministère public par la juridiction de jugement ne fait pourtant pas l'objet de sanction, en raison de l'absence de recours contre la décision statuant sur une QPC. Ainsi que le prévoit l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, « *La décision de transmettre la question (...) n'est susceptible d'aucun recours* ». Quant à un éventuel refus de transmettre la question, le même texte précise qu'il « *ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige* ». Informé de la décision de la juridiction du fond sur la QPC, en application des articles 126-7 du Code de procédure civile dans un contentieux civil ou R. 49-28 du Code de procédure pénale dans un contentieux pénal¹¹⁸, le Parquet ne peut exercer aucun recours, indépendamment du fond. La partie privée, auteur de la question, n'a guère plus de possibilité. Dans l'hypothèse d'un refus de transmission, son recours ne pourrait prendre la forme que d'une nouvelle question, posée devant la juridiction supérieure¹¹⁹. Autrement dit aucun recours ne saurait être envisagé pour sanctionner le défaut de communication de la QPC au Ministère public. Et pourtant, l'analyse de la jurisprudence montre qu'à peine 5 % des décisions pénales (où le Ministère public est par principe présent à l'audience), et moins de 10 % des décisions civiles (où le Ministère public est tantôt partie principale, tantôt partie jointe) ne font mention d'aucun avis du Parquet. Les juridictions sollicitent quasi-systématiquement l'expertise du Parquet avant de décider de la transmission de la QPC. L'avis donné par le Parquet apparaît ainsi comme un indispensable appui pour la juridiction de jugement. Si l'intervention du Ministère public dans la procédure est d'une portée substantielle (II), il est indéniable que les aspects formels de ce mode d'intervention, qui présente l'avantage d'une grande souplesse, sont de nature à l'encourager (I).

¹¹⁶ F. FERRAND, C. CHAINAIS, S. GUINCHARD, *Procédure civile ; droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 30e éd., 2010, n° 756.

¹¹⁷ Cass. Crim. 18 décembre 1996, Bull. crim. n° 475.

¹¹⁸ Les deux textes, rédigés en des termes identiques, prévoient que « *le greffe avise les parties et le ministère public par tout moyen et sans délai de la décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation* ».

¹¹⁹ Cass. Ass. plén., 23 juill. 2010, n° 10-85505 : « *le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut faire l'objet que d'une contestation, laquelle doit être présentée devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige, sous forme d'un écrit distinct et motivé posant de nouveau la question* ».

1) Les aspects formels de l'intervention du Ministère public

a) La forme écrite ou orale de l'avis

La forme sous laquelle l'avis du Ministère public est donné à la juridiction de jugement, fait l'objet d'un encadrement dans le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique du 10 décembre 2009. Des formes particulières de l'avis sont ainsi rendues obligatoires tant dans le Code de procédure civile que dans le Code de procédure pénale. En application de l'article 126-2 du Code de procédure civile, « *les autres observations des parties sur la QPC doivent, si elles sont présentées par écrit, être contenues dans un écrit distinct et motivé. À défaut, elles ne peuvent être jointes à la décision transmettant la question à la Cour de cassation* ». De même, l'article R. 49-25 du Code de procédure pénale précise que « *les observations du ministère public et des autres parties doivent figurer dans un écrit distinct et motivé. À défaut, elles ne peuvent être jointes à la décision transmettant la question à la Cour de cassation* ». Il en résulte que l'écrit n'est pas une forme obligatoire de l'avis donné par le Ministère public. De l'existence d'un écrit distinct et motivé dépend seulement la possibilité de joindre l'avis à la décision de transmission. Mais une différence mérite d'être signalée ici entre les juridictions civiles et les juridictions pénales. En effet, il apparaît que si les avis donnés en matière civile sont quasi exclusivement présentés dans un écrit, ils ne le sont que pour moitié seulement en matière pénale.

b) Le particularisme du contentieux civil

Dans le contentieux civil, le Ministère public peut agir comme partie principale ou intervenir comme partie jointe¹²⁰. Si de cette distinction, il ne résulte aucune incidence sur la possibilité même du Ministère public à être acteur de la QPC¹²¹, il s'en déduit nécessairement une différence dans les modalités d'exercice de ses attributions. Partie principale « *dans les cas spécifiés par la loi* »¹²² ou « *pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* »¹²³, le Parquet se trouve dans une situation assimilable à celle d'un plaideur ordinaire, puisqu'il agit comme partie principale, par voie d'action ou par voie de défense¹²⁴. Il est tenu d'assister à l'audience¹²⁵ et de produire des conclusions. La forme écrite de son avis sur la QPC s'impose alors comme à tout autre plaideur. Mais le Ministère public peut encore être partie jointe « *lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication* »¹²⁶. C'est cette hypothèse qui se trouve être la plus fréquente dans le contentieux civil, et qui fait nécessairement le cadre de la procédure de la QPC. En effet, le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication. Or aux termes de l'article 425 du Code de procédure civile, il doit avoir communication de toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis. Dans une telle hypothèse, l'article 431 du Code de procédure civile l'autorise à faire connaître son avis à la juridiction de deux manières : « *soit en lui adressant des conclusions écrites qui sont mises à la disposition des parties, soit oralement à l'audience* ». Lorsque sa présence à l'audience n'est pas exigée par la loi, le Parquet peut donc rédiger et adresser à la juridiction des conclusions écrites. Il en résulte une importance pratique du nombre des avis écrits dans le contentieux civil.

¹²⁰ Art. 421 du Code de procédure civile.

¹²¹ V. *supra*.

¹²² Art. 422 du Code de procédure civile.

¹²³ Art. 423 du Code de procédure civile.

¹²⁴ E. JEULAND, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, 7^{ème} éd., 2011, n° 345.

¹²⁵ Art. 431 du Code de procédure civile.

¹²⁶ Art. 424 du Code de procédure civile.

c) Le particularisme du contentieux pénal

La faible proportion d'avis écrits en matière pénale pourrait s'expliquer par le fait que la juridiction pénale peut toujours statuer, sans recueillir les observations du Ministère public, dès lors qu'il n'y a certainement pas lieu, au vu du mémoire distinct, de transmettre la QPC. Autrement dit, de la faible proportion d'avis écrit dans le contentieux pénal, il pourrait être déduit non pas une préférence pour l'avis oral, mais plutôt l'exercice d'une faculté pour la juridiction pénale de se passer de l'avis du Parquet, celui-ci n'ayant pas même été invité à formuler des observations, en raison de la certitude de ladite juridiction dans sa décision de non transmission de la QPC. L'exception à la sollicitation de l'avis du Ministère public, qui est limitée au contentieux pénal, est ainsi prévue à l'alinéa 2 de l'article R 49-25 du Code de procédure pénale, selon lequel « *la juridiction peut toutefois statuer sans recueillir les observations du ministère public et des parties s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre la QPC* ». Cependant, l'application de ce texte ne pourrait expliquer que les décisions de refus de transmission. En outre, il nous semble que la juridiction à laquelle il apparaîtrait ne pas être nécessaire de transmettre la QPC, viserait l'article R 49-25 dans sa décision, pour justifier son choix de ne pas solliciter l'avis de son Parquet. Or aucune des décisions référencées dans la présente étude ne mentionne une telle application de ce texte. En réalité, le particularisme du contentieux pénal provient surtout de la présence du Ministère public à l'audience, lui permettant d'y développer oralement ses observations. Une telle situation représente une très large part du contentieux pénal puisqu'aux termes de l'article 32 du Code de procédure pénale, le Ministère public, représenté auprès de chaque juridiction répressive, assiste aux débats des juridictions de jugement. Ainsi, il résulte des entretiens menés dans le cadre de la présente étude auprès des Parquets généraux des Cours d'appel, que nombre de questions prioritaires de constitutionnalité sont présentées à l'audience pénale ne permettant souvent au Ministère public que de répliquer par des observations orales. En matière pénale, la forme de l'avis donné par le Parquet est d'une grande souplesse, qui facilite l'exercice d'une véritable expertise dans la procédure de la QPC.

2) La portée substantielle de l'intervention du Ministère public

a) Le sens de l'avis

Le Ministère public peut aussi bien requérir la transmission que le refus de la question. Dans de rares hypothèses seulement, il « s'en rapporte » à la justice. Dans plus de la moitié des affaires ayant donné lieu à la transmission d'une QPC à la Cour de cassation, le Ministère public a rendu un avis favorable à celle-ci. Dans ce type de prise de position, les avis font souvent l'objet d'une motivation pointilleuse et longuement développée. En effet, les hypothèses d'avis conforme à la transmission ne sont pas rares dans des domaines sensibles. Ainsi plusieurs parquets ont pu être d'avis de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité concernant les dispositions de la nouvelle loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Il en est de même à propos de l'article 575 du Code de procédure pénale, subordonnant le pourvoi d'une partie civile à celui du Ministère public¹²⁷. Ces positions favorables à la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité sont tout à fait compatibles avec le souci des parquetiers de requérir l'application de la loi. Par exemple, il est dans l'intérêt de la loi et de sa sécurité juridique que le Conseil constitutionnel se prononce rapidement sur la constitutionnalité de dispositions très fréquemment et très majoritairement contestées de la procédure pénale, afin que, pour l'avenir, les procédures engagées sur le

¹²⁷ Ici toutefois l'inconstitutionnalité était manifeste (V. les entretiens avec les acteurs centraux, journée du 26 mars 2012).

fondement des textes concernés ne soient plus remises en cause. Dans l'hypothèse inverse d'un avis défavorable à la transmission de la QPC, le Parquet s'oppose nécessairement à la partie qui en est l'auteur ; et ce, à l'avantage peut-être de la partie adverse. Un tel effet ne permet pas cependant de constater le défaut d'impartialité du Ministère public. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris, une requête en récusation avait été présentée contre le procureur de la République adjoint près le Tribunal devant lequel la question prioritaire avait été soulevée. Intervenu en qualité de partie jointe pour faire connaître son avis sur une QPC, le membre du Ministère public était soupçonné par l'auteur de la question d'être intervenu au soutien des intérêts de son adversaire, attitude qu'il qualifiait de « *partialité très anormale et très spéciale* » à son encontre. Il était donc soutenu par le requérant que le Parquet avait en l'espèce donné un avis « *non pas objectif mais péremptoire, ce qui est contraire aux principes constitutionnels* ». Pour la Cour d'appel de Paris, en invoquant un simple désaccord avec l'avis donné, le requérant ne faisait état d'aucun élément susceptible de démontrer une quelconque partialité du magistrat « *dont le rôle est précisément de donner son avis* »¹²⁸. La demande de récusation est jugée mal fondée. C'est donc tout à fait librement que le Ministère public requiert la transmission ou la non-transmission de la question.

b) Le contenu de l'avis

Libre du sens de son avis, le Parquet ne se prive pas de se prononcer tant sur la recevabilité que sur le sérieux de la QPC¹²⁹. Le Ministère public outrepassé même parfois le rôle que la loi organique a prévu pour lui, en prenant parti sur le bien fondé de la question, c'est-à-dire sur la constitutionnalité du texte contesté. C'est ainsi que tout en se prononçant sur le caractère sérieux de la question, il lui arrive de viser la jurisprudence du Conseil constitutionnel afin de donner son avis sur la probabilité d'échec de la procédure devant le Conseil constitutionnel¹³⁰. De façon plus remarquable encore, il arrive au Ministère public d'attirer l'attention de la juridiction sur une tentative de détournement de la procédure par l'auteur de la question prioritaire. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris, le Parquet avait observé que les dispositions contestées n'étaient pas applicables au litige ni à la procédure, puisqu'elles portaient sur le droit des successions vacantes et leur gestion par l'administration des domaines, alors que la requête, à l'occasion de laquelle la QPC avait été posée, portait sur la récusation d'un juge au Tribunal de première instance. La Cour refuse donc la transmission¹³¹. De ce constat de diversité des contenus, il résulte qu'une harmonisation des pratiques serait sans doute nécessaire. Au sein de certains parquets, un document modèle, rappelant les critères de l'ordonnance du 7 novembre 1958, est déjà mis - ou sur le point de l'être - à la disposition des magistrats.

c) La portée de l'avis

Tout comme l'ensemble des éléments du débat, l'avis du Ministère public doit respecter le principe du contradictoire. Il doit à cet effet faire l'objet d'une communication aux parties, afin que celles-ci puissent y répondre. Le principe souffre toutefois d'une exception lorsque le Ministère public s'en rapporte à la justice. Dans un arrêt du 7 juin 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que « *l'avis écrit du ministère public, par lequel celui-ci déclare s'en rapporter, étant sans influence sur la solution du litige, ne peut être assimilé à des conclusions écrites au sens de l'article 431 du Code de procédure civile et n'a pas à être communiqué aux parties* »¹³². Lorsque la communication aux parties peut jouer,

¹²⁸ Cour d'appel de Paris, 28 juin 2011, n° 11/06525.

¹²⁹ V. par exemple, Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2011, n° 11/17280.

¹³⁰ V. par exemple, Cour d'appel de Paris, 28 juin 2011, n° 11/10112.

¹³¹ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2012, n° 11/ 23368.

¹³² Cass. Com. 7 juin 2011, n° 10-19834.

l'intérêt dépasse celui de l'éclairage de la juridiction. Cet intérêt se manifeste tout particulièrement dans l'hypothèse d'une question initialement mal formulée, pour laquelle le juge peut certes procéder à une reformulation à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, mais ne peut opérer lui-même de modification.

En définitive, il apparaît que l'association du Ministère public à l'examen de la QPC est essentielle. L'intervention du parquet à tous les stades de la procédure est d'un intérêt certain. Si devant la Cour de cassation, le Parquet général joue le rôle tout à fait essentiel de gardien de la stricte application de la loi, devant les juridictions de première instance et d'appel, le Ministère public ne joue pas un moindre rôle. Il reste peut-être à harmoniser les pratiques afin que tant sur la forme que sur le fond, le rôle des parquetiers puisse être un peu plus encore apprécié des juridictions.

C) Une voie d'action peu attractive devant certaines juridictions : l'exemple des juridictions financières

Aurélien BAUDU¹³³

Lors de la discussion du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, et notamment des règles de transmission et de renvoi de la QPC, le Sénat a complété l'article 2 du projet adopté en première lecture à l'Assemblée nationale, sur proposition de sa commission des lois, afin d'introduire également une référence aux dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dans le cas des juridictions financières¹³⁴.

Le Sénat a ainsi créé un nouvel article L.O. 142-2 au sein du Code des juridictions financières, dont le paragraphe I prévoit que la transmission d'une QPC par une juridiction régie par le Code des juridictions financières obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Sont ainsi concernées aussi bien la Cour des comptes que les chambres régionales des comptes, ou la Cour de discipline budgétaire et financière qui relève également du Conseil d'État en cassation. En revanche, les dispositions réglementaires du Code de justice administrative relatives à la QPC ne s'appliquent pas aux juridictions relevant du Code des juridictions financières.

Un paragraphe II prévoit spécifiquement, devant une juridiction financière, que l'affaire est communiquée au ministère public dès qu'une QPC est soulevée, afin que ce dernier puisse faire connaître son avis. Cette mention est en effet nécessaire, dans la mesure où la disposition équivalente qui figure à l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 est restreinte au seul cas des juridictions relevant de la Cour de cassation.

À la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 qui a inséré dans le Code des juridictions financières l'article L.O. 142-2 organisant les conditions de la transmission au Conseil d'État, dont les juridictions financières relèvent par la voie de la cassation, une instruction du Premier président de la Cour des comptes en date du 22 juin 2010 a défini la procédure à suivre pour tenir compte des caractéristiques d'une QPC¹³⁵. En 2011, une formation à la QPC organisée par l'École nationale de la magistrature a été ouverte à la Cour des comptes¹³⁶, cela présuppose-t-il que les magistrats financiers s'attendent à ce que la QPC devienne la « Question Pour les Comptables » ?

Historiquement, le jugement des comptes des comptables publics a été la première mission de la Cour des comptes. Elle lui doit son statut de juridiction et ses membres lui doivent leur qualité de magistrat. Il en va de même pour les chambres régionales et territoriales des comptes.

Toutefois, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une juridiction située entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Bien que la loi du 22 juin 1967 reconnaisse explicitement aux membres de la Cour des comptes le statut de magistrat, il s'agit néanmoins de magistrats d'un type

¹³³ Maître de conférences en droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

¹³⁴ H. PORTELLI, *Rapport relatif au projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, *Doc. parl.*, n° 637, 29 sept. 2009, p. 65.

¹³⁵ Cour des comptes, *Rapport d'activité 2010*, « Les temps forts de l'année 2010 », 1^{er} mai 2011, p. 7.

¹³⁶ Cour des comptes, *Rapport d'activité 2011*, p. 42.

particulier à trois titres. En premier lieu, la majorité des membres de la Cour ne juge pas puisque les formations délibérantes de la juridiction ne comprennent que les membres ayant au moins le grade de conseiller maître, les auditeurs et les référendaires, simples rapporteurs, n'exerçant pas cette fonction essentielle. En second lieu, la majeure partie de l'activité de la Cour consiste à exercer des attributions non juridictionnelles, le contrôle de gestion tendant à devenir l'essentiel du travail des magistrats. Enfin, les magistrats financiers ne sont pas saisis de recours émanant de justiciables (les organismes contrôlés se bornent à envoyer à la Cour les documents prescrits par les textes) et ne tranchent pas de litiges, contrairement à leurs homologues de l'ordre judiciaire ou administratif.

Relevant, par la voie de la cassation, du Conseil d'État, la Cour des comptes est considérée comme une juridiction administrative. Pourtant, plusieurs de ses caractéristiques sont directement empruntées à l'ordre judiciaire. En premier lieu, l'apparat (port de la robe et cérémonie des audiences solennelles) et les appellations (une Cour placée sous l'autorité d'un premier président et composée de chambres) sont les mêmes. En second lieu, l'existence d'un parquet est un attribut de l'ordre judiciaire, les commissaires du Gouvernement en fonction au Conseil d'État ne formant pas un ministère public. En troisième lieu, le serment des membres de la Cour est exactement le même que celui de leurs collègues judiciaires. Enfin, la qualité de magistrat et l'inamovibilité ne sont pas reconnues aux membres des juridictions administratives.

A l'inverse, par de nombreux aspects, les magistrats de la Cour s'apparentent aux membres du Conseil d'État. En premier lieu, il s'agit dans les deux cas d'un grand corps de l'État, issu de l'école nationale d'administration (ENA), organisé selon les mêmes règles avec nomination par décret du Président de la République en Conseil des ministres pour les grades les plus élevés, appel au tour extérieur, même âge de mise à la retraite. En second lieu, ces deux corps partagent une même proximité avec l'administration, au sein de laquelle ils peuvent, par les possibilités de détachement ou de mise à disposition, exercer une partie importante de leur carrière.

Au total, l'ordre financier auquel appartiennent les membres de la Cour se situe à mi-chemin entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Si, aujourd'hui, l'activité juridictionnelle occupe une place sensiblement plus modeste parmi celles de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales, il convient de se demander si l'introduction de la QPC dans le Code des juridictions financières, deux ans après son entrée en vigueur, lui a apporté une impulsion nouvelle. Si le faible nombre de QPC au sein de l'activité juridictionnelle de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes vient relativiser l'intérêt qu'il convient de porter à ce nouveau recours en matière financière (1), les premières décisions QPC devant les juridictions financières témoignent de l'absence de spécificités particulières (2).

1) Une voie de recours peu attractive devant les juridictions financières

Malgré l'existence de nombreux instruments juridictionnels en matière financière (a), deux ans après son entrée en vigueur, le premier bilan chiffré de la QPC qui peut être dressé devant les juridictions financières est décevant (b).

a) Les nombreux instruments juridictionnels en matière financière

La Cour des comptes intervient dans plusieurs domaines comme le contrôle de la gestion des organismes publics, le jugement des comptes, la certification des comptes, le contrôle des finances publiques et l'évaluation des politiques publiques.

S'agissant plus particulièrement du jugement des comptes, lorsque la vérification des comptes d'un organisme public relevant de la compétence de la Cour des comptes ne fait apparaître aucun motif de mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public, le comptable est « déchargé de sa gestion » par une ordonnance de la Cour (décision juridictionnelle prise par le président de la formation délibérante ou son délégué).

Dans le cas contraire, le procureur général enclenche, par un réquisitoire, la procédure de mise en jeu de la responsabilité du comptable public. Il peut en résulter un débet, à son encontre, d'un montant égal à la dépense irrégulièrement payée ou à la recette non recouvrée du fait de sa négligence. Ce débet est prononcé, à l'issue de l'instruction et d'une phase contradictoire, par un arrêt, délibéré par une formation collégiale après audience publique.

Ce dispositif juridictionnel modernisé résulte de la loi du 28 octobre 2008.

La Cour des comptes peut prononcer également une amende, notamment pour sanctionner les comptables publics qui tardent à produire leurs comptes. Elle peut aussi déclarer comptable de fait toute personne ayant manié des deniers publics sans y avoir été habilitée, et juger son compte.

	2008	2009	2010	2011
Décisions (arrêts + ordonnances)	-	245	246	222
Ordonnances	-	96	106	74
Arrêts	391	149	140	148
Dont arrêt de débet	39	20	53	51
Dont arrêt de gestion de fait	16	9	5	1
Dont arrêt d'appel	43	31	53	61
Dont arrêt de révision	2	2	1	2

S'il représente désormais une part minoritaire de l'activité de la Cour des comptes, le contrôle juridictionnel donne lieu à une production significative de décisions malgré tout avec près de 222 décisions en 2011. La baisse constatée en 2009 dans l'activité juridictionnelle correspond à la période de mise en place des nouvelles procédures à la suite de la réforme de 2008.

¹³⁷ Cour des comptes, *Rapport public annuel 2011*, février 2012, p. 25.

Les chambres régionales et territoriales des comptes assurent trois types de contrôle sur les collectivités et les autres organismes relevant de leur compétence : le contrôle des actes budgétaires ; le jugement des comptes des comptables publics, l'examen de la gestion.

S'agissant plus particulièrement du jugement des comptes, lorsque la vérification des comptes d'un organisme public relevant de la compétence d'une chambre régionale ou territoriale des comptes – ou d'un organisme qu'elle contrôle par délégation de la Cour des comptes - ne fait apparaître aucun motif de mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public (tel que le paiement irrégulier d'une dépense ou une négligence dans le recouvrement d'une recette), le comptable est « déchargé de sa gestion » par une ordonnance de la chambre. Dans le cas contraire, le procureur financier enclenche, par un réquisitoire, la procédure de mise en jeu de la responsabilité du comptable : il peut en résulter un débet à son encontre d'un montant égal à la dépense irrégulièrement payée ou à la recette non recouvrée du fait de sa négligence. Ce débet est prononcé, à l'issue de l'instruction, par un jugement, délibéré après audience publique (décision juridictionnelle nécessairement prise collégalement). Ce dispositif juridictionnel modernisé résulte, comme pour la Cour des comptes, de la loi du 28 octobre 2008. Les chambres régionales et territoriales des comptes prononcent également des amendes, notamment pour sanctionner les comptables publics qui tardent à produire leurs comptes. Elles peuvent aussi déclarer comptable de fait, d'une collectivité ou d'un établissement public relevant de leur compétence, toute personne ayant manié des deniers publics sans y avoir été habilitée.

Tableau n°2 – Le jugement des comptes par les chambres régionales et territoriales¹³⁸

	2010	2011
Ordonnances	3513	2654
Nombre de jugements délibérés	511	492
Nombre de jugements de débet	498	590

A l'égard des ordonnateurs, la Cour des comptes ou une chambre régionale ou territoriale des comptes peut déférer au procureur général près la Cour des comptes les irrégularités de nature financière qui relèvent de la compétence de **la Cour de discipline budgétaire et financière**. Le procureur général exerce, en effet, simultanément le ministère public auprès de cette juridiction. S'il prend un réquisitoire, l'instruction est conduite par un magistrat rapporteur et peut déboucher sur un renvoi des auteurs des irrégularités devant cette Cour. Celle-ci, qui juge les affaires revêtant un certain degré de gravité ou d'exemplarité, peut prononcer des amendes d'un montant pouvant aller, selon les infractions, jusqu'à deux fois le salaire ou le traitement annuel de l'agent. Elle peut décider la publication de ses décisions au Journal officiel.

La Cour de discipline budgétaire et financière n'est pas compétente à l'égard des ministres et, sauf exception, des élus locaux, ce qui rend malaisée la poursuite des infractions commises par les ordonnateurs principaux ou avec leur accord. Un projet de loi, adopté en septembre 2009 et amendé par la commission des lois de l'Assemblée nationale, prévoit de mettre un terme à cette immunité.

¹³⁸ *Ibid.* p. 55.

Tableau n°3 – Les déférés en Cour de discipline budgétaire et financière ¹³⁹			
2008	2009	2010	2011
8	7	2	4

b) Le faible nombre de QPC soulevées devant les juridictions financières

A la lumière du volume de décisions juridictionnelles en matière financière, et depuis l'entrée en vigueur du dispositif le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé sur aucune QPC dont la première juridiction saisie serait une juridiction financière.

Tableau n°4 – Les décisions QPC des juridictions financières					
Date et intitulé de la décision	Juridiction financière saisie de la QPC	Numéro de la décision	Disposition ou principe en cause	Transmission au Conseil d'État	Renvoi au Conseil constitutionnel
28 oct. 2010 <i>Lycée G. Clémenceau de Sartène</i>	Cour des comptes, 4 ^e chambre, 1 ^{ère} section	Arrêt n° 59244	Principe de séparation des ordonnateurs et des comptables	Non	-
24 nov. 2010 <i>Jean-Claude X.</i>	Chambre territoriale des comptes de Polynésie Française	Jugement n°2010-0001	Art. L 272-35 du Code des juridictions financières	Oui	Non CE, 4 mars 2011 N° 344766
5 mai 2011 <i>Office du tourisme de l'Alpe d'Huez</i>	Cour des comptes, chambres réunies	Arrêt n° 61147	Art. 60 de la loi de finances du 23 février 1963, XI 3 ^e al.	Oui	Non CE, 18 juillet 2011 N° 349168
26 janv. 2012 <i>OCID des Bouches-du-Rhône</i>	Cour des comptes, 4 ^e chambre, 1 ^{ère} section	Arrêt n° 62810	Art. 34 loi du 28 octobre 2008 relative à la Cour des comptes	Non	-

Le bilan de ces deux premières années est donc sans appel en matière financière : aucune QPC n'a abouti à la censure d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel. Pour autant, il est possible de recenser **quelques questions prioritaires de constitutionnalité posées devant les juridictions financières**. La plupart ont été soulevées devant la Cour des

¹³⁹ Cour des comptes, *Rapport public annuel 2011*, février 2012, p. 57.

comptes, une seule devant une chambre territoriale des comptes, aucune devant les chambres régionales des comptes, aucune devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Au total, 4 QPC ont été soulevées devant les juridictions financières en deux ans, soit environ 2 QPC par an, ce qui est très faible au regard des statistiques observées dans l'ordre administratif et dans l'ordre judiciaire.

Les juridictions financières constituent un ordre juridictionnel spécialisé au sein de l'ordre juridictionnel administratif pour lequel le Conseil d'État est juge de cassation des arrêts de la Cour des comptes. C'est donc le Conseil d'État qui joue le rôle de « filtre », et qui décide, *in fine*, de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel en matière financière, et non la Cour des comptes. Plusieurs interrogations méritent d'être soulevées.

Sur trois QPC posées devant la Cour des comptes, une seule a été transmise au Conseil d'État. Faut-il y voir une méfiance des magistrats du Palais Cambon à l'égard de leurs homologues du Palais Royal ? Au contraire, en refusant de transmettre systématiquement les QPC au Conseil d'État, les magistrats financiers souhaitent éviter de se transformer en écran de fumée, et veulent jouer pleinement leur rôle dans le contrôle des conditions de forme et de fond des QPC posées devant elle, conformément aux dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 décembre 2009.

D'ailleurs, lorsqu'elle estime que ces conditions sont réunies, la Cour des comptes n'a pas hésité à transmettre la QPC au Conseil d'État (C. comptes, 5 mai 2011, *Office du Tourisme de l'Alpe d'Huez*). En sens inverse, pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de la transmettre au Conseil d'État, la Cour des comptes s'est fondée sur le fait que l'appelant n'identifiait pas de disposition législative à l'appui de sa demande (C. comptes, 28 oct. 2010, *Lycée G. Clémenceau de Sartène*¹⁴⁰) ou sur le fait que les dispositions en question ne sont pas applicables au litige ou à la procédure (C. comptes, 26 janvier 2012, *OCID des Bouches-du-Rhône*).

Au sein de cet ordre juridictionnel un peu particulier, il existe un double degré de juridiction, puisque les jugements des chambres régionales et territoriales des comptes sont susceptibles d'appel devant la Cour des comptes. En matière de QPC, les chambres régionales et territoriales sont placées sur un pied d'égalité avec la Cour des comptes, et peuvent directement transmettre une QPC au Conseil d'État, et elles ne s'en sont pas privées lorsqu'elles en ont eu l'opportunité (cf. Jugement du 24 novembre 2010 de la Chambre territoriale des comptes de Polynésie Française). Est-ce un cas isolé puisqu'à ce jour aucune QPC n'a été posée devant les chambres régionales des comptes ? Enfin, y aura-t-il un jour une QPC soulevée devant la Cour de discipline budgétaire et financière, juridiction autonome et singulière ne partageant qu'une organisation logistique avec la Cour des comptes ? Quel sera donc l'impact de la QPC sur l'architecture juridictionnelle en matière financière ?

2) L'absence de spécificités procédurales de la QPC en matière financière

Compte tenu de la diversité des procédures applicables devant les juridictions ayant vocation à mettre en œuvre ce nouveau droit, il a paru ici nécessaire de la cantonner à une seule catégorie de juridictions : les juridictions financières. Le choix s'est porté plus

¹⁴⁰ N. GROPER, C. MICHAUT, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions financières », *AJDA*, 2010, p. 2491 ; M. LASCOMBE, X. VANDENDRIESSCHE, « Chronique de jurisprudence financière », *Revue Gestion et finances publiques*, n° 12, décembre 2011, p. 954.

particulièrement sur les chambres régionales et territoriales des comptes, et la Cour des comptes.

a) L'introduction de la QPC devant les juridictions financières

Il convient d'examiner les modalités d'introduction de la QPC devant les chambres régionales et territoriales des comptes et la Cour des comptes.

En premier lieu, **des conditions de forme** doivent être respectées. Les règles relatives à la représentation par un avocat sont celles applicables à l'instance « en cours ». Compte tenu de la complexité du droit, l'intervention de ce praticien est vivement conseillée pour le comptable. La seconde condition de forme repose sur l'obligation de production d'un mémoire distinct et motivé.

Il convient de préciser que le paragraphe II de l'article LO 142-2 du Code des juridictions financières prévoit spécifiquement, devant une juridiction financière, que l'affaire est communiquée au ministère public dès qu'une QPC est soulevée, afin que ce dernier puisse faire connaître son avis.

En second lieu, **les conditions de fond** tiennent au contenu du mémoire. Cela consiste tout d'abord à identifier la disposition législative. La disposition législative doit être précisément identifiée dans sa version applicable et sa citation complète est même recommandée. Par exemple, la Cour des comptes s'est fondée sur le fait que l'appelant n'identifiait pas de disposition législative à l'appui de sa demande pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de la transmettre au Conseil d'État (C. comptes, 28 oct. 2010, *Lycée G. Clémenceau de Sartène*¹⁴¹). L'autre condition que pose l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 pour que la QPC soit transmise est que « *la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* ». Par exemple, la Cour des comptes a considéré qu'il n'y avait pas lieu de la transmettre au Conseil d'État car les dispositions en question ne sont pas applicables au litige ou à la procédure (C. comptes, 26 janvier 2012, *OCID des Bouches-du-Rhône*). La condition suivante est que la disposition législative « *n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ». Par exemple, la Cour des comptes a su rappeler que l'article 60 de la loi du 23 février 1963 n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel (C. Comptes, 5 mai 2011, *Office du tourisme de l'Alpe d'Huez*). De même, la chambre territoriale des comptes de Polynésie française a considéré que la conformité à la Constitution de l'article L 272-35 du Code des juridictions financières n'a pas été déjà examinée à ce jour par le Conseil constitutionnel (Jugement du 24 novembre 2010 de la Chambre territoriale des comptes de Polynésie Française).

Enfin, les juridictions financières doivent expliquer en quoi la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Cette condition est moins stricte que celle applicable devant le Conseil d'État puisque pour que celui-ci la renvoie au Conseil constitutionnel, il faut que la question présente un caractère sérieux¹⁴². La notion de « caractère sérieux », souvent utilisée par les

¹⁴¹ N. GROPER, C. MICHAUT, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions financières », *AJDA*, 2010, p. 2491 ; M. LASCOMBE, X. VANDENDRIESSCHE, « Chronique de jurisprudence financière », *Revue Gestion et finances publiques*, n°12, décembre 2011, p. 954.

¹⁴² C.C., décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 13.

textes de procédure, est traditionnellement décrite comme « *de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* ». Une question fantaisiste, dilatoire ou manifestement infondée devrait donc faire l'objet d'un refus de transmission par le juge financier. Par exemple, c'est bien ce qu'il ressort du dernier considérant du jugement du 24 novembre 2010 de la Chambre territoriale des comptes de Polynésie Française avec cette formule : « *la motivation de la question soulevée n'est pas dépourvue de caractère sérieux en dépit de la relative brièveté de l'argumentation* ». De même, la Cour des comptes, lorsqu'elle a dû examiner ce moyen, a considéré que « *le moyen de droit est articulé en deux branches et que les griefs sont détaillés, ce qui constitue un effort d'explication, la question n'est donc pas dépourvue de caractère sérieux* » (C. Comptes, 5 mai 2011, *Office du tourisme de l'Alpe d'Huez*).

b) La procédure et la décision devant les juridictions financières

1- La procédure devant les juridictions financières

Il s'agit d'une procédure d'urgence avec l'obligation de statuer sans délai. Sauf circonstance particulière, « *le plus bref délai* » dans lequel une chambre régionale ou territoriale des comptes et la Cour des comptes doivent se prononcer est de l'ordre de deux à trois mois.

Tableau n°5 – Les décisions QPC des juridictions financières et le temps

Intitulé de la décision	Juridiction financière saisie de la QPC	Numéro de la décision	Date d'enregistrement de la QPC	Date de la Décision	Durée du délai
<i>Lycée G. Clémenceau de Sartène</i>	Cour des comptes, 4 ^e chambre, 1 ^{ère} section	Arrêt n° 59244	28 mai 2010	28 oct. 2010	Plus de 3 mois
<i>Jean-Claude X.</i>	Chambre territoriale des comptes de Polynésie Française	Jugement n°2010-01	31 août 2010	24 nov. 2010	Moins de 3 mois
<i>Office du tourisme de l'Alpe d'Huez</i>	Cour des comptes, chambres réunies	Arrêt n° 61147	2 mars 2011	5 mai 2011	Moins de 3 mois
<i>OCID des Bouches-du-Rhône</i>	Cour des comptes, 4 ^e chambre, 1 ^{ère} section	Arrêt n° 62810	28 septembre 2011	26 janvier 2012	Plus de 3 mois

Le caractère « prioritaire » est directement lié à l'obligation de statuer « sans délai ». Il signifie que le juge financier, saisi d'une QPC, doit « *se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État* » avant de trancher le litige. Par ailleurs, la procédure est contradictoire afin que les parties qui ne sont pas à

l'origine de la question puissent disposer d'un délai, même bref, pour présenter des observations.

2- La décision des juridictions financières

Elle est rendue par une formation collégiale après audience publique et conclusions du rapporteur public et du ministère public. La transmission de la question au Conseil d'État est opérée par le greffe de la juridiction financière et non par les parties.

§ 2 : Les justiciables et leurs avocats : des tactiques offensives innovantes

A) La variété de la « clientèle » du Conseil constitutionnel

Emmanuel Cartier¹⁴³

La « clientèle » du Conseil constitutionnel, pour reprendre l'expression d'Yves Gaudemet à propos du juge administratif¹⁴⁴, est aujourd'hui assez variée. La dimension démocratique de la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi a été placée au cœur de la réflexion du constituant et du législateur organique afin de permettre au justiciable de s'approprier ce nouvel instrument juridictionnel de protection des droits et libertés fondamentaux. En effet, la QPC a été créée en faveur du justiciable et du procès principal à l'occasion duquel elle peut être soulevée et vis-à-vis duquel elle fait sens. C'est en effet dans ce cadre de concrétisation du droit que doivent être préservés les effets liberticides d'une disposition législative. A la différence du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi, la violation des droits et libertés constitutionnels dont doit attester le requérant dans son mémoire de QPC est concrète et subjective. Son lien avec le procès principal conditionne sa recevabilité.

Par ailleurs, le législateur organique a veillé à faire de la QPC une procédure accessible à tous. En effet, contrairement à ce qu'on pourrait penser, en comparant cette procédure au contrôle de conventionnalité qui permet au juge saisi au principal de trancher directement la question de l'incompatibilité de la loi et le cas échéant de l'écarter immédiatement, et à d'autres contrôles de constitutionnalité de la loi, par voie d'action ou d'exception, sur la base d'une question préjudicielle, avec ou sans filtrage, la QPC est un mécanisme de contrôle de constitutionnalité relativement simple à mettre en oeuvre, rapide et plutôt économique, notamment par rapport au contrôle de la constitutionnalité des lois aux USA. Le ministère d'avocat ne semble pas constituer un poids financier substantiel pour les parties. D'une part, devant le juge ordinaire, il existe encore des contentieux où il n'est pas obligatoire et où les mémoires peuvent dès lors être rédigés par le justiciable lui-même. Il en est ainsi devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, ce qui peut expliquer l'importance du nombre de QPC devant cette chambre ainsi, aux dires de certains de ses membres, que la moins bonne qualité rédactionnelle des mémoires qui y sont produits. Certains, par exemple, n'hésitent pas à mêler moyens d'inconstitutionnalité et moyens d'inconventionnalité, à soulever une QPC contre des dispositions réglementaires, voire à confondre certaines catégories normatives

¹⁴³ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

¹⁴⁴ Expression empruntée à Yves Gaudemet, à propos de la clientèle du juge administratif c'est-à-dire des requérants, GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1976, p. 241.

telles les objectifs de valeur constitutionnelle et les principes ou les droits et les libertés¹⁴⁵. Pour beaucoup d'entre eux, la chambre criminelle ne peut que conclure à leur irrecevabilité¹⁴⁶. D'autre part, devant le Conseil constitutionnel, outre le fait qu'il ne soit pas obligatoire dans la mesure où les parties ne souhaitent pas intervenir à l'audience, le législateur organique a écarté la solution consistant à réserver la représentation des parties devant le Conseil aux seuls avocats aux conseils et à la Cour. On notera par ailleurs que le décret du 16 février 2010, adopté en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et consultation du Conseil constitutionnel lui-même, a étendu l'aide juridictionnelle à l'hypothèse de l'examen d'une QPC par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel¹⁴⁷. Le Conseil constitutionnel a tout mis en œuvre pour rendre la procédure attractive et transparente, notamment par le biais de son site internet mais aussi par le déploiement d'une politique de communication dynamique sur le terrain et dans la presse. L'objectif était de faire entrer la culture du contentieux constitutionnel dans le fonctionnement quotidien des acteurs du procès et de tout citoyen.

Relayant la volonté du constituant, il a aussi fait de la QPC une procédure « utile » c'est-à-dire efficace non pas pour la suprématie de la Constitution ou l'épuration de l'ordre juridique mais dans le cadre concret du procès à l'occasion duquel elle a été soulevée. La théorie de « l'effet utile » de la QPC initiée par le Conseil dès sa décision du 3 décembre 2009, combinée à l'efficacité des juges du filtre qui ont accepté de jouer le jeu de la transmission sans faire barrage aux justiciables, ont contribué au succès de la QPC. Ainsi le justiciable a-t-il rapidement pu l'envisager comme une voie lui permettant de faire valoir ses intérêts à l'occasion d'un procès réel mais parfois aussi « provoqué ». La nature de ces intérêts varie bien entendu en fonction du type de justiciable concerné. Comme dans le procès ordinaire, ces justiciables qui constituent la « clientèle » du Conseil constitutionnel sont très divers au même titre que les intérêts qui les animent lorsqu'ils se saisissent de la QPC. Ainsi, sur deux années de mise en œuvre la QPC a-t-elle attiré majoritairement des personnes physiques devant le Conseil constitutionnel (65 % des QPC transmises au Conseil constitutionnel). Les chiffres des QPC traitées par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation font quant à eux état de 44 % de personnes physiques devant le premier et 67 % devant la seconde. Les personnes morales sont quant à elles réparties entre des personnes morales de droit public (notamment les collectivités territoriales) et des personnes morales de droit privé (dont des associations mais aussi un certain nombre de sociétés commerciales)¹⁴⁸.

La « clientèle » du Conseil constitutionnel, comme celle du juge administratif entre la fin du XIXe s. et les années 60, sera sans doute amenée à évoluer à mesure du succès de la QPC. Il est probable, qu'à la prévalence des actions des particuliers succède celle de personnes morales, notamment défenderesse d'intérêts collectifs, économiques, sociaux et environnementaux¹⁴⁹. Celles-ci utilisent d'ailleurs aussi très souvent la voie de la tierce intervention devant le Conseil constitutionnel pour défendre ces intérêts.

¹⁴⁵ Pour exemple, irrecevabilité de la QPC en raison d'une argumentation portant sur la violation de dispositions de la CEDH, Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n°10-90.029 ; Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n°10-90.033.

¹⁴⁶ Pour exemples, Cass. Crim., 22 juin 2011, 22 juin 2011, pourvois n° 11-82133, n° 11-82134 et n° 11-90055 (ne visaient pas les droits et libertés garantis par la Constitution dont la violation est alléguée) ; Cass. Crim., 23 février 2011, pourvoi n° 10-85079 (remise en cause d'une loi dans son ensemble) ; Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 10-90029, Cass. Crim. 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90096 et Cass. Crim. 14 octobre 2011, pourvoi n° 11-85450 (présence de moyens d'inconventionnalité dans le mémoire).

¹⁴⁷ Décret n° 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'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel*.

¹⁴⁸ Infra, présentation croisée de ces statistiques.

¹⁴⁹ On notera par exemple l'absence de QPC soulevée dans le domaine du droit du travail par des personnes morales de droit privé représentant les intérêts des entreprises alors même qu'une partie des dispositions du Code du travail font l'objet

Les intérêts que visent ces acteurs de l'offensive contre la loi sont divers, tantôt collectifs, le plus souvent individuels, parfois moraux, le plus souvent matériels, parfois aussi politiques en ce qui concerne les collectivités territoriales. Ce sont ces intérêts, divers par leur nature comme par leurs modes d'expression constitutionnelle, qui animent l'action des justiciables et donnent à celle-ci une dimension parfois simplement tactique mais parfois aussi stratégique.

On notera par exemple l'existence d'un certain nombre de QPC « provoquées » dans les différentes branches du droit administratif, notamment en droit fiscal, qui naissent par exemple d'une demande d'indemnité dans le cadre d'un préjudice attaché à l'application d'un dispositif législatif particulier, voire, dans le cas fréquent de l'invocation du principe d'égalité en matière fiscale, d'une demande d'un administré à l'administration visant à se voir appliquer un régime différent de celui prévu par la loi. Le refus de l'administration, enfermée dans l'exigence de respect de la légalité, fait alors l'objet d'un recours à l'occasion duquel l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause est soulevée. C'est le cas par exemple de la décision 121 QPC relative au taux de TVA sur la margarine¹⁵⁰. A l'origine de cette décision de conformité, le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat avait été saisi d'une demande de la société Unilever France d'application à ses produits du taux de TVA prévu pour le beurre au lieu et place de celui prévu pour la margarine. C'est le refus du ministre, logique et parfaitement anticipé par le requérant, qui a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat à l'occasion duquel la QPC a été soulevée¹⁵¹. Il en est de même de la demande en référé formée par la Société Plombinoise de Casino devant le TA de Nancy afin de se voir restituer les prélèvements sur le produit des jeux opérés au titre du paragraphe III de l'article 27 de la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques emportant validation de certaines dispositions législatives et réglementaires¹⁵². C'est le cas aussi des QPC soulevées par certains groupements de collectivités territoriales, notamment des départements, afin de contester la violation par les différentes lois leur ayant transféré certaines charges de l'Etat sans leur donner par ailleurs les moyens financiers de les assurer. On pense par exemple à l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 avril 2011 où le département de Seine Saint Denis avait demandé au Premier ministre de lui verser à titre de compensation du transfert des RMI et RSA entre 2004 et 2010, la modique somme de 302.713.952.52 euros assortie des intérêts au taux légal avec capitalisation. C'est la décision de refus du ministre provoquée par la demande du département qui a fait l'objet d'un recours en annulation assorti d'une QPC¹⁵³.

Le contentieux administratif est plus propice aux QPC « provoquées », notamment le contentieux de l'excès de pouvoir où il suffit d'attaquer les décrets d'application de la loi, comme ce fut le cas en matière d'hospitalisation d'office, de garde à vue¹⁵⁴ ou de

d'interprétations constantes assez contestables de la chambre sociale de la Cour de cassation. De la même manière encore peu d'associations de défense de l'environnement ont été à l'origine de QPC devant le Conseil constitutionnel au cours de ces deux premières années.

¹⁵⁰ Cons. Const., 29 avril 2011, 2011-121 QPC, *Société UNILEVER FRANCE* [Taux de TVA sur la margarine].

¹⁵¹ CE, 8ème et 3ème sous-sections réunies, 14 février 2011, *Sté Unilever France*, req. n°344966.

¹⁵² CE, 9ème et 10ème sous-sections réunies, 16 juillet 2010, req. n°339899 ; Cons. Const., 14 octobre 2010, 2010-53 QPC, *Société PLOMBINOISE DE CASINO*, [Prélèvements sur le produit des jeux].

¹⁵³ CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 20 avril 2011, 346204 ; Cons. Const., 30 juin 2011, 2011-143 QPC, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault* [Concours de l'Etat au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie], Voir aussi selon la même logique, CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 20 avril 2010, req. n°346227 ; Cons. Const., 30 juin 2011, 2011-144 QPC, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor* [Concours de l'Etat au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap].

¹⁵⁴ Cons. Const., 02 décembre 2011, 2011-202 QPC, *Mme Lucienne Q.* [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990] ; CE, 1ère sous-section jugeant seule, 28 septembre 2011, 348858.

terrorisme¹⁵⁵. On observe aussi des QPC soulevées à l'occasion de recours contre des circulaires se contentant de reproduire telle ou telle disposition législative, dès lors que les premières ont un caractère impératif¹⁵⁶. La même logique prévaut dans le cas de demandes d'abrogation de décrets d'application¹⁵⁷ ou de tout autre acte administratif d'application de la disposition législative en cause ou sur la base de laquelle il a été adopté.

Les justiciables ont semble-t-il bien compris l'intérêt de la QPC pour l'issue de leur procès comme pour le droit en général¹⁵⁸. Le juge, notamment administratif mais aussi judiciaire semble par ailleurs souvent du même avis, confronté parfois à des textes qu'il devait appliquer tout en étant conscient de leur caractère inconstitutionnel. Certaines QPC ont ainsi permis de rouvrir des dossiers contentieux qu'on aurait pu penser clos depuis longtemps, lesquels comportaient parfois une dimension historique. On pense par exemple à l'affaire des héritiers de Louis Renault à propos des nationalisations d'après-guerre sur la base d'une voie de fait¹⁵⁹ ou à l'affaire des héritiers de l'hôtel Martinez¹⁶⁰. On aurait pu imaginer, si le Conseil d'Etat n'avait pas de lui-même fait une interprétation constructive de l'ordonnance du 9 août 1944 dans l'affaire Maurice Papon¹⁶¹, une QPC sur le principe de non responsabilité de l'Etat français pour les conséquences de certaines décisions administratives ayant participé au processus de déportation sous Vichy mais dont les actes législatifs constitutifs – les actes « dits lois » de Vichy – ont été déclarés nuls et de nul effet¹⁶². Plus proche de nous, l'affaire du contrat de concession du Stade de France a été rouverte à l'occasion d'un litige banal initié par une société de revente illégale de billets de spectacles au Grand stade¹⁶³.

¹⁵⁵ CE, 6ème sous-section jugeant seule, 23 décembre 2011, req. n°354200 ; Cons. Const., 17 février 2012, 2011-223 QPC, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia* [Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat]

¹⁵⁶ CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 13 juillet 2011, req. n°349383, le Conseil d'Etat notant que « la circulaire ou l'instruction attaquée prescrit d'appliquer une disposition législative contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution ; que la question prioritaire de constitutionnalité est recevable, dès lors qu'elle est soulevée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une circulaire ou une instruction comportant des dispositions impératives à caractère général » ; Cons. Const., 13 octobre 2011, 2011-180 QPC, *M. Jean-Luc O. et autres* [Prélèvement sur les « retraites chapeau »], voir aussi CE, 6ème sous-section jugeant seule, 23 août 2011, req. n°349752 ; Cons. Const., 18 novembre 2011, 2011-191/194/195/196/197 QPC, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II], voir aussi, CE, 13 juillet 2011.

¹⁵⁷ CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 2 février 2012, req. n°355137 ; Cons. Const., 21 février 2012, 2012-233 QPC, *Mme Marine LE PEN* [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle].

¹⁵⁸ D. LEVY, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité. Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA*, 2011, pp. 1251 ; X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771 ; AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité - Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D*, 2010, p. 1725.

¹⁵⁹ Après un jugement négatif rendu par le Conseil d'Etat en 1959, les héritiers de Louis Renault ont soulevé devant le TGI de Paris une QPC à l'encontre de l'ordonnance du 16 janvier 1945 à l'occasion d'une action en réparation de la nationalisation sanction prononcée contre l'entreprise de leur grand-père. Le TGI s'est déclaré incompétent et la QPC n'a par conséquent pas été examinée. Elle devrait a priori revenir devant le juge administratif si la Cour d'appel n'accepte pas de prendre en compte la voie de fait que constituerait la déclaration d'inconstitutionnalité de l'ordonnance de 1945. Il semble néanmoins que cette voie soit à écarter dans la mesure où la QPC n'est examinée par le juge que si l'action au principal est recevable, ce qui n'est pas le cas avant que l'ordonnance ne soit déclarée inconstitutionnelle par le Conseil.

¹⁶⁰ Les héritiers Martinez, après de nombreuses déconvenues judiciaires, ont soulevé devant le TGI de Grasse une QPC contre l'article 12-II de la loi de finances rectificative du 21 décembre 1979 qui, après une période de séquestre des biens d'Emmanuel Martinez en garantie d'une dette pour profits illicites pendant l'occupation, transféra à l'Etat, à titre de dation en paiement, la propriété des biens appartenant à la Société Anonyme des Grands Hôtels de Cannes, au motif qu'elle portait une atteinte disproportionnée à l'égalité devant les charges publiques et au droit de propriété des intéressés. Le TGI de Grasse leur a néanmoins opposé une fin de non recevoir dans une décision du 14 février 2012.

¹⁶¹ CE, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, Concl. Mme Sophie Boissard, *LPA*, 28 mai 2002, p. 20. Affaire qui doit être reliée bien entendu à l'avis contentieux rendu 7 ans plus tard, v. CE, Avis, 16 février 2009, *Hoffman- Glemane*, n° 315495, Concl. Lenica, note Benoît DELAUNAY, *RFDA* mai-juin 2009, p. 524.

¹⁶² Voir sur ce point, VERPEAUX M., « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, n°55, juillet 2003, pp. 515 et s. ; CARTIER E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction « révolutionnaire » d'un ordre juridique républicain*, LGDJ, 2005, pp. 359-363.

¹⁶³ Dans cette affaire le Conseil a ici été saisi par la chambre commerciale de la Cour de cassation et a déclaré dans une décision 100 QPC du 11 février 2011, comme contraire à la Constitution l'article unique de la loi n° 96-1077 du 11 décembre

On notera enfin que si le justiciable se positionne en règle générale en tant qu'acteur principal de l'offensive contre la loi, il peut tout aussi bien intervenir au titre de défenseur de la loi, de deux manières. La première, la plus classique, au titre de « partie » à l'instance bénéficiant de la disposition législative en cause, souvent d'ailleurs défendeur mais pas toujours lorsque la QPC a été soulevée par le défendeur lui-même pour contrer l'action du demandeur¹⁶⁴. Il se positionne aussi parfois en tant que défenseur de la loi lorsqu'il intervient non plus au titre de partie mais à celui de tiers intervenant. Il lui suffit de satisfaire à l'exigence, hier prétorienne¹⁶⁵ et désormais inscrite dans le règlement intérieur du Conseil, de justifier « *d'un intérêt spécial* »¹⁶⁶. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC et jusqu'au 1^{er} mars 2012, des interventions ont été admises par le Conseil dans 35 dossiers dont 4 dès l'année 2010¹⁶⁷. Ces tierces interventions sont souvent le fait de personnes morales de droit privé, notamment de type associatif, pour la défense d'intérêts collectifs¹⁶⁸ mais peuvent parfois aussi concerner, marginalement, des personnes physiques¹⁶⁹. Dans ce cas, les termes du débat tel qu'engagé devant le Conseil dans la phase d'audience, sont quelques peu déséquilibrés. La loi bénéficie en effet dans ce cas de figure de deux défenseurs et de leur arsenal d'arguments en faveur *a maxima* de la préservation de son intégrité, *a minima* en faveur d'une interprétation conforme qui en préserverait l'existence¹⁷⁰.

*

Bien que le ministère d'avocat n'ait pas été rendu obligatoire devant le Conseil constitutionnel et qu'il ne soit pas non plus obligatoire dans tous les contentieux devant le juge ordinaire dont les juridictions suprêmes, l'avocat joue un rôle central dans la réception et l'appropriation du mécanisme de QPC par les parties. Il est l'instigateur de cette défense constitutionnelle dans le choix qu'il va faire de soulever une QPC à un moment donné de la procédure, contre telle ou telle disposition législative dont la disparition profiterait aux intérêts de son client dans le procès principal, voire au-delà. Il a en effet l'habitude du procès qu'il aborde en tacticien ou

1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis en tant qu'il n'indiquait pas le motif d'illégalité dont il entendait purger ledit contrat. De ce fait, la loi a été considérée comme violant à la fois le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; Cass. com., QPC, 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-40.047 ; Cons. Const., 11 février 2011, 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.* [Concession du Stade de France]. Si l'ordre judiciaire est le principal concerné dans cette affaire, il est évident que le Conseil d'Etat et sans doute l'administration avant lui devra de son côté en tirer les conséquences sur la validité du contrat de concession trentenaire du Grand stade (nouvelle procédure appel d'offre). Dans cette affaire le requérant, le gérant d'une société de revente de billets de spectacles (Starlight Europea) était opposé à la Société Stade de France productions, propriétaire du Stade de France dont le monopole de la vente des billets de spectacle a été contesté sur la base de l'inconstitutionnalité de la loi ayant validé le contrat de concession, v. *Le Monde*, Lundi 14 février 2011, p. 10.

¹⁶⁴ Pour exemple, la Communauté urbaine de Bordeaux, Cons. Const., 20 avril 2012, 2012-236, QPC, *Mme Marie-Christine J.* [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation].

¹⁶⁵ Pour une affaire antérieure à la modification du règlement intérieur du Conseil où celui-ci a accepté une tierce intervention, en l'occurrence le Centre national interprofessionnel de l'économie laitière, v. Cons. Const., 29 avril 2011, 2011-121 QPC, *Société UNILEVER FRANCE* [Taux de TVA sur la margarine].

¹⁶⁶ Article 6 al. 3 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel, Cons. Const., 21 juin 2011, 2011-120 ORGA, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.

¹⁶⁷ (2010-42 QPC, 2010-55 QPC, 2010-71 QPC, 2010-67/86 QPC, 2010-84 QPC, 2010-85 QPC, 2010-92 QPC, 2010-102 QPC, 2010-109 QPC, 2011-120 QPC, 2011-121 QPC, 2011-126 QPC, 2011-135 QPC, 2011-140 QPC, 2011-142 QPC, 2011-143 QPC, 2011-144 QPC, 2011-145 QPC, 2011-154 QPC, 2011-167 QPC, 2011-171 QPC, 2011-174 QPC, 2011-178 QPC, 2011-179 QPC, 2011-181 QPC, 2011-191 QPC, 2011-194 QPC, 2011-195 QPC, 2011-198 QPC, 2011-214 QPC, 2011-217 QPC, 2011-223 QPC, 2011-221 QPC, 2011-233 QPC).

¹⁶⁸ Dans la décision 2011-217 QPC par exemple, trois interventions ont été admises concernant respectivement l'association « SOS soutien ô sans papiers », l'association « Groupe d'information et de soutien des immigrés » (GISTI) et l'association « Comité Inter-Mouvements Auprès des Evacués » (CIMADE).

¹⁶⁹ 2011-233 QPC où sont intervenues Mmes Christine Boutin et Corinne Lepage.

¹⁷⁰ Du début de l'année 2012 jusqu'au 1^{er} mars 2012 on dénombre 10 interventions devant le Conseil constitutionnel, ce qui tend à prouver que cette voie d'action générale prend de l'ampleur.

stratège et s'est relativement bien acclimaté à ce nouveau contentieux, à ses acteurs, à ses moyens et, *in fine*, au prétoire qui lui a été ouvert devant le Conseil constitutionnel sans que la solution d'un monopole réservé aux avocats au Conseil et à la Cour ait finalement été retenue par le législateur organique, au profit d'une vision démocratique du procès constitutionnel.

B) L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel

Bertrand WARUSFEL¹⁷¹

Nouvelle procédure juridictionnelle, la QPC est nécessairement un instrument des avocats qui en sont les praticiens naturels. Mais au-delà du rôle obligé (ou quasi-obligé, puisqu'il existe en théorie des procédures dans lesquelles l'assistance d'un avocat n'est pas requise, y compris pour une QPC) de l'avocat dans la formulation et le soutien d'une question de constitutionnalité, celui-ci se mue souvent en tacticien et parfois en stratège.

1) Une nouvelle pratique qui élargit la gamme des moyens d'intervention de l'avocat

L'apparition de la QPC a indiscutablement élargi les possibilités d'intervention des avocats. Plusieurs sessions de formation ont d'ailleurs dès 2009 été organisées par le Conseil constitutionnel et le Conseil national des barreaux, puis par de nombreux barreaux.

Le Conseil national des barreaux ne s'y est d'ailleurs pas trompé qui écrivait que : « *Ce nouveau champ d'activité, essentiel pour la profession, représente un complément indispensable et attendu de notre Etat de droit et de la protection des droits et libertés de chaque citoyen. Le succès de cette procédure repose sur la capacité de la profession d'avocat à s'en emparer et à la faire vivre. Chaque avocat, quel que soit son domaine d'activité, est concerné par la question de constitutionnalité* » (CNB, octobre 2009).

Si le propos général nous paraît pleinement justifié, en revanche il n'est pas encore établi que cette nouvelle procédure soit appréhendée et mise en œuvre dans l'ensemble de la profession d'avocat.

A l'origine en effet, les avocats ont fait montre d'une certaine réserve, voire d'une véritable perplexité¹⁷². Ensuite, deux fractions de la profession ont, les premières, saisi l'opportunité de l'usage des QPC : les avocats de droit public (plus familiers des questions constitutionnelles, même s'ils étaient absents du contentieux *a priori* de l'article 61) et les avocats pénalistes (en raison de la forte pregnance des questions des garanties fondamentales dans le domaine pénal).

¹⁷¹ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

¹⁷² Voir par exemple l'article assez précurseur d'Emmanuel. Piwnica (certes rédigé avant l'adoption de la loi organique) PIWNICA (E.), « Le rôle de l'avocat dans le traitement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *LPA*, 25 juin 2009, n° 126, p. 32, dans lequel on ne trouve exprimées que des interrogations et aucune réelle affirmation de la future pratique des avocats en la matière. Par comparaison, son ton a totalement changé en 2011 lorsqu'il écrit : « *la question prioritaire de constitutionnalité a été reçue avec enthousiasme par ses acteurs : si des interrogations ont eu lieu, elles ont permis de lever les ambiguïtés et difficultés qu'implique toute procédure nouvelle* », PIWNICA, E. « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs*, 2011/2 n° 137, p. 180.

Pour autant, et malgré les possibles revanches qui pourraient se jouer au sein de la corporation juridique¹⁷³ il ne semble pas que les spécialistes en droit public aient réussi à imposer l'idée selon laquelle la formulation et la défense d'une QPC devant toute juridiction nécessiterait le recours à un avocat publiciste et donc se soient installés dans la situation de sous-traitant naturel de leurs confrères des autres spécialités lorsque ceux-ci souhaiteraient soulever une QPC.

Cela n'empêche pas les grands cabinets d'avocat de développer une communication insistant sur la nécessité « de l'émergence de véritables « spécialistes » de ces questions, seuls à même de pouvoir apprécier une éventuelle inconstitutionnalité et donner un conseil éclairé sur la manière de poser en de bons termes une question prioritaire de constitutionnalité »¹⁷⁴. De plus, peut-on remarquer en revanche qu'au niveau de la procédure devant le Conseil constitutionnel lui-même, les avocats aux Conseils ont su tirer profit de leur rôle devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation pour devenir (malgré l'absence d'un quelconque monopole de représentation en leur faveur) les plaideurs naturels devant le Conseil. Mieux encore, ils sont souvent consultés *ab initio* par les avocats à la Cour et les parties, de telle sorte que le président de leur Ordre pouvait s'enorgueillir dès septembre 2010 que « la totalité ou la quasi-totalité des 231 questions dont a été saisie la Cour de cassation ont été posées par la centaine d'avocats aux Conseils que je représente devant vous aujourd'hui »¹⁷⁵.

Les positions sont cependant susceptibles d'évoluer au sein de la profession d'avocat et entre les avocats à la Cour et les avocats aux Conseils. En effet, la diversification progressive que l'on constate dans les domaines juridiques accueillant la QPC devrait avoir pour effet de susciter l'intérêt et l'intervention des avocats de la plupart des spécialités qui pourraient y trouver un nouvel instrument pour mener à bien les tactiques ou les stratégies contentieuses au profit de leurs clients respectifs.

L'enjeu pour ces praticiens du droit est double : d'une part, dans le quotidien des dossiers, augmenter leur chance de gagner des litiges dans lesquels ils se heurtaient jusqu'alors à l'application de certains textes législatifs défavorables aux intérêts de leurs clients, mais aussi plus globalement mieux valoriser dans l'esprit de ces mêmes clients l'apport de leurs prestations juridiques en pouvant désormais invoquer complètement les règles constitutionnelles et en ne s'interdisant aucune remise en cause juridique, y compris *contra legem*¹⁷⁶.

¹⁷³ G. TUSSEAU écrit à ce sujet : « le nouveau « droit constitutionnel vivant 29 » ne va-t-il pas susciter avant tout des débouchés pour la catégorie professionnelle des juristes constitutionnalistes ? prenant, tout comme le droit constitutionnel lui-même, leur « revanche 30 » sur leurs collègues ou confrères, ceux-ci sont appelés à prêter leur assistance à la rédaction de recours, à rendre des consultations et à former les avocats et les juges à quarante années de jurisprudence offensive du conseil en faveur des droits fondamentaux. », TUSSEAU, G., « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011/2, n°137, p. 12).

¹⁷⁴ Réponses du Cabinet Latourmerie Wolfrom & Associés in « Entreprise et Droit constitutionnel », *Constitutions*, 2010, p. 343.

¹⁷⁵ D. LE PRADO, *Audition devant la Commission des Lois*, Assemblée nationale, 1er septembre 2010.

¹⁷⁶ On peut citer un exemple parmi d'autres de l'utilisation d'une QPC par un avocat souhaitant valoriser sa compétence auprès de ses clients : dans son blog, un avocat publiciste écrivait en mars 2010 que « dès le 1^{er} mars, l'auteur de ce blog a posé devant le juge administratif une question prioritaire de constitutionnalité, dans une matière voisine du droit de préemption, qui est le droit d'expropriation en matière d'immeubles insalubres ou menaçant ruine » (<http://droitdepreemption.blogspot.com/archive/2010/03/02/question-prioritaire-de-constitutionnalite.html>).

2) La place de l'avocat dans le contentieux de la QPC

Comme toute voie procédurale particulière, le recours à la QPC conduit l'avocat à pouvoir intervenir à trois niveaux :

- en amont, l'avocat peut souvent être celui qui va proposer à son client de déposer une QPC et s'il n'est pas le promoteur initial de cette idée (qui peut lui avoir été suggérée par son client) il est nécessairement consulté sur l'opportunité d'une telle procédure et ses chances de succès puisqu'il doit s'interroger « *sur les chances de succès de sa QPC, tenant notamment aux droits en cause, mais aussi à la jurisprudence du Conseil* »¹⁷⁷.
- Une fois la décision prise, l'avocat a la charge de la rédaction de la question dans un mémoire distinct. Comme nous l'avons vu, cet avocat peut être celui qui suit le litige depuis l'origine ou un avocat spécialisé (par exemple, avocat aux Conseils) en fonction des compétences de l'avocat d'origine et de la pratique du client. Les mémoires peuvent être enrichis ou complétés au fur et à mesure de leur passage aux différentes étapes de la procédure et en fonction des observations en réplique formulées par le représentant du Secrétariat général du gouvernement (voire par d'autres parties intervenantes).

Notons que l'avocat peut, dans certains cas, être également investi de la charge de provoquer – y compris artificiellement – le litige qui permettra à son client de lui faire poser la QPC.

- Enfin, l'avocat plaide la QPC devant les différentes juridictions qui vont avoir à en connaître. Suivant le stade auquel la question a été posée et suivant qu'elle aura ou non été transmise, il peut y avoir à assurer jusqu'à trois plaidoiries successives : devant le juge du fond, devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat et devant le Conseil constitutionnel. Compte tenu des règles de représentation devant les Cours suprêmes, la plaidoirie devant celles-ci est assurée par les avocats aux Conseils¹⁷⁸.

Relevons également qu'intervient également – au moins indirectement – l'avocat de la partie adverse dans le litige au cours duquel est déposée la QPC. En effet, si la partie adverse n'a pas nécessairement d'argument à faire valoir au fond pour soutenir la constitutionnalité de la disposition attaquée et peut donc laisser le SGG défendre seul la loi devant le Conseil constitutionnel, elle a nécessairement son mot à dire lors des étapes initiales pour plaider en faveur de la non-transmission de la QPC au Conseil.

3) L'avocat tacticien dans le recours à la QPC

Tactiquement, l'avocat a plusieurs emplois possibles de la QPC.

L'emploi naturel et direct de la question de constitutionnalité est celui qui vise à obtenir l'annihilation des effets d'une législation défavorable au client et dont on peut douter de sa parfaite compatibilité avec les principaux droits fondamentaux garantis par la Constitution. Ainsi, toutes les dispositions procédurales susceptibles de ne pas respecter complètement les

¹⁷⁷ PERRIER, J.-B., « L'avocat face à la question prioritaire de constitutionnalité : enjeux d'une pratique professionnelle », *AJ Pénal*, 2010, p. 122.

¹⁷⁸ Voir notamment Cass. Crim. 29 mars 2011, n° 11-90.007.

droits de la défense (qu'il s'agisse de dispositions pénales – dont la présence de l'avocat lors de la garde à vue – mais aussi civiles, fiscales ou douanières par exemple) ont donné lieu dès les premières années de mise en oeuvre de la réforme à de nombreuses QPC, aboutissant à l'annulation de certaines d'entre elles.

Mais des effets plus indirects de la QPC peuvent être également recherchés par les avocats qui décident d'y recourir. Le ralentissement - même temporaire - de la procédure en est un. Entre le dépôt du mémoire posant la QPC devant un juge du fond et la décision de filtrage rendue par la cour concernée, l'avocat peut escompter un délai de trois mois (maximum fixé par la loi organique), délai qui doublera à chaque fois qu'il y aura transmission au Conseil constitutionnel. Trois ou six mois de gagnés peuvent être dans certains contentieux d'une grande utilité pour les intérêts d'une partie, comme cela par exemple a été souvent relevé par les commentateurs s'agissant des QPC posées dans le contentieux qui concernait le Président Chirac.

Dans certains cas, l'annonce même du dépôt de la QPC peut servir un objectif tactique de visibilité politique et communication à destination de l'opinion. C'est ainsi que, nonobstant le rejet par le Conseil constitutionnel de la QPC déposée à quelques semaines de la clôture du dépôt des candidatures aux dernières présidentielles par Madame Le Pen¹⁷⁹, l'objectif recherché par cette question était très vraisemblablement de rendre visible cette candidate et d'illustrer sa rhétorique de victime du système et d'influencer indirectement les élus auprès desquels elle s'efforçait de recueillir les parrainages nécessaires.

Mais le recours à la question de constitutionnalité peut aussi servir à faire progresser une véritable stratégie juridique, ce qui peut conférer dans de tels cas, à l'avocat un rôle de conseil très privilégié auprès des clients concernés.

4) La QPC comme moyen stratégique au service d'un client ou d'un groupe d'intérêts

D'un point de vue théorique, il convient toujours de distinguer le recours au contentieux des modes directs ou indirects qu'un groupe d'intérêt peut utiliser par ailleurs pour faire valoir sa position. Ainsi, un auteur pouvait écrire en 2009 que « *le recours à des actions judiciaires ne constitue pas, comme nous l'avons étudié, une stratégie de pression. Partant ce n'est que de façon collatérale, et dans des circonstances particulières, que le recours à une stratégie judiciaire peut s'apparenter à une activité de pression indirecte sur le législateur. Tel est le cas notamment lorsque le groupe orchestre une stratégie contentieuse prolongée destinée, en suscitant la naissance d'un large débat, à modifier la perception du public sur les questions soumises aux tribunaux* »¹⁸⁰.

Mais les nouvelles approches managériales qui recherchent une optimisation de la « performance juridique »¹⁸¹ ne voient pas nécessairement une si grande distance pratique entre les différentes stratégies d'influence normative : « *Ces deux approches sont*

¹⁷⁹ Décision n° 2012-233 QPC du 21 février 2012.

¹⁸⁰ LAPOUSTERLE, J., « L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes – Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique », *Dalloz*, 2009, p. 76.

¹⁸¹ Voir notamment MASSON, A., BOUTHINON-DUMAS, B., « L'approche "Law & Management" » *RTD Com.* 2011 p. 233 ; ROQUILLY, C., « Performance juridique et avantage concurrentiel », *LPA*, 30 avril 2007, n° 86, p. 7 ; également WARUSFEL, B., « L'intelligence juridique, une nouvelle approche pour les praticiens du droit », *Le Monde du droit*, n° 43, 1er avril 2010, pp. 1-5.

complémentaires. En effet, améliorer le cadre juridique n'a aucun intérêt s'il n'est pas mis en œuvre, et le contentieux permet de le faire appliquer quand nécessaire. A l'inverse, les actions devant les tribunaux permettent de montrer les limites du droit applicable, de formuler des propositions d'amendements pertinentes avec un argumentaire solide »¹⁸².

Comme le dit bien une observatrice des stratégies des groupes d'intérêts, le choix de recourir à l'action contentieuse « *se trouve contraint à la fois par les compétences et les savoir-faire spécifiques nécessaires au maniement du droit et par le travail de mise en forme juridique des griefs qu'il est possible d'effectuer compte tenu de l'état de la science juridique et de la jurisprudence à un moment donné* »¹⁸³. Le rôle des avocats comme pourvoyeurs de cette compétence et de ces savoir-faire est donc essentielle pour faire de la QPC un instrument aux mains des groupes d'intérêts et des lobbies.

L'apparition de la QPC pourrait marquer en effet un tournant dans ce mouvement d'utilisation plus stratégique de l'arme contentieuse, non seulement comme moyen de préserver les intérêts ponctuels d'un acteur économique, mais plus largement pour faire progresser une position juridique collective et pour agir à l'encontre du législateur¹⁸⁴.

On peut penser en premier lieu à l'intense mobilisation contre les dispositions encadrant la garde à vue (et notamment les limites qu'elles imposaient à la présence de l'avocat). On peut évoquer aussi – et toujours parmi les toutes premières QPC – la QPC sur la décrystallisation des pensions militaires des ressortissants des anciens territoires coloniaux. Et même, la QPC historique déposée par Me Romain Boucq dans le dossier Melki est caractéristique (indépendamment de ce qui en est advenu devant la Cour de cassation et la Cour de Justice de l'Union européenne) de la volonté d'avocats spécialisés en droit des étrangers de saisir l'opportunité de la nouvelle procédure pour mettre en question les fondements de la législation française en la matière.

Nous sommes donc, dans chacun de ces cas, en présence de cas où le recours à la QPC vise moins à trouver une issue favorable à un litige individuel qu'à mettre en question une législation qui fait grief (économiquement, socialement ou politiquement) à un groupe de personnes ou à une force sociale organisée.

Les juristes d'entreprise en sont parfaitement conscients : « *La QPC peut présenter le risque de devenir le lieu d'expression des conflits d'intérêts majeurs de la société à un moment donné. À titre d'exemple je mentionnerais le domaine du droit de la concurrence où s'opposent liberté d'entreprendre et abus de position ou celui de la liberté contractuelle qui peut se trouver limitée ou au contraire renforcée en fonction des rapports de force qui traduisent la maturité de la société* »¹⁸⁵.

¹⁸² COLLARD C., DANET, D., « Les stratégies judiciaires », in MASSON, A. (dir.), *Stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 121.

¹⁸³ MICHEL, H., « Pour une sociologie des pratiques de défense : le recours au droit par les groupes d'intérêt », *Sociétés contemporaines*, 2003/4 n° 52, p. 5-16.

¹⁸⁴ Commentant la transmission par la Cour de cassation en septembre 2011 d'une QPC relative à la possibilité de prévoir la répression pénale du séjour irrégulier, un commentateur pouvait écrire : « *ce cas d'espèce permet de relever à quel point la QPC requiert des efforts stratégiques supplémentaires de la part des avocats, qui ont désormais à composer avec le « dialogue des juges », lorsqu'il ne s'agit pas de l'anticiper, ce qui n'est pas tâche aisée.* » (C. KLEITZ, « La QPC, une arme stratégique encore difficile à manier », *Gazette du Palais*, 15 septembre 2011 n° 258, p. 3).

¹⁸⁵ Intervention de H. DE VAUPLANE, directeur juridique du Crédit Agricole in *Constitutions, op. cit.*

Ils craignent cependant que d'autres acteurs soient plus incités que les entreprises à se saisir de cet instrument¹⁸⁶. On connaît en effet le « paradoxe d'Olson » qui veut que des groupes plus petits (et donc plus cohérents) soient souvent mieux à même d'agir efficacement¹⁸⁷. Et là encore, le rôle des avocats peut s'avérer important pour orienter et soutenir cette fonction revendicatrice de la QPC¹⁸⁸.

C) Les justiciables publics : l'exemple atypique des collectivités territoriales

Christophe MONDOU¹⁸⁹

« *Quand on offre de nouveaux moyens contentieux, on ne peut pas reprocher aux acteurs politiques de s'en saisir* »¹⁹⁰. Le dispositif relatif à la QPC n'a pas été pensé, ni construit au regard des enjeux relatifs aux justiciables publics et plus spécifiquement à ceux des collectivités territoriales¹⁹¹. Il n'a pas été instauré pour leur accorder une voie de droit similaire à celles existant en Allemagne, en Andorre et en Espagne, qui permet aux collectivités locales de ces Etats de saisir directement le tribunal constitutionnel pour défendre leur autonomie¹⁹².

Le mécanisme de la QPC a été instauré en faveur des citoyens, afin qu'ils puissent disposer d'une voie de droit particulière pour protéger leurs droits et libertés garantis par la Constitution contre toute disposition législative. Les textes relatifs à cette réforme ne donnent néanmoins aucune indication sur les bénéficiaires exacts du dispositif¹⁹³. Le Conseil constitutionnel a été amené à préciser que le mécanisme de la QPC bénéficie à tout justiciable¹⁹⁴. Dès lors, pour reprendre les termes du rapport Warsmann¹⁹⁵, si les citoyens sont les premiers concernés par les droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que les personnes publiques¹⁹⁶ et essentiellement les collectivités territoriales sont tout autant concernées et fondées à soulever une QPC¹⁹⁷, tant devant les juridictions judiciaires qu'administratives puisque leurs affaires peuvent relever de l'une ou de l'autre¹⁹⁸.

Les collectivités territoriales et leurs groupements n'ont pas hésité longtemps avant de faire usage de cette nouvelle voie de droit, ouverte à compter du 1^{er} mars 2010. Elles l'ont même utilisée tout de suite, amenant ainsi le Conseil constitutionnel à rendre sa première décision sur une question posée par une commune, le 2 juillet 2010¹⁹⁹, soit quatre mois seulement

¹⁸⁶ « On peut penser que les syndicats et les associations le feront avec ardeur. Les entreprises qui préfèrent en général consacrer leurs forces à d'autres combats seront beaucoup plus en retrait » (J.-H. CARBONNIER, idem).

¹⁸⁷ M. OLSON, *Logique de l'action collective*, Presses universitaires de France, 1978.

¹⁸⁸ On a pu ainsi constater que le développement de l'activité juridique à la Ligue des droits de l'homme correspond à l'arrivée massive d'avocats dans ses instances dirigeantes (E. AGRİKOLIANSKY, « Usages choisis du droit : le service juridique de la ligue des droits de l'homme (1970-1990) », *Sociétés contemporaines*, 4/2003, p. 61).

¹⁸⁹ Maître de conférences en droit public – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2.

¹⁹⁰ MAUSS D., interview donnée à *La Gazette des communes* (dossier, www.lagazettedescommunes.com).

¹⁹¹ Comme le montrent les rapports du Comité consultatif constitutionnel dit Comité G. VEDEL du 15 février 1993, JO 16 février 1993, p. 2548 et plus récemment du Comité E. BALLADUR, 29 octobre 2007, p. 87 et s.

¹⁹² Respectivement, article 93 de la Constitution allemande (instaurant « le recours constitutionnel communal »), article 99 de la Constitution andorrane (recours en inconstitutionnalité) et article 75 ter de la loi organique relative au tribunal constitutionnel (instaurant une procédure de conflit en défense de l'autonomie locale).

¹⁹³ Voir à ce propos l'article 61-1 de la Constitution et les dispositions de la loi organique du 10 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21379.

¹⁹⁴ Cons. const., 3 décembre 2009, 2009-595 DC (Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

¹⁹⁵ Rapport AN, 15 mai 2008, p. 430.

¹⁹⁶ DRAGO R., « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 130 et s. Certaines QPC ont été posées par des établissements publics (comme le Centre hospitalier de Dieppe, CE, 7 juin 2010, req. n° 338531).

¹⁹⁷ ALLART L., « La question prioritaire de constitutionnalité, voie d'accès des collectivités territoriales au juge constitutionnel ? », Communication lors du VIII^e congrès de l'AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011 (<http://www.droitconstitutionnel.org/>).

¹⁹⁸ Signalons simplement quatre QPC posées par des collectivités ou leurs groupements devant la juridiction judiciaire (pourvoi n°09-81027, 09-85389, 10-27130).

¹⁹⁹ Cons. Const., 2 juillet 2010, 2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque* (Fusion de communes).

après l'entrée en vigueur de la réforme. Depuis, le bilan est très contrasté²⁰⁰. Les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif, à l'occasion de leur activité de filtrage, ont rejeté dix-sept QPC soulevées par des collectivités ou des établissements publics les regroupant. Dans le même temps, en complément de la première décision précitée, le Conseil constitutionnel a répondu à quatorze QPC émanant de collectivités²⁰¹. Sur le fond, les collectivités ont obtenu gain de cause à quatre reprises, obtenant l'abrogation simple d'une disposition législative pour inconstitutionnalité²⁰², alors que pour quatre autres affaires, le Conseil constitutionnel a seulement émis certaines réserves sur le texte visé²⁰³. Par ailleurs, cinq décisions du Conseil constitutionnel valident la disposition législative visée et enfin une décision prononce un non-lieu à statuer, l'affaire ayant été précédemment jugée par le Conseil²⁰⁴.

Les données statistiques, qui donnent plutôt un bilan intéressant mais mitigé, ne peuvent pas rendre compte, à elles seules, de l'intérêt de la mise en œuvre de la QPC par les collectivités. Une analyse plus détaillée des questions posées (ou non d'ailleurs) et des décisions rendues par les juridictions suprêmes des ordres juridictionnels et par le Conseil constitutionnel montre que la QPC est un outil précieux pour les collectivités²⁰⁵. Le dépôt d'une QPC ne peut s'envisager sans une véritable stratégie de défense des intérêts de la collectivité²⁰⁶, qui s'avère variable selon le type de collectivité et le caractère de la question. Bien que le cadre de la QPC soit éminemment juridique, il ne fait pas de doute que les enjeux pour les collectivités territoriales sont essentiellement politiques, s'agissant de leurs relations avec l'Etat. Cette nature politique des enjeux apparaît tant au travers des questions posées par les collectivités (I) que de certaines pratiques constatées de la procédure de la QPC (II).

1) La dimension politique principale des questions posées par les collectivités

En vertu de l'article 61-1 de la Constitution, l'objet de la QPC est de permettre la protection des droits et libertés garantis par la Constitution contre les atteintes émanant de dispositions législatives. L'action des collectivités en matière de QPC doit s'inscrire dans le champ d'application de ce dispositif. Elles ne peuvent donc soulever une telle question qu'à la

²⁰⁰ Voir à ce propos la chronique QPC et droit des collectivités territoriales rédigées par VERPEAUX M. et LANDOT E. à la *RLCT*, notamment avril 2011, p. 46, juillet-août 2011, p. 50 et novembre 2011, p. 36.

²⁰¹ Sans oublier que certaines décisions regroupent plusieurs collectivités ayant posé la même QPC : 2 juillet 2010, 2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque* (fusion de communes), 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon* (article 575 du Code de procédure pénale), 22 septembre 2010, 2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon et autres* (instruction CNI et passeports), 6 octobre 2010, 2010-59 QPC, *Commune de Bron* (instruction CNI et passeports), 18 octobre 2010, 2010-56 QPC, *Département du Val-de-Marne* (mesure d'accompagnement personnalisée – MASP), 17 décembre 2010, 2010-67/86 QPC, *Région centre et région Poitou-Charentes* (AFPA, transfert de biens publics), 17 mars 2011, 2010-107 QPC, *Syndicat mixte de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete* (contrôle de légalité des actes des communes de Polynésie française), 25 mars 2011, 2010-109 QPC, *Département des Côtes d'Armor* (financement de la protection de l'enfance par les départements), 30 juin 2011, 2011-142/145 QPC, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres* (concours de l'Etat au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA), 30 juin 2011, 2011-144 QPC, *Départements de l'Hérault et des Côtes d'Armor* (concours de l'Etat au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap, PCH), 30 juin 2011, 2011-143 QPC, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault* (concours de l'Etat au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie, APA), 8 juillet 2011, 2011-146 QPC, *Département des Landes* (aides publiques en matière d'eau potable et d'assainissement), 13 juillet 2011, 2011-149 QPC, *Département de la Haute-Savoie* (Centres d'orientation scolaire), 5 août 2011, 2011-158 QPC, *SIVOM de la Communauté du Bruayais* (exonération de cotisation d'assurance vieillesse en matière d'aide à domicile) et 29 juin 2012, 255/265 QPC, *Département du Var* (Fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements).

²⁰² Décisions 2010-15/23, 2010-67/86, 2010-107 et 2011-146 QPC précitées.

²⁰³ Décisions 2011-142-145, 2011-144 et 2011-143 QPC portant sur des questions financières et 2011-149 précitées.

²⁰⁴ Respectivement 2010-12, 2010-29/37, 2010-56, 2010-109, 2011-158 et 2010-59 QPC précitées.

²⁰⁵ SEBAN D., « La QPC, un outil précieux pour les collectivités territoriales », *Gaz. Com.*, 10 janvier 2011, p. 9.

²⁰⁶ LONQUEUE Ch., « La défense des collectivités territoriales », *AJCT*, 2012, p. 190 et LÉVY D., « L'efficacité de la QPC. Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA*, 2011, p. 1251.

condition de subir une atteinte par la loi à un de leurs droits ou libertés protégés constitutionnellement. C'est évidemment la condition première à ne pas oublier avant de se lancer dans la formulation d'une QPC. Cependant, le respect de cette condition n'est pas toujours des plus simples, car nous ne disposons pas de liste de ces droits ou libertés. Dès lors, il se peut que les collectivités voient sur tel ou tel sujet, un droit ou une liberté et que cela ne soit pas le cas soit au niveau du filtre exercé par les juridictions suprêmes des ordres juridictionnels²⁰⁷, soit à celui du Conseil constitutionnel²⁰⁸.

Mais alors quels sont ces droit ou libertés reconnus ou pouvant être reconnus aux collectivités territoriales ? La qualité de personne morale des collectivités territoriales et de leurs groupements réduit le champ des droits ou libertés reconnaissables. Néanmoins à l'exemple des personnes privées, il ne fait pas de doute que les collectivités disposent d'un droit de propriété sur leurs biens²⁰⁹, d'une protection de leurs locaux ou encore de leur correspondance²¹⁰ ou encore d'une liberté contractuelle²¹¹. De même, elles bénéficient des mêmes protections en matière de procédure juridictionnelle et de garanties pour un procès équitable²¹².

Mais reconnaissons que dans ces affaires-là, il n'y a pas de réels enjeux politiques²¹³. Il n'en est plus de même pour d'autres droits ou libertés mis en avant, notamment ceux qui ont pour objectif d'assurer la protection des collectivités en tant qu'organisation et qui préservent leur autonomie ou qui défendent leur identité²¹⁴.

Le principe d'égalité devant la loi dont sont bénéficiaires les collectivités peut les amener à soulever une QPC en cas de traitement différencié par la loi, entre catégorie de collectivités et d'établissements publics de coopération intercommunale²¹⁵.

Les enjeux politiques apparaissent encore plus évidents lorsque les collectivités se placent sur le terrain de la protection de leur libre administration, qui a été reconnue, après bien des débats, comme une liberté constitutionnellement garantie²¹⁶. La protection de l'autonomie des collectivités s'inscrit bien dans la problématique de leur place au sein de l'Etat et de leurs relations avec lui, notamment au sein d'un Etat unitaire comme la France²¹⁷. Mais que recouvre cette liberté d'administration en termes de garanties suffisantes pour son exercice au profit des collectivités et qui seraient opposables à la loi ?

Une première garantie concerne le fait que les actes des autorités locales ne sauraient être déclarés nuls par l'autorité étatique, notamment préfectorale. Nous retrouvons là l'autonomie

²⁰⁷ Ainsi à propos des QPC de la Région Lorraine, le Conseil d'Etat refuse de qualifier de droit ou de liberté, tant le principe d'annualité budgétaire que celui de sincérité budgétaire : respectivement CE, 25 juin 2010, req. n° 339082 et 15 juillet 2010, req. n° 340492.

²⁰⁸ Cons. const., 22 septembre 2010, 2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon et autres* (instruction CNI et passeports) refusant d'intégrer le principe de péréquation financière dans les droits ou libertés garantis.

²⁰⁹ Cons. const., 17 décembre 2010, 2010-67/86 QPC, *Région Centre et Région Poitou-Charentes* (AFPA – transfert de biens publics), censure de la disposition législative.

²¹⁰ Même si pour l'instant ces droits n'ont pas été reconnus par le Conseil constitutionnel, mais au niveau européen.

²¹¹ CE, 30 mai 2012, *SIVOM de Villefranche-sur-Mer et commune de Saint-Jean-Cap-Ferrat*, req. n° 354951.

²¹² Cons. const., 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon et autres* (article 575 du Code de procédure pénale), article censuré.

²¹³ Gauthier C., « Les collectivités locales et la convention européenne des droits de l'homme », *DA*, 2003, p. 9.

²¹⁴ D'autres enjeux politiques peuvent être mis en avant lors d'une QPC par les particuliers, à l'exemple de celle posée par Mme Le Pen (Cons. const., 21 février 2012, 2012-233 QPC (publication des noms et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle)).

²¹⁵ Cons. const., 5 août 2011, 2011-158 QPC, *SIVOM de la communauté du Bruaysis* (exonération de cotisation d'assurance vieillesse en matière d'aide à domicile), traitement différent accepté pour les intercommunalités spécialisées en matière d'aide sociale et CE, 13 décembre 2011, *Commune de Chambord*, req. n° 353307.

²¹⁶ Voir par exemple VERPEAUX M., *Libre administration, liberté fondamentale, référé liberté*, note sous CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ Morbelli*, *RFDA*, 2001, p. 984 et la première décision QPC rendue par le Conseil, 2010-12 précitée.

²¹⁷ Si nous laissons de côté certains enjeux spécifiques à l'outre-mer.

décisionnelle des autorités locales, le pouvoir de contrôle des autorités étatiques ne saurait être général²¹⁸.

La garantie la plus délicate porte sur l'autonomie financière des collectivités, sujet politique par excellence. D'autant qu'il ne faut pas oublier que cet enjeu-là était et est toujours difficile à faire traiter par la juridiction administrative au travers du contrôle de conventionalité des lois visées. En effet, cette question financière entre difficilement dans le champ des droits et libertés, d'où le rejet par la juridiction administrative de l'application de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} de son protocole additionnel n°1 à cette question du partage des ressources entre l'Etat et les collectivités²¹⁹. En revanche, ces questions financières entrent plus facilement dans le champ de la charte européenne de l'autonomie locale, notamment son article 9, invocable devant les juridictions administratives, mais sans, pour autant, que les collectivités obtiennent gain de cause²²⁰.

Cependant avec la QPC, les collectivités trouvent enfin là le moyen de reprocher aux autorités étatiques (à la loi) de ne pas leur laisser une autonomie suffisante en termes de moyens financiers.

Cela peut concerner la liberté d'utilisation de leurs fonds ou de dépenser comme le montre le combat du Département des Landes, pendant plus de quinze ans, contre certaines juridictions administratives²²¹ mais aussi contre la loi, pour parvenir à avoir gain de cause par le Conseil constitutionnel²²².

Mais cela vise surtout sur l'insuffisance de ressources²²³, à la condition bien sûr que les compétences visées relèvent de la collectivité et ne soient pas exercées au nom de l'Etat²²⁴. Dès lors, la QPC sort très largement des enjeux juridiques pour être très vite sur le terrain politique sur deux plans en miroir, d'un côté le manque de ressources des collectivités et d'un autre celui de la nécessité d'un effort de l'Etat, déjà en difficultés financières, vers ces mêmes collectivités²²⁵. Ainsi, les collectivités ont reproché à l'Etat de ne pas compenser suffisamment les charges transférées et en sachant par exemple que les affaires relatives aux aides sociales financées par les départements portent sur plusieurs milliards d'euros²²⁶. Sur un plan contentieux, il faut relever que les QPC posées sont donc la suite de demandes des collectivités auprès des autorités étatiques pour obtenir ce financement complémentaire de charges transférées et suite au refus de l'Etat, les autorités locales se sont engagées dans un contentieux de la responsabilité étatique et c'est à cette occasion qu'elles ont déposé une QPC.

Seulement, le Conseil constitutionnel n'a jusqu'à présent jamais donné satisfaction aux nombreuses collectivités ayant soulevé une QPC sur des questions de compensation

²¹⁸ Cons. Const., 17 mars 2011, 2010-107 QPC, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de Papeete* [contrôle de légalité des actes des communes de Polynésie française] et voir aussi CE, 20 juin 2011, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, req. n° 348878, QPC rejetée à propos de la suspension des actes locaux sur déféré préfectoral, selon l'article L. 2131-6 CGCT.

²¹⁹ CE, 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy et commune de Champagne-sur-Seine*, *AJDA*, 2003, p. 613, conclusions L. Vallée, p. 603.

²²⁰ Voir sur une question traitée par une QPC puis sur un enjeu de conventionalité, CE, 26 juillet 2011, *Département de Seine-Saint-Denis*, req. n° 340041, à propos des enjeux du financement du fonds national de la protection de l'enfance.

²²¹ En l'occurrence le tribunal administratif et la cour administrative d'appel avaient donné tort au département alors que le Conseil d'Etat lui donnera raison (CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, *RFDA*, 2004, p. 518, concl. Séners.

²²² Cons. const., 8 juillet 2011-146 QPC, *Département des Landes* (aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement) et CARTON O., « Le principe de libre administration des collectivités territoriales et la QPC : enjeux financiers, perspectives nouvelles ? », *RLCT*, octobre 2011, n° 72, p. 9.

²²³ HOUSER M., « Le contrôle des compensations financières de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Ville congrès de l'AFDC*, Nancy, 16-18 juin 2011 (<http://www.droitconstitutionnel.org/>), PISSALOUX J.-L., « QPC et compensation financière des transferts et extension de compétences », *DA*, août-septembre 2011, n° 8-9, p. 30.

²²⁴ Cons. const., 22 septembre 2010, 2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*.

²²⁵ CARTON O., « Les rapports financiers entre l'Etat et les collectivités territoriales : de la mécontente administrative à la guérilla politique ? », *RLCT*, 1^{er} juin 2010, n° 58, p. 56.

²²⁶ 1,5 milliards pour le RMI-RSA et 3,5 milliards pour l'APA, alors que la PCH représente moins.

financière, en construisant une jurisprudence toute en finesse juridique, pour les uns ou relevant d'une « argutie contestable » pour d'autres²²⁷. Il est vrai que les ardeurs des collectivités ont été assez vite refroidies avec quelques décisions du Conseil toujours négatives. Les réserves qui ont pu être émises n'ont évidemment pas été satisfaisantes pour les collectivités²²⁸. Nous avons eu une confirmation de la difficulté à se placer sur le terrain des enjeux financiers dans la décision du CC, 255/265 QPC du 29 juin 2012 précité, dans laquelle il précise que le mécanisme du fonds national de péréquation des DMTO ne porte pas atteinte à la libre administration des conseils généraux contributeurs.

Ces enjeux politiques de fond sont confirmés par les constats que nous pouvons observer à propos de la procédure à suivre en matière de QPC, où nous voyons plutôt apparaître cette fois des enjeux de couleur politique.

2) L'utilisation politique de la QPC

La procédure de la QPC est bien connue maintenant et il ne s'agit pas en l'espèce de revenir sur les conditions à respecter par une collectivité territoriale pour que sa QPC soit recevable. Encore que nous pouvons constater parfois une certaine méconnaissance des règles, comme lorsqu'une collectivité oublie que pour poser une QPC encore faut-il avoir un intérêt à agir sur le fond de l'affaire²²⁹. De même, l'enjeu de notre étude ne porte pas sur la stratégie juridictionnelle de l'avocat ou du conseil²³⁰, déjà étudiée, mais sur celle des autorités locales. L'observation de deux années de QPC montre que les autorités locales, notamment les élus locaux ont parfois utilisé la QPC avec une forte logique politique voire une réelle tribune politique.

Cette utilisation politique de la QPC s'observe tout d'abord à l'occasion du dépôt de la question. Une rapide analyse montre que la plupart des collectivités territoriales ayant eu recours à la QPC sont dirigées par des élus relevant du parti socialiste ou de leurs alliés politiques : 8 communes sur 14, 45 départements (plus deux dirigés par le PC et deux par un élu DVG) sur 53 et 4 régions sur 4. Ainsi, nous n'avons aucune région²³¹ et seulement trois départements dirigés par un élu UMP ou apparenté qui ont utilisé la QPC²³². La situation des communes est un peu à part, car les sujets soulevés à l'occasion des QPC posées n'ont pas toujours un caractère politique²³³. S'agissant des départements, leurs principales QPC portent sur le manque de soutien financier de la part de l'Etat à propos des aides sociales (RSA, APA

²²⁷ DOMENACH J., « Autonomie des collectivités territoriales et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *RLCT*, octobre 2011, n° 72, p. 48.

²²⁸ Voir par exemple, Cons. const., 13 juillet 2011, 2011-149 QPC, *Département de la Haute-Savoie* (Centres d'orientation scolaire).

²²⁹ CE, 24 avril 2012, *Commune de Bondy*, req. n° 356891.

²³⁰ LÉVY D., art. cit.

²³¹ En même temps, il n'y a qu'une région métropolitaine à droite (Alsace) et deux en outre-mer (Guyane et Réunion).

²³² Le département du Var qui vient assez récemment de poser une QPC à propos de la participation du conseil général au financement du fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux (DMTO), CE, 21 mai 2012, *Département du Var*, req. n° 358261 et plus anciennement la QPC du Département de Haute-Savoie à propos des centres d'orientation scolaire (Cons. const., 13 juillet 2011, 2011-149 QPC) et celle du département de la Meuse à propos de la décision 2011-144 QPC relative à la PCH.

²³³ Comme la question de la commune de Tulle sur les enjeux du délai de prescription (Cass., crim. 2 mars et 19 mars 2010, pourvoi n°09-81027) ou celle de la commune de Tours sur la constitutionnalité de l'article L. 1224-1 du code du travail (Cass. Soc. 15 juin 2011, pourvoi n°10-27310) ou encore celle de la commune de Roquebrune-sur-Argens précitée.

et PCH)²³⁴ alors que pour les régions, nous relevons une question financière, une sur le droit de propriété (deux régions) et une de procédure pénale²³⁵.

Une autre observation, peut être faite à propos des QPC déposées par les collectivités, et elle confirme l'enjeu politique. Alors que la procédure prévue semble organisée à propos d'un recours individuel, il se trouve qu'à plusieurs reprises les collectivités ont agi collectivement, notamment sur les questions financières. Ce constat est vraiment manifeste pour les conseils généraux. En fait, l'action des conseils généraux a été véritablement organisée par l'Assemblée des départements de France (ADF), présidée par Claudie Lebreton, président du conseil général des Côtes d'Armor²³⁶. Après avoir fait réaliser une consultation sur la possibilité de réaliser une ou plusieurs QPC sur les enjeux du financement des prestations sociales, l'ADF la communique aux sept départements intéressés puis avec leur accord la diffuse auprès de tous les départements de France et c'est ainsi que sur la QPC relative à l'APA il y aura 28 départements en action²³⁷ et 31 sur la QPC portant sur la PCH²³⁸. Ce sont de véritables actions collectives que les conseils généraux ont mené, tout en respectant évidemment le dépôt d'une requête individuelle ou d'une intervention en complément d'une requête d'un autre département.

Pour autant, nous ne pouvons pas considérer que cela soit assimilable aux dispositifs existant dans d'autres Etats, tels que ceux que nous avons précités, puisque dans ces cas-là la recevabilité de la question de constitutionnalité est dépendante d'un nombre de collectivités à réunir. Il faut ainsi trois paroisses en Andorre ou 1/7^e des communes présentes sur le champ territorial d'application de la norme législative visée et représentant au moins 1/6^e de la population résidant sur le même territoire en Espagne.

Un autre enjeu lors de la procédure de QPC a montré la volonté de politiser le débat, même si encore une fois, des arguments juridiques sont en jeu. Il s'agit de la récusation des membres du Conseil constitutionnel. Il est en effet prévu par l'article 4 du règlement intérieur de la Haute assemblée que l'une des parties peut demander la récusation d'un membre du Conseil. En l'occurrence, Arnaud Montebourg, président du conseil général de Saône-et-Loire sera le premier à demander la récusation d'un membre du Conseil lors d'une QPC²³⁹. En fait, il demande la récusation de six membres sur les onze²⁴⁰. En réponse à cela, seuls deux membres du Conseil ne siégeront pas²⁴¹. Cette question, fortement juridique, sur l'impartialité d'une juridiction a quand même servi de tribune politique pour l'intéressé. A ce propos, relevons que les autres conseils généraux ne le suivront pas dans cette démarche de récusation, peut-être trop politique pour être suivie !

Le changement de majorité politique constatée au niveau national devrait donc avoir une incidence sur les QPC à venir de la part des collectivités territoriales. Elles devraient nettement plus émaner de collectivités dirigées par des élus appartenant aux partis d'opposition. Cependant nous devons tenir compte de deux éléments : d'une part, les

²³⁴ Exception faite des QPC des départements de la Corrèze (rejoignant ici la QPC de la commune de Tulle) et de la Haute-Savoie.

²³⁵ Respectivement la région Lorraine, puis les deux régions Centre et Poitou-Charentes et enfin la région Languedoc-Roussillon.

²³⁶ Voir sur le site <http://www.departement.org>.

²³⁷ Parmi eux nous trouvons : Alpes-de-Haute-Provence, Côtes d'Armor, Doubs, Essonne, Hérault, Nord, Pas-de-Calais, Seine-Saint-Denis, Saône-et-Loire et Vaucluse.

²³⁸ Notamment : Allier, Côtes d'Armor, Hérault, Isère, Landes, Nord, Oise, Saône-et-Loire et Seine-Saint-Denis.

²³⁹ Demande déposée le 17 mai 2011. Voir à ce propos, <http://libertes.blog.lemonde.fr/2011/05/31/premieres-demandes-de-recusation-au-conseil-constitutionnel>.

²⁴⁰ Il s'agit de J.-L. DEBRÉ, J. CHIRAC, P. STEINMETZ, M. CHARASSE, H. HAENEL et J. BARROT. Jusque-là, les membres du Conseil s'étaient déportés seuls seize fois depuis l'entrée en vigueur de la QPC.

²⁴¹ Messieurs J. BARROT et M. CHARASSE, comme le rappelle la réponse de M. GUILLAUME, secrétaire général du Conseil constitutionnel, en date du 26 mai 2011. Alors que J. CHIRAC ne participe pas aux travaux de la Haute assemblée.

premières QPC posées ont permis au Conseil constitutionnel d'apporter certaines réponses et donc de bloquer des QPC similaires et d'autre part, les grandes collectivités territoriales dirigées par des élus des partis d'opposition sont actuellement moins nombreuses que celles dirigées par des élus des partis de majorité. En conséquence, l'avenir des QPC émanant des collectivités n'est pas simple à prévoir, il dépend peut-être comme le précise D. Mauss, de l'imagination et de l'intelligence des requérants qui auront pour effet d'orienter les réponses des juges²⁴².

D) Les détournements de QPC

1) La production d'un quasi avis contentieux au bénéfice du justiciable

Manuel GROS²⁴³

a) Le détournement de QPC comme moyen de faire interpréter plus vite la loi par le Conseil d'État

Durant le printemps 1947 un pâtre bédouin, Muhammed edh-Dhib Hassan, parti à la recherche de l'un de ses agneaux, trouve dans une grotte les manuscrits de la mer Morte.

Les acteurs du contentieux, souvent appelés plaideurs, soulèvent dans le même esprit parfois des moyens conduisant à des solutions juridictionnelles inespérées sinon inattendues.

De nombreuses procédures accessoires ou incidentes ont souvent été détournées de leur vocation première pour arriver à une fin différente : la jurisprudence *Tropic Travaux*²⁴⁴ est sans doute issue d'une erreur procédurale, l'action d'un tiers contre un contrat ayant conduit à une solution juridictionnelle novatrice autant qu'étonnante. Mais plus encore, cette jurisprudence, à l'origine pour permettre à un tiers d'attaquer le contrat dans le cadre d'un contentieux de la légalité évolue parfois aujourd'hui comme un contentieux indemnitaire.

La théorie de l'acte détachable²⁴⁵ qui permettait à des tiers d'attaquer l'acte détachable du contrat avait aussi la même fonction détournée (en annulation seulement toutefois)²⁴⁶.

Plus généralement toutes les procédures de référé - à l'image du référé civil - sont souvent un moyen de purger rapidement le fond : une suspension paralyse l'acte administratif, un rejet préfigure un rejet au fond et constitue du fait du caractère exécutoire de l'acte administratif une validation quasi définitive de cet acte.

Les questions préjudicielles, surtout devant le juge judiciaire (tribunal d'instance, tribunal de grande instance, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil de prud'hommes...) ont souvent en réalité une fonction dilatoire, voire dissuasive : la mise en cause face à des confrères non-spécialistes, de la légalité d'un acte administratif et l'hypothèse

²⁴² MAUSS D., art. cit.

²⁴³ Professeur de droit public, Doyen honoraire, ERDP – CRDP, Université de Lille 2.

²⁴⁴ CE, 16 juillet 2007, n° 291545, *Sté Tropic Travaux signalisation*, n° 291545 : [JurisData n° 2007-072199](#).

²⁴⁵ « le juge administratif de droit commun a pu pénétrer dans des régions interdites ou réservées à d'autres contrôles juridictionnels » (C.-A. COLLIARD, « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 115).

²⁴⁶ Pour une première application en matière contractuelle, (CE, Ass., 2 février 1987, *Sté TV6, Scorpio-Music, Aréna, Pathé-Marconi-EMI et Sté France 5*, cité par P. DELVOLVÉ, « Les arrêts et le système de la concession de service public », *RFDA* 1987, p. 2.

d'une parenthèse devant le juge administratif, présente parfois un intérêt au-delà de la seule séparation des autorités administratives et judiciaires.

Les référés expertise dont l'objet original est l'expertise résolvent souvent le fond : une absence de faute médicale constatée par l'expert ou au contraire une faute reconnue par ce dernier déterminent la solution de fond rendue par le juge administratif.

Les référés précontractuels, par leur rapidité et leur efficacité, servent aujourd'hui de procédure principale en matière de contrôle par le juge des modes de passation des contrats administratifs : en cas de satisfaction du requérant, le pouvoir adjudicateur est obligé d'en tirer les conséquences sur la procédure principale, en cas de rejet, la « messe est dite » et en général les candidats évincés renoncent à aller plus avant.

Ainsi qu'il s'agisse d'une procédure accessoire (référé) ou d'une parenthèse (question préjudicielle et QPC) le but poursuivi n'est pas toujours celui pour lequel la procédure a été inventée.

Fruit du hasard absolu (l'utilisation par effet de mode de la QPC) comme la découverte des manuscrits de la mer Morte ou stratégie contentieuse machiavélique, la question de savoir s'il n'y aurait pas des possibilités de détournements de procédure de la QPC mérite un détour.

On peut penser que oui et constater que la QPC déviée par les requérants, est un moyen d'accélérer l'accès au juge suprême (2-2-1) ainsi qu'avec la complicité de ce dernier, un moyen d'interprétation de la loi, même en cas de rejet de la QPC (2-2-2)

b) Le détournement de QPC comme moyen d'accélérer l'accès au juge suprême

Paradoxalement, la QPC a pour premier avantage une relative rapidité : par rapport à une procédure de première instance (1 à 5 ans)²⁴⁷, une procédure en appel (1 à 2 ans) une procédure en cassation (1 à 4 ans) et a fortiori un renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E.²⁴⁸, dans le cadre d'une exception d'inconventionnalité (5 à 10 ans), la QPC est incontestablement très rapide, puisque de l'ordre de quelques mois.

Bien menée, c'est-à-dire bien argumentée, elle a des chances sérieuses d'arriver ainsi assez vite devant le conseil d'État, en tous les cas bien plus vite que dans le cadre du double degré de juridiction ordinaire pour arriver jusqu'à la Haute Assemblée.

À titre d'exemple, l'affaire de Moyeuve Grande²⁴⁹, mettant en cause les dispositions de l'article 95 du Code minier, ainsi que celle de l'article 75-3 du même code, en matière d'indemnisation en cas de sinistre minier, ont fait l'objet d'une première requête en 2001, puis d'un jugement du tribunal administratif de Strasbourg en date du 10 juillet 2003, suivi d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 17 octobre 2005, pour aboutir à un arrêt décisif du Conseil d'État en date du 17 juillet 2009, c'est-à-dire après 8 ans de procédure interne, sans parler des trois années supplémentaires de procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁵⁰.

²⁴⁷ Certes pour exemple, le Tribunal Administratif de Lille a jugé, en 2011, 7530 dossiers et le délai prévisible moyen de jugement pour cette même année s'élève à 10 mois et 23 jours, et s'agissant de la Cour Administrative d'Appel, 1793 dossiers ont été jugés en 2011 et le délai prévisible moyen de jugement est de 9 mois et 29 jours, mais il s'agit de moyennes, incluant des dossiers plus courts, mais aussi plus...longs.

²⁴⁸ Cour de Justice de l'Union européenne.

²⁴⁹ CE 17 juillet 2009, *Ministre de l'économie et des finances et de l'industrie/ BECKER*, JCP A 16 novembre 2009, p. 37, note M. GROS.

²⁵⁰ Arrêt de rejet du 27 octobre 2011 (CE, 27 octobre 2011, *Becker et Soliani c/ France*, n° 6773/10).

En revanche, dans l'affaire *Association Moselle après mines Moselle Est (A.M.M.E)* la question de la constitutionnalité des articles 91 et 92 du même Code minier, en matière d'obligation de remise en état par l'exploitant, ont fait l'objet d'une QPC par ordonnance du 20 janvier 2011 et d'une décision du Conseil d'État du 15 avril 2011²⁵¹, c'est-à-dire en moins de trois mois.

Même si les deux affaires n'étaient pas identiques, elles mettaient en cause les rapports entre des dispositions du Code minier issues de la loi du 30 mars 1999 portant réforme du Code minier, et des dispositions supra législatives résultant d'un certain nombre de principes fondamentaux, y compris internationaux (première affaire) ou encore des dispositions de la charte constitutionnelle de l'environnement (deuxième affaire).

En d'autres termes, et ce quel que soit son résultat au niveau du Conseil d'État, la QPC permet d'accéder en quelques mois - même pour un acte réglementaire ne relevant pas de la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'État- à la juridiction suprême, alors que l'épuisement des voies internes, pour le même accès, suppose de longues années.

c) La QPC, avec la complicité du juge suprême comme moyen d'interprétation de la loi, même en cas de rejet de la question

Au-delà de l'obtention d'un dernier transfert devant le Conseil constitutionnel pour obtenir un examen achevé de la QPC, le requérant astucieux pourra sans doute utiliser l'interprétation du Conseil d'État, en transfert comme en rejet, pour le fond de son litige.

L'exemple de la décision *AMME* précité est significatif.

L'objet de l'objectif de l'association requérante était de faire reconnaître par le juge de l'exploitant minier, c'est-à-dire le juge administratif, les carences de l'exploitant minier au regard des principes environnementaux, notamment des principes de prévention (article 3 de la charte sur l'environnement), de précaution (article 5) et de pollueur payeur, appelé aujourd'hui principe de réparation (article 4), ainsi d'ailleurs que du principe d'égalité des collectivités territoriales devant les charges publiques notamment en cas de transferts desdites charges par l'État à ces dernières (article 72 de la Constitution).

Plus précisément, cet objectif procédural était de contredire l'interprétation de l'exploitant minier (autrefois charbonnages de France, aujourd'hui l'État en tant qu'ayant droit) sur la non soumission, du fait d'un code spécial, le Code minier, de cet exploitant minier aux obligations découlant des principes environnementaux et constitutionnels précités, faute d'être contenus dans ledit code.

En d'autres termes, pour prendre l'exemple du principe de précaution, le Code minier ne connaissant pas le mot précaution, l'exploitant minier de ce fait considérait n'y être pas soumis dans la mesure où il appliquait, dans ses remises en état, sanctionnées par des arrêtés préfectoraux, les seules exigences littérales dudit Code minier.

Il était donc impératif pour l'association requérante de faire admettre que les dispositions du Code minier devaient être mises en rapport avec celle de la charte constitutionnelle pour intégrer l'obligation de respect du principe de précaution, pour reprendre le seul exemple de ce dernier principe.

²⁵¹ CE 15 avril 2001, *Association après mine Moselle-est*, n° 346 042.

Naturellement cette question du respect de ces obligations par l'exploitant relève du juge du fond et ne pouvait être posée au Conseil d'État qu'après épuisement du processus de double juridiction.

Mais en posant, comme en l'espèce, la question de la conformité de l'article 91 du Code minier, qui fixe les conditions de remise en état, aux dispositions constitutionnelles contenues dans la charte de l'environnement comme dans le texte même de la Constitution, le requérant posait en fait aussi au juge de la QPC, celle de la soumission au nom de l'exploitant minier au principe de précaution et aux autres principes.

De fait, dans la décision du 15 avril 2011²⁵², le Conseil d'État, tout en rejetant et en décidant de ne pas transférer au Conseil constitutionnel la QPC invoquée, interprétait néanmoins le Code minier au regard des obligations constitutionnelles.

En jugeant « *que l'ASSOCIATION APRES-MINES MOSELLE-EST soutient que les dispositions citées ci-dessus de l'article 91 du code minier méconnaissent les principes de prévention et de contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement définis par les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement ainsi que le principe de précaution défini par l'article 5 de cette charte ; que toutefois, l'article 91 du code minier dispose que lors de l'arrêt de travaux miniers l'autorité administrative prescrit les mesures à exécuter par l'exploitant afin de préserver notamment les caractéristiques essentielles du milieu environnant, de faire cesser les désordres et nuisances de toute nature engendrés par ses activités et prévenir les risques de survenance de tels désordres ; que ces dispositions imposent à l'exploitant la charge de faire cesser les dommages causés à l'environnement par les activités minières après leur arrêt ; qu'elles visent également à prévenir les dommages que pourraient ultérieurement causer les concessions minières mises à l'arrêt ; qu'en outre, l'article 93 du code minier prévoit que l'Etat est responsable, après la fin de validité du titre minier, de la surveillance et de la prévention des risques susceptibles de mettre en cause la sécurité des biens ou des personnes identifiés lors de l'arrêt des travaux et les dispositions contestées n'ont aucunement pour effet d'imposer une charge aux collectivités territoriales ni d'introduire une rupture d'égalité entre ces dernières ; que, par suite, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux* », le Conseil d'État répond en fait à la question par l'affirmative, puisqu'il examine précisément les obligations fixées par le Code minier et les considère comme conforme aux articles 3, 4 et 5 de la Charte constitutionnelle et à l'article 72 de la Constitution.

Pour ce qui regarde la procédure au fond, il était donc facile après cette décision, pour l'association requérante, de développer devant la Cour administrative d'appel le fait que puisque le Conseil d'État reconnaissait que les articles 91 et suivants du Code minier satisfont aux principes de précaution au principe de prévention et au principe de réparation, dans la mesure où l'exploitant doit respecter cet article, il doit aussi respecter les obligations qui en découlent.

Et il est alors beaucoup plus aisé devant le juge du fond, pour l'association requérante d'examiner la remise en état effectivement opérée, cette fois à la loupe des principes de prévention, de précaution et de réparation²⁵³.

Le requérant, par la QPC, a ainsi fait l'économie de nombreuses années de procédure pour avoir une position de principe - on pourrait presque dire un arrêt de règlement si

²⁵² précitée.

²⁵³ La Cour administrative d'appel de Nancy a finalement rejeté au fond les recours de l'AMME, mais en examinant les exigences du Code minier comme incluant les principes environnementaux dont le défaut était soulevé dans le cadre de la parenthèse « question prioritaire de constitutionnalité » (Cour administrative d'appel de Nancy, 15 mars 2012, n° 10NC 00961, 10NC00962 et 10NC00992).

l'expression était utilisable - sur une question relevant manifestement de la juridiction suprême de l'ordre administratif.

Nul doute que la décision de non transfert au Conseil constitutionnel, par sa motivation, a été perçue comme une grande victoire juridique par l'auteur de la question.

En guise de conclusion on peut se demander si cette fonction dénaturée de la question prioritaire de continuité est amenée à se développer, de façon que par la pratique de certains référés, de procédures accessoires sont devenus principales.

La récente décision du Conseil d'État du 14 septembre 2011 *M. Pierre*²⁵⁴ permet de poser la question. Ainsi à une question posée sur la conformité des dispositions des articles L 123-3-5 et L 123-4 du code rural aux articles 2 et 6 de la charte de l'environnement²⁵⁵, le Conseil d'État tout en décidant de ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire soulevée, précisait son interprétation du code rural pour précisément démontrer sa prise en compte des dispositions constitutionnelles invoquées²⁵⁶.

La QPC moyen rapide d'interprétation de la loi par le Conseil d'État, à l'initiative des requérants mais avec la complicité du juge suprême, voilà peut-être une nouveauté procédurale de grand intérêt.

²⁵⁴ CE, 14 septembre 2011, *M. Pierre*, n° 348394, *AJDA*, 26 septembre 2011.

²⁵⁵ Les requérants invoquaient que les dispositions précitées méconnaissaient le droit de propriété constitutionnellement garanti, notamment par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi que les exigences de préservation et d'amélioration de l'environnement et le principe de conciliation posés aux articles 2 et 6 de la Charte de l'environnement, en ce que, en vertu de l'interprétation constante que leur a donnée la jurisprudence, elles excluaient que des parcelles exploitées selon un mode de culture biologique présentent le caractère de terrains à utilisation spéciale devant, sauf accord contraire, être réattribuées à leurs propriétaires, en ce qu'elles ne permettent pas de qualifier l'exploitation selon un mode biologique de nature de culture pour l'appréciation de l'équivalence en valeur de productivité réelle entre les terres apportées et attribuées et en ce qu'elles n'ont pas envisagé, dans l'hypothèse où un propriétaire recevrait des terres exploitées selon un mode conventionnel en échange d'apport de terres exploitées selon un mode biologique, que ce dernier soit indemnisé.

²⁵⁶ « que toutefois, il peut être tenu compte de ce mode d'exploitation et de la valeur culturelle spécifique qui en résulte lors du classement des terres que la commission communale d'aménagement foncier, doit, sur le fondement de l'article R. 123-1 du code rural, effectuer à l'intérieur de chaque nature de culture ; que, par ailleurs, dans l'hypothèse où l'équivalence en valeur de productivité réelle n'a pu être obtenue, la commission communale peut décider d'indemniser, par l'attribution d'une soultte en espèces, le propriétaire des terrains apportés dans lesquels sont incorporées des plus-values transitoires, lesquelles peuvent, le cas échéant, résulter des investissements réalisés pour convertir les terres à l'exploitation selon des méthodes biologiques ; qu'enfin, les règles de fond applicables au remembrement imposent de tenir compte des particularités de l'exploitation en agriculture biologique pour apprécier le respect de l'objectif d'amélioration des conditions d'exploitation ; que les opérations d'aménagement foncier agricole se déroulent dans le cadre d'une procédure dont l'ensemble des étapes est placé sous le contrôle du juge ; qu'au regard de l'ensemble de ces garanties, ni le 5° de l'article L. 123-3 ni l'article L. 123-4 ne portent une atteinte excessive au droit de propriété »

2) L'affaire Melki : un usage tactique original de la QPC : le témoignage de l'avocat de M. Melki

Romain BOUCQ²⁵⁷

Depuis le contrôle de la compatibilité des articles 78-2 du Code de procédure pénale par le Conseil constitutionnel en 1993 au regard de la convention de Schengen qui devait entrer en vigueur en 1995, il existait en droit français une disposition législative permettant aux policiers d'effectuer un contrôle d'identité sans autre motif que celui d'être situé dans une bande de 20 kilomètres d'une frontière intérieure.

Depuis l'entrée en vigueur, en 1995, de la convention de Schengen, les contrôles d'identité effectués à Lille, située dans une bande de 20 kilomètres de la frontière belge, faisaient l'objet de contestations dans le cadre des reconduites à la frontière des étrangers. Les avocats plaidaient régulièrement que l'article 78-2 du Code de procédure pénale conduisait à réinstaurer un contrôle aux frontières qui était déguisé, ce qui avait été clairement l'objectif politique affiché du gouvernement de l'époque, appuyé par le Conseil constitutionnel (Décision n° 93-323 du 5 août 1993, considérants 11 à 16).

Le seul moyen de pouvoir trancher efficacement cette question relative à l'alinéa problématique de cet article organisant les contrôles d'identité sur un critère géographique était d'obtenir une réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Or, si tout juge en France est susceptible de poser une question préjudicielle, seule la Cour de cassation a l'obligation de poser une question sollicitée par l'une des parties au procès. Dans le cadre des procédures de reconduites à la frontière, il était techniquement impossible d'arriver au bout d'une procédure conduisant jusqu'à la Cour de cassation. Les justiciables se retrouvaient donc privés, *de facto*, de leur droit.

Lorsque la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée, l'objectif était clair : permettre aux justiciables d'avoir la possibilité de contester une disposition législative (devenue désuète la plupart du temps) dans le cadre d'un litige.

La position du Conseil constitutionnel était connue comme n'exerçant aucun contrôle sur les conventions internationales depuis sa décision *IVG* de 1975. Pourtant, en 1993, sur la bande des 20 kilomètres, un contrôle avait été fait d'une disposition législative au regard d'une convention internationale non entrée en vigueur (Décision n° 93-323 du 5 août 1993, considérant 14). Plusieurs décisions ont pris en compte le droit communautaire, au point de faire un objectif de valeur constitutionnelle de transposer fidèlement une directive communautaire (Décision n° 2006- 543 du 30 novembre 2006).

Une modification de la Constitution a eu lieu et dans le cadre des articles qui concernent l'Union européenne (articles 88-1, 88-2 et 88-3), pour la première fois, un des traités a été nommé : le traité de Lisbonne. Lors de son entrée en vigueur, en toute logique juridique, il aurait dû faire partie des engagements constitutionnels, ou tout au moins faire partie du bloc de constitutionnalité.

La question qui se posait alors au Conseil constitutionnel était de savoir comment se saisir de cette nouvelle disposition - et de l'ensemble des conséquences juridiques que cela impliquait.

²⁵⁷ Avocat, Maître de conférences associé à l'Université de Lille 2 (CERAPS).

Deux situations étaient envisageables : soit le Conseil constitutionnel faisait entrer les dispositions du traité de Lisbonne dans le cadre de la Constitution et devait ériger la Cour de Justice de l'Union Européenne comme une Cour « constitutionnelle » française qui avait vocation à intervenir directement et uniquement sur les dispositions du traité de Lisbonne, soit d'ignorer purement et simplement l'existence de ces articles et leur nouvelle rédaction.

La procédure de la QPC a donné comme rôle aux juridictions suprêmes celui de filtre avant la transmission éventuelle au Conseil constitutionnel. Ainsi, si une QPC posait à la fois une question touchant à la Constitution et aux engagements européens, plusieurs possibilités se présentaient :

- soit la Cour de cassation transmettait la QPC au Conseil constitutionnel qui, en vertu de ses dispositions constitutionnelles, devait saisir la CJUE en tant que juridiction « constitutionnelle » européenne, vidant ainsi le problème juridique de sa dimension européenne pour pouvoir se concentrer uniquement sur la question de la Constitution : dans ce cas, les dispositions de la loi organique étaient respectées puisque la QPC était « prioritaire » sur la question préjudicielle
- soit la Cour de cassation transmettait la QPC au Conseil constitutionnel en posant en même temps une question préjudicielle, ce faisant la loi organique était partiellement respectée
- soit la Cour de cassation profitait du délai de trois mois avant de transmettre la QPC, afin de compléter le dossier du Conseil constitutionnel, afin que ce dernier puisse prendre une décision qui puisse prendre en compte l'interprétation européenne.

Dans tous les cas, la CJUE devait être saisie rapidement. Ainsi, lorsque le 25 mars 2010, un contrôle d'identité réalisé sur le fondement de la bande des 20 Kms était en question devant le Juge des Libertés et de la Détention (JLD) de Lille, il était possible par le biais de la QPC d'obtenir une question préjudicielle qui était inatteignable dans la mesure où les JLD et la Cour d'appel considéraient que si le législateur avait voulu respecter la convention de Schengen, il n'aurait pas prévu une telle disposition législative à la veille de l'entrée en vigueur de ladite convention. Ainsi, partant de l'hypothèse que le Traité de Lisbonne avait été intégré dans la Constitution depuis son entrée en vigueur (fait nouveau juridiquement), il était nécessaire de vérifier la constitutionnalité de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, alinéa 4 ou 8 selon les modes de détermination des alinéas. Le JLD de Lille a accueilli cette QPC qui a été transmise à la Cour de cassation.

Des différentes possibilités offertes procéduralement par la Cour de cassation, elle a choisi celle qui semblait la plus compatible avec une étude complète de la question juridique posée dans son ensemble en posant une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne. En effet, dans le cadre où une transmission directe aurait été réalisée au Conseil constitutionnel, compte tenu du caractère à la fois très politique de la question (respect ou non des accords européens) et du fait que cela pouvait amener le Conseil constitutionnel à se déjuger (décision antérieure considérant que cela ne portait pas atteinte à la convention de Schengen), on pouvait craindre que le Conseil constitutionnel réduise sa décision à un dispositif simple indiquant qu'il existait déjà une décision et que les modifications juridiques intervenues dans la Constitution ne constituaient pas un changement de circonstance juridique justifiant un réexamen de la disposition législative.

La Cour de Justice de l'Union Européenne était saisie d'une double question portant d'abord sur la procédure de QPC, puis sur la question de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. Pendant l'étude de ces questions par la Cour de Justice, le Conseil constitutionnel a rendu une décision en précisant, en pure opportunité et détaché du contexte de l'étude des dispositions

législatives qui lui étaient soumises, que si on venait à le saisir dans le cadre d'une QPC pour un problème de compatibilité avec le droit européen. L'arrêt de la Cour de Justice a été rendu le 22 juin 2010. Sur la première question, la Cour de Justice a clairement invalidé le caractère « prioritaire » de la QPC. Sur la seconde question, la Cour a considéré que le texte ne présentait pas les garanties suffisantes pour éviter un contrôle indirect des frontières intérieures.

La Cour de cassation n'a donc pas transmis la QPC au regard de la décision du Conseil constitutionnel.

*

Tout d'abord, il semble qu'il y ait lieu de réformer les textes de la loi organique afin de faire disparaître le caractère prioritaire de la QPC sur la question préjudicielle. En effet, concrètement, ce caractère ayant été invalidé par la Cour de Justice, il n'y a pas lieu de laisser subsister une disposition qui a pour effet de rendre confuse l'application du droit. Cela correspond tout à fait aux objectifs constitutionnels de clarté et d'intelligibilité du droit.

Par ailleurs, pour maîtriser au mieux l'articulation des délais entre les deux juridictions, il y aurait lieu d'instaurer le fait que le Conseil constitutionnel doive poser lui-même la question préjudicielle et qu'il saisisse, dans le cadre de la procédure « d'urgence » la Cour de Justice de cette question avec un délai déterminé pour répondre (trois mois semble suffisant). Comme l'a indiqué la Cour de Justice dans son arrêt du 22 juin 2010, dans le cadre de la bonne coopération entre les juridictions des Etats-membres et la Cour de Justice, elle s'astreindra à respecter les délais des juges nationaux.

Dans l'affaire *Melki*, le délai de traitement des deux questions préjudicielles a été inférieur à deux mois, ce qui reste un délai raisonnable pour des parties dans la cadre d'une instance en cours. Ainsi, dans le cas où une question de constitutionnalité soulèverait également une question de droit européen, on peut imaginer que le délai de traitement du filtre de la QPC puisse être allongé à 6 mois pour le Conseil constitutionnel afin de laisser un délai de trois mois à la Cour de Justice pour répondre à la question dans le cadre de la procédure d'urgence.

Ainsi, cela serait cohérent avec le fait que le Conseil constitutionnel reste un juge constitutionnel, prenne malgré tout en compte la réponse de la Cour de Justice et évite les incompatibilités entre les décisions. Une hypothèse « limite » a été envisagée par les juges européens dans le cadre de l'audience qui était d'avoir à juger de la compatibilité d'une disposition législative au droit européen alors qu'une QPC serait en suspens : quid du cas où le Conseil constitutionnel annulerait la disposition avant que la Cour de Justice ait eu le temps de rendre son arrêt ?

Par ailleurs, cela serait conforme à notre hiérarchie des normes en replaçant la Constitution au sommet de notre hiérarchie alors qu'aujourd'hui la Constitution et les Traités européens sont en concurrence pour la première place, tout dépendant de la vision constitutionnaliste ou européenne adoptée. Cette incertitude est préjudiciable au justiciable, ainsi qu'au système juridique lui-même qui se trouve confronté à des contradictions dans ses fondements mêmes.

§ 3 : Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives

Emmanuel CARTIER²⁵⁸

A) Les stratégies défensives

1) *Le Secrétariat général du Gouvernement, défenseur attitré de la loi*²⁵⁹

Tocqueville parlait à propos du contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis d'un « *procès fait à la loi* ». Dans un procès ordinaire, comme celui à l'occasion duquel peut être soulevée une QPC, on distingue le demandeur, à l'initiative de l'instance, des défendeurs qui doivent répondre de l'action menée par le demandeur. Or, dans le procès constitutionnel et en particulier dans le procès incident initié par le recours à une QPC, la défense de la loi est assurée par des acteurs qui, d'une part n'ont pas nécessairement qualité de partie au procès principal et, d'autre part n'ont pas qualité de défendeur. C'est le cas d'un des acteurs centraux du procès constitutionnel : le secrétariat général du gouvernement (SGG).

Ce dernier intervient en effet normalement à partir de la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel et devient dès lors l'avocat de la loi et le défenseur des intérêts de l'Etat durant la phase d'instruction comme durant l'audience où, au même titre que les auteurs de la QPC et les tiers admis à intervenir, mais en dernier, il prononce, une plaidoirie qui ne fait l'objet ni d'observations en réplique ni de questions de la part des membres du Conseil. Son intervention orale via son directeur ou le plus souvent via un chargé de mission, se limite d'ailleurs bien souvent à la lecture de notes rédigées au préalable, sans doute pour ne pas prendre le risque de s'écarter de la stratégie prédéfinie par les services administratifs centraux et validée par le SGG. Comme l'*Avvocato dello Stato* devant la Cour constitutionnelle italienne, le secrétariat général du gouvernement, en réalité représenté par son directeur (Thierry-Xavier Girardot, Conseiller d'Etat), voire par un chargé de mission affecté au traitement des QPC (Xavier Pottier le plus souvent, Conseiller de CAA), est placé sous l'autorité du Premier ministre. A ce titre, il représente le Gouvernement et l'Etat dans sa dimension exécutive et administrative, ce qui semble logique dans la mesure où la fonction administrative consiste à appliquer la loi. La défendre apparaît par conséquent comme un prolongement de cette fonction administrative.

Cette mission s'ajoute aux nombreuses autres fonctions juridiques qu'il assure quotidiennement, notamment dans le suivi du parcours des projets d'actes réglementaires et législatifs. La dimension contentieuse de cette mission n'est d'ailleurs pas nouvelle. En effet, le SGG l'exerce depuis longtemps dans le cadre des recours intentés en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat contre les décrets. Par ailleurs et surtout, il s'emploie déjà à défendre la loi dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi, échangeant à ce titre des mémoires avec les auteurs de la saisine sur un mode contradictoire et participant à des réunions

²⁵⁸ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

²⁵⁹ Cette contribution s'appuie en grande partie sur les échanges que nous avons eu la chance d'avoir avec le directeur du SGG, Monsieur Thierry-Xavier GIRARDOT et son chargé de mission, Monsieur Xavier POTTIER, notamment l'entretien qu'ils nous ont accordé à Paris le 18 mai 2011 ainsi que la journée de « *rencontre-débat avec les acteurs centraux de la QPC* » organisée à Lille le 26 mars 2012. Qu'ils en soient ici vivement remerciés.

organisées par le Conseiller constitutionnel rapporteur aux fins d'éclairer le Conseil sur la portée du texte et de répondre de certains griefs²⁶⁰.

a) Une incidence limitée de la QPC sur ses fonctions et sa structure

Comme nous avons pu le constater au cours des différentes occasions de rencontre avec le directeur du SGG et son chargé de mission, le contentieux de la QPC est venu s'ajouter aux missions existantes sans que son office en soit transformé sur le plan qualitatif comme quantitatif. La réforme de la QPC a par ailleurs été faite à moyens et à structure quasi constants pour le SGG, comme d'ailleurs pour l'ensemble des acteurs centraux institutionnels de cette nouvelle procédure. Ainsi, en interne, l'accroissement de la charge de travail dû à ce nouveau contentieux a été absorbé uniquement par l'embauche, le 1^{er} septembre 2010, d'un chargé de mission affecté spécifiquement aux QPC (Xavier POTTIER, Conseiller à la CAA de Bordeaux, placé en détachement). Malgré leur nombre et la diversité de leur objet, le traitement des QPC au sein du SGG n'a pas donné lieu à la recherche d'une mixité de recrutement. A l'inverse, le service juridique du Conseil constitutionnel comprend systématiquement un magistrat administratif, un magistrat judiciaire et un administrateur de l'Assemblée nationale ou du Sénat. La QPC a cependant eu comme effet d'accroître ses relations avec les directions juridiques des ministères concernés, notamment avec certains ministères de premier rang exposés tout particulièrement aux QPC en raison de la prévalence de certains contentieux : fiscal et financier, pénal ou relatif à la fonction publique par exemple. Ainsi, les directions des affaires juridiques des ministères financiers, des Affaires criminelles [Justice], de la Direction Générale des Collectivités Locales [Intérieur], entretiennent-elles des rapports plus fréquents avec le SGG depuis l'introduction de la QPC.

b) Des modalités d'intervention asymétriques en amont du renvoi au Conseil constitutionnel

Bien que n'intervenant pas directement en amont du renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, le SGG exerce une mission de surveillance sur les QPC « montantes ». Il ne s'agit pas que d'une mission de veille contentieuse mais aussi d'une véritable préparation de la décision en amont, en coordination avec les ministères concernés, informés avant le SGG de la « montée » d'une QPC²⁶¹. Cette mission d'anticipation et de suivi n'est pas nouvelle puisqu'elle existait aussi dans le cadre du contrôle *a priori* où les délais de réactivité sont encore plus courts. Dans le cadre de la QPC, c'est le nombre de saisines qui rend cette mission nécessaire mais pas toujours évidente à mener. En outre, les modalités d'information du SGG par les juridictions suprêmes diffèrent selon l'ordre juridictionnel concerné. Ainsi, devant le Conseil d'Etat, le système du recours en premier et dernier ressort contre les décrets a été transposé à la QPC. Le SGG et les ministères concernés sont systématiquement informés du dossier et des suites qui lui sont données. Devant la Cour de cassation, il en va différemment dans la mesure où le parquet général comme le siège n'estiment pas devoir le tenir informé. Il ne l'est donc qu'en cas de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, ce qui limite sa capacité d'anticipation et de préparation de l'argumentaire qui sera développé devant le Conseil constitutionnel.

²⁶⁰ Pratique qui dès lors ne respecte pas le contradictoire puisque les auteurs de la saisine ne participent pas à ces réunions et ne sont pas même invités à présenter leurs observations devant le Conseiller rapporteur, sauf exceptions.

²⁶¹ *Supra*, B.

Cette organisation asymétrique des rapports du SGG avec les deux ordres juridictionnels ne lui permet pas de mettre en place une véritable stratégie préventive pour les QPC issues de l'ordre judiciaire. Ce défaut d'information qui se traduit par une absence de communication avec l'ordre judiciaire nuit par ailleurs à la convergence de la pratique du filtrage entre les deux juridictions suprêmes. On peut supposer que certaines divergences dans l'interprétation des conditions de recevabilité et de renvoi des QPC auraient ainsi pu être évitées dans les premiers temps de fonctionnement de la procédure de filtrage. On pense par exemple au refus de la Cour de cassation de transmettre une QPC pour défaut d'objet en raison de l'abrogation de la disposition législative en cause en cours d'instance. La Cour avait considéré que l'action ayant été conçue en vue de l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle, la disparition de cette dernière la rendait irrecevable²⁶². Le CE a adopté une position contraire²⁶³, confirmée par le Conseil constitutionnel, conformément à l'effet utile de la QPC qui, devant pouvoir bénéficier au justiciable dans le procès principal, doit pouvoir porter sur une disposition législative qui lui est opposable dans le litige auquel il est partie, qu'elle ait été abrogée par la suite ou non²⁶⁴.

c) Une fonction d'avocat de la loi lors du renvoi au Conseil constitutionnel

Une fois la question transmise au Conseil constitutionnel, le SGG en est immédiatement informé par le greffe du Conseil, conformément à l'article 23-8 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui prévoit l'information immédiate des quatre plus hautes autorités de l'Etat²⁶⁵.

Si le SGG n'est pas mentionné en tant que tel par les textes relatifs à la procédure devant le Conseil constitutionnel, il est destinataire de l'information en tant que « bras armé » du Premier ministre. L'article 23-8 prévoit dans son alinéa 2 que celui-là peut, au même titre que les autres autorités de l'Etat avisées, « adresser au Conseil constitutionnel [ses] observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise »²⁶⁶. On notera que la présentation d'observations par ces autorités est une simple faculté²⁶⁷. Les autres dispositions de la loi organique se contentent de préciser que « Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. » (article 23-10 LO). L'article 1^{er} du règlement intérieur du Conseil (RI) prévoit qu'après que le secrétaire général du Conseil constitutionnel a avisé les parties et les quatre autorités de l'Etat de la date butoir avant

²⁶² Cass., plén., 15 juin 2010, pourvoi n°09-17.283 : « Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, entrée en vigueur le 6 août 2008 ».

²⁶³ CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. n° 306664.

²⁶⁴ Cons. Const., 23 juillet 2010, 2010-16 QPC, *M. Philippe E.* [Organismes de gestion agréés], §2 : « comme l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 susvisée [Décision 605-DC du 12 mai 2010 Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne], le constituant, en adoptant l'article 61-1 de la Constitution, a reconnu à tout justiciable le droit de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit ; que la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés ; qu'elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant ; que, par suite, elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence de caractère sérieux de cette dernière ». Pour un exemple postérieur d'application par le Conseil d'Etat v. CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 13 juillet 2011, req. n°349660.

²⁶⁵ Article 23-8 : (al.1) « Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. »

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ On ne dénombre que deux cas où des observations écrites ont été transmises au Conseil constitutionnel par les autres autorités. Il s'agissait des présidents des deux assemblées.

laquelle elles sont autorisées à présenter des observations écrites et, le cas échéant, à produire des pièces à leur soutien, « Une copie de ces premières observations et, le cas échéant, des pièces produites à leur soutien, est notifiée aux parties et autorités précitées qui peuvent, dans les mêmes conditions, présenter des observations avant la date qui leur est fixée. Ces secondes observations ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières. Une copie en est également notifiée aux parties et autorités précitées. »²⁶⁸. Le SGG n'est donc pas envisagé comme une « partie » au procès constitutionnel mais comme une des autorités de la République invitée à se joindre au débat sans que cette invitation là non plus ne prenne la forme d'une obligation. On notera qu'à ce titre le SGG ne pourrait pas demander le huis clos des débats, l'article 8 du RI ne prévoyant cette faculté que pour les « parties » ou d'office, à l'initiative du Président du Conseil, ce qui *de facto* permettrait cependant de relayer une demande officieuse du SGG pour certaines affaires sensibles. Le caractère abstrait du contrôle opéré par le Conseil et sa déconnexion par principe des éléments factuels du procès principal permettent néanmoins de douter de l'intérêt d'une telle mesure pour le gouvernement, même dans certaines affaires *a priori* sensibles comme la question du secret défense soulevée à l'occasion de l'affaire Karachi²⁶⁹.

Si les dispositions du RI régissant l'audience ne mentionnent pas directement la présence et, *a fortiori* l'intervention du SGG, l'article 10 dans son alinéa 2 fait référence aux « représentants des parties et des personnes dont les observations ont été admises (sous condition d'avoir la qualité d'avocat) » mais aussi aux « agents désignés par les autorités visées à l'article 1^{er} ». L'intervention du SGG devant le Conseil constitutionnel se rattache donc logiquement à cette dernière disposition. On notera que d'autres agents, désignés par les autres autorités de l'Etat visée par le RI pourraient se joindre à l'intervention du SGG ou au contraire, pourquoi pas, se joindre à celle du représentant de l'auteur de la QPC²⁷⁰.

Comme dans le cadre de la procédure de contrôle *a priori* le SGG est le seul à ce jour à exercer la mission de défense de la loi, bien que les textes ne précisent pas que son intervention doive aller dans ce sens, ce qui lui confère par conséquent, selon les circonstances, une certaine marge de manœuvre dans l'intensité avec laquelle il défendra la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée. En effet, à la différence du contrôle *a priori* où la loi dont est saisi le Conseil est dans la majorité des cas et pour

²⁶⁸ Article 1^{er} du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité :

« (al.1) La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui saisit le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel. Ce dernier en avise les parties à l'instance ou, le cas échéant, leurs représentants.

(al.2) Le Président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat en sont également avisés ainsi que, s'il y a lieu, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

(al.3) Cet avis mentionne la date avant laquelle les parties ou les autorités précitées peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci. Ces observations et pièces sont adressées au secrétariat général du Conseil constitutionnel dans les conditions fixées à l'article 3. Les observations et pièces adressées postérieurement à cette date, laquelle ne peut être reportée, ne sont pas versées à la procédure.

(al.4) Une copie de ces premières observations et, le cas échéant, des pièces produites à leur soutien, est notifiée aux parties et autorités précitées qui peuvent, dans les mêmes conditions, présenter des observations avant la date qui leur est fixée. Ces secondes observations ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières. Une copie en est également notifiée aux parties et autorités précitées. »

²⁶⁹ Cons. Const., 10 novembre 2011, 2011-192 QPC, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres* [Secret défense]. Les familles des victimes des attentats de Karachi invoquaient contre le régime du secret défense institué dans différents codes (Code pénal, Code de procédure pénale, Code de la défense) les principes du droit à un procès équitable et de la séparation des pouvoirs ainsi que l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infractions. L'union syndicale des magistrats a par ailleurs vu sa demande d'intervention rejetée faute de justifier selon le Conseil, d'un « intérêt spécial », conformément à l'article 6 du RI du Conseil.

²⁷⁰ Une période de cohabitation comme celle qu'a connu le dernier gouvernement Fillon avec un Sénat à gauche aurait pu susciter de telles interventions.

l'essentiel de ses dispositions une loi qu'a portée le Gouvernement, voire une loi dont il a eu l'initiative, dans le cas de la QPC, la temporalité politique n'est plus la même, la loi contestée pouvant avoir été adoptée il y a très longtemps ou avoir été initiée par un Gouvernement d'un bord politique différent de celui actuellement au pouvoir. Ces éléments font que la mission de défense de la loi du SGG devant le Conseil n'aura pas la même nature ni la même portée. Cette déconnexion du temps politique que permet la QPC est par ailleurs favorable non seulement à un renforcement de la juridicisation des arguments avancés devant le Conseil mais aussi à une plus grande sérénité des débats et par là dans l'exercice de l'office du Conseil, qui peut être dégagé des pressions politiques liées au contexte d'adoption de la loi, à l'exception de lois très récentes. La saisine, les débats comme la sanction sont donc en principe dépolitisés, ce qui laisse finalement une certaine latitude au défenseur de la loi dont il ne dispose pas dans le temps *étroit* (1 mois) du contrôle *a priori*²⁷¹.

Ainsi, si la QPC a pu enrichir sur le plan juridique les missions du SGG, celui-ci peut se trouver parfois confronté à la difficulté de défendre avec la même conviction toutes les dispositions législatives faisant l'objet d'une QPC. Dès lors, plus qu'un défenseur de la loi, son office consiste, plus généralement, à défendre l'intérêt de l'Etat. Plusieurs stratégies s'offrent à lui dans cette optique. Elles transparaissent dans la présentation de ses notes lors de l'audience et du choix qu'il fait d'insister sur tel ou tel point de son argumentation. La première est la stratégie du « *moins mal* »²⁷² où, conscient des vices d'inconstitutionnalité de la disposition législative attaquée, parfois d'ailleurs déjà abrogée ou en voie de l'être, il va chercher à orienter la solution vers la formulation d'une réserve d'interprétation ou, dans l'impossibilité d'une telle solution, demander *a minima* que le Conseil module dans le temps les effets de son abrogation sans remise en cause des effets passés. La seconde, bien plus rare et plus difficile à déterminer au seul visionnage des audiences sur le site du Conseil²⁷³, est la stratégie du « repli stratégique ». Elle consiste à abandonner une partie du terrain sans pour autant refuser toute défense de la loi. Ainsi, on peut imaginer le peu de conviction qu'il y avait pour le SGG à défendre certaines dispositions archaïques du *Code des douanes*, notamment dans l'affaire des retenues douanières²⁷⁴, ou bien la composition de certaines juridictions spéciales telles les Tribunaux maritimes²⁷⁵. Cette conviction est d'autant moins grande lorsque le Gouvernement a projeté d'abroger les dispositions législatives en cause, voire les a déjà abrogées puisque ce n'est pas une cause d'irrecevabilité de la QPC dans la mesure où l'effet utile de celle-ci est préservé dans le procès à l'occasion duquel elle a été soulevée²⁷⁶. Il en est ainsi par exemple de la décision 24 QPC du 6 août 2010 où était contestée, au nom de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques, la constitutionnalité de l'alinéa 3 de l'article L. 131-6 du *Code de la sécurité sociale* dans la mesure où il réservait l'extension de l'assiette des cotisations sociales aux dividendes versés dans les sociétés d'exercice libéral. Dans cette affaire, le SGG suggéra au Conseil

²⁷¹ Cela n'empêche pas la QPC de s'inscrire parfois dans le cadre de véritables débats de société comme la question de la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes, celle du mariage entre personnes de même sexe ou celle de l'adoption par les mêmes personnes. Elle fait alors office de *forum* pour reprendre une expression de Guy Canivet lors d'un entretien avec notre équipe. On notera alors la dimension démocratique que cette procédure acquiert alors au sens d'une démocratie directe puisque la saisine du Conseil constitutionnel n'est plus l'arme de l'opposition mais celle des citoyens-justiciables, sur ce point v. ROUSSEAU, D., « De la démocratie continue », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*. Paris : LGDJ, 1995, p. 5-25.

²⁷² Expression de Thierry-Xavier GIRARDOT.

²⁷³ Dans la mesure où le représentant du SGG s'en remet souvent à ses conclusions écrites. Pour exemple, Cons. Const., 6 août 2010, 2010-24 QPC, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres* [Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral] ; Cons. Const., 18 octobre 2010, 2010-57 QPC, *Société SITA FD et autres* [Taxe générale sur les activités polluantes].

²⁷⁴ Cons. Const., 22 septembre 2010, 2010-32 QPC, *M. Samir M. et autres* [Retenue douanière].

²⁷⁵ Cons. Const., 2 juillet 2010, 2010-10 QPC, *Consorts C. et autres* [Tribunaux Maritimes Commerciaux].

²⁷⁶ Cons. Const., 23 juillet 2010, 2010-16 QPC, *M. Philippe E.* [Organismes de gestion agréés].

constitutionnel une réserve d'interprétation selon la logique de l'inconstitutionnalité « *en tant que* » ou « *en tant que ne pas* » (invalidation partielle de l'acte à condition qu'il soit divisible) finalement non retenue par le Conseil qui rendit une décision de conformité²⁷⁷. La même stratégie fut adoptée à propos de la décision 57 QPC du 18 octobre 2010 (Taxe générale sur les activités polluantes) où était notamment en cause une rupture d'égalité devant les charges publiques instituée par le Code des douanes entre les exploitants de décharges de déchets inertes et de déchets ménagers. Or, en l'espèce, le législateur avait abrogé les dispositions législatives en cause par la loi de finances rectificative pour 2003 en y substituant une franchise de 20 % sur le stockage des déchets inertes par rapport au régime applicable aux exploitants de déchets ménagers. Le Conseil a suivi le SGG dans son argumentation en validant la disposition législative en cause par la formulation, dans son considérant 5 d'une réserve d'interprétation d'ailleurs assez peu opérationnelle : « *les dispositions du 1 du paragraphe I de l'article 266 sexies et du 1 de l'article 266 septies du code des douanes dans leur rédaction résultant de la loi du 29 décembre 1999 susvisée ne sauraient, sans méconnaître le principe d'égalité devant les charges publiques, être interprétées comme s'appliquant à l'ensemble des quantités de déchets inertes visés par ces dispositions* »²⁷⁸. C'est la même stratégie de défense qui fut mise en œuvre dans la décision 128 QPC du 6 mai 2011, à propos de la composition des conseils d'administration de l'Agence France Presse (AFP). Cette décision de censure des modalités de désignation des représentants du personnel au conseil d'administration de l'AFP au nom du principe d'égalité, n'a pas fait l'objet de la part du SGG d'une défense très motivée. Celui-ci, en plus d'avoir renvoyé pour l'essentiel à ses conclusions écrites, a tout simplement plaidé en faveur d'une abrogation différée sans remise en cause des effets passés des dispositions législatives en cause, insistant sur les « *conséquences excessives* » que comporterait une telle remise en cause, qu'il s'agisse de l'élection des représentants du personnel, de l'existence de l'organe lui-même ou de l'invalidation de ses décisions. Le Conseil a adopté une position de juste milieu en déclarant d'application immédiate l'abrogation de la disposition législative en cause tout en validant les actes antérieurement adoptés par le Conseil d'administration de l'AFP « *qui auraient acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision* »²⁷⁹.

Ces stratégies de défense de la loi devant le Conseil constitutionnel ne sont pas élaborées en vase clos. Comme nous avons pu le constater lors de nos entretiens avec ces acteurs, elles résultent d'une collaboration efficace entre les directions juridiques des administrations centrales et le SGG qui a l'avantage d'avoir une certaine hauteur de vue sur le contentieux et ses enjeux et de pouvoir trancher les différends qui peuvent survenir du fait de la concurrence potentielle entre plusieurs directions sur certains dossiers.

d) L'élaboration commune d'une stratégie de défense de la loi

L'essentiel du travail du SGG dans la gestion des QPC est en définitive de tenter une sorte de « *reconstruction a posteriori de la constitutionnalité du texte législatif en cause* »²⁸⁰. Dans ce travail juridique très technique, qui implique parfois de faire de l'archéologie législative, la marge de manœuvre stratégique de l'avocat de la loi est faible. La stratégie de défense du SGG est en effet enserrée dans un fonds d'argumentation déjà développé dans les mémoires

²⁷⁷ Cons. Const., 06 août 2010, 2010-24 QPC, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres* [Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral].

²⁷⁸ Cons. Const., 18 octobre 2010, 2010-57 QPC, *Société SITA FD et autres* [Taxe générale sur les activités polluantes].

²⁷⁹ Cons. Const., 06 mai 2011, 2011-128 QPC, *Syndicat SUD AFP* [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse].

²⁸⁰ Expression de Thierry-Xavier GIRARDOT.

précédents, dans les conclusions de l'avocat général ou du rapporteur public, à l'occasion du filtrage exercé par les deux juridictions suprêmes. Il s'agit donc d'une stratégie restreinte et marginale, élaborée en principe entre les directions juridiques des ministères concernés et le SGG. Sur ce point, le Premier ministre, au nom duquel agit le SGG devant le Conseil, n'intervient que rarement²⁸¹, essentiellement pour les questions sensibles où peuvent parfois être invoquées par exemple deux interprétations constitutionnelles de la loi par le ministère concerné et par le SGG, interprétations qui peuvent d'ailleurs ne pas correspondre à celle du législateur, voire à celle donnée de manière constante par les juridictions suprêmes. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'appuie comme il l'a précisé sur le droit vivant, c'est-à-dire sur la loi telle qu'interprétée par une jurisprudence constante des juridictions suprêmes²⁸², il peut y avoir une concurrence des interprétations devant le Conseil mais celui-ci ne fera porter son contrôle que sur l'interprétation jurisprudentielle, à condition qu'elle émane bien des juridictions suprêmes²⁸³. Dans le dossier qui aboutit à la décision 20-21 QPC du 6 août 2010 sur l'exercice du droit de veto des présidents d'Université sur les procédures de recrutement, les dispositions législatives en cause faisaient ainsi l'objet d'interprétations divergentes entre le SGG et le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, auxquelles s'ajoutait l'interprétation issue des travaux préparatoires de la loi. Les dispositions en causes, issues du *Code de l'éducation nationale*, nécessitaient pour être sauvées de la sanction du Conseil une interprétation conforme. Le SGG suggéra de retenir celle issue des travaux préparatoires de la loi, à savoir l'absence de possibilité pour le Président dans l'exercice de son veto de fonder son appréciation « *sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection* »²⁸⁴. C'est celle que retient le Conseil constitutionnel en la cristallisant dans une réserve.

On notera par ailleurs le rôle important du SGG face à des QPC dites « *orphelines* »²⁸⁵, ne se rattachant *a priori* à aucun ministère ou tout du moins pas à titre exclusif. Le choix de rattachement ministériel du traitement de la QPC peut être stratégique et relève par conséquent souvent du SGG. En témoignent la QPC relative à la zone des 50 pas kilométriques, attribuée finalement au ministère de l'environnement²⁸⁶, ou celle relative à la validation de la concession du Stade de France, attribuée finalement à la DAJ²⁸⁷.

²⁸¹ Information issue de notre entretien.

²⁸² Cons. Const., 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié]. (considérant 2) « *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* ». L'objet du contrôle est ensuite précisé dans le considérant 8, le Conseil faisant référence à « *la disposition contestée, dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation* ».

²⁸³ Ce qui n'est pas toujours le cas dans certains contentieux administratifs spéciaux comme par exemple pour le contentieux du droit d'asile soumis à la Cour nationale du droit d'asile dont la jurisprudence sur l'effet non suspensif des recours contre les décisions de l'OFPRA, pourtant constante, a été considérée par le Conseil constitutionnel comme ne répondant pas au critère de la « *jurisprudence constante* » faute d'avoir été soumise au Conseil d'Etat, v. Cons. Const., 8 avril 2011, 2011-120 QPC, *M. Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile], v. sur ce point, DEUMIER P., « *La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes* », *RTD civ.*, 2011, p. 495.

²⁸⁴ Cons. Const., 6 août 2010, 2010-20/21 QPC, *M. Jean C. et autres* [Loi Université], § 16. Voir le second point développé par le représentant du SGG devant le Conseil où il commence par « *La loi doit être lue (...)* », plus loin « *Cette lecture de la loi est celle qui est conforme aux travaux parlementaires (...)* conforme à la volonté du législateur (...) *C'est d'ailleurs la lecture de la loi qui est faite par l'ensemble des conseils d'administration des Universités* » et termine par « *Si c'était nécessaire, vous pourriez adopter sur ce point une réserve d'interprétation* ».

²⁸⁵ Expression de Mme Catherine BERGEAL.

²⁸⁶ Cons. Const., 4 février 2011, 2011-96 QPC *M. Jean-Louis*, [Guadeloupe et Martinique]. Ce contentieux aurait pu relever de la DAJ via France domaine en raison de la nature domaniale du contentieux mais a finalement été attribué au ministère de l'environnement.

²⁸⁷ Cons. Const., 11 février 2011, 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.* [Concession du Stade de France]. Dans cette affaire qui remontait à 1993, trois ministères étaient potentiellement concernés : l'économie ; l'équipement ; la jeunesse et le sport. Si la DAJ s'est finalement vu attribué le contentieux, le SGG a retiré une partie de ses observations du mémoire en défense dans

Pour l'essentiel des dossiers, le SGG n'accorde pas une place importante à l'audience et à la plaidoirie, sans doute habitué au caractère écrit de la procédure administrative en raison de la formation de ses agents et estimant certainement que le caractère objectif et abstrait du contentieux de la QPC ne se prête pas à de longues digressions orales. Il se contente ainsi au moment de son intervention devant le Conseil, du minimum, renvoyant le plus souvent à ses observations écrites. C'est là sans doute que les choses pourraient évoluer. En effet, l'habitude du contentieux de la légalité devant le Conseil d'Etat a fait perdre de vue au SGG les vertus de l'oralité dans le procès. L'oralité se rattache en effet aux droits de la défense et participe, dans la vision classique du procès, à la détermination dialectique de la vérité devant le juge. Elle justifie par ailleurs la publicité des débats lors de l'audience. Si devant le Conseil constitutionnel le contentieux est objectif et abstrait l'oralité permet de donner à chacun des membres du Conseil en même temps, une vision contradictoire et dynamique du litige et de ses enjeux. Le Conseil constitutionnel lui-même a insisté sur ce point en inscrivant dans son règlement intérieur que « *Seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l'audience peuvent participer à la délibération* »²⁸⁸. La présentation du litige à l'audience sous la forme d'un dialogue contradictoire n'est donc pas un faux semblant même si elle reste perfectible du point de vue de la dynamique du dialogue. Elle conditionne en effet l'éclairage de ceux qui seront amenés à trancher la QPC. Il serait souhaitable que le SGG investisse pleinement le champ de l'oralité en développant ses interventions orales et qu'il accepte la dialectique processuelle à laquelle contribue de manière substantielle l'oralité. Le visionnage de certaines audiences plus récentes suggère qu'une évolution se fait jour.

e) La gestion des effets dans le temps de la décision de QPC : pendant la QPC et en aval.

Comme nous l'ont démontré les entretiens avec les acteurs de la QPC, le SGG, lorsqu'il pense qu'un risque de censure de la loi existe et qu'il pourrait y avoir des conséquences difficiles à gérer, a tendance à développer dans son mémoire une argumentation invitant le Conseil à moduler les effets dans le temps de la décision QPC. Il semble néanmoins constant, lorsqu'il invite le Conseil à prononcer une abrogation différée, qu'il ne propose pas la durée du délai accordé au législateur pour reprendre le texte censuré. Ce délai est donc laissé *a priori* à l'entière discrétion du Conseil. Ainsi, la complexité du dispositif de modulation dans le temps des effets de la décision 1 QPC du 28 mai 2010²⁸⁹ est-elle le fruit d'une demande du SGG, comme celle de la décision 128 QPC du 6 mai 2011²⁹⁰. Ce type de demande émanant du SGG correspond le plus souvent à deux hypothèses. La première, la plus fréquente résulte d'un risque de désordre normatif ou de vide juridique comportant des « conséquences excessives » et compromettant la réalisation de certains objectifs à valeur constitutionnelle tels la sauvegarde de l'ordre public, la lutte contre la fraude fiscale ou la recherche des auteurs d'infractions²⁹¹. On notera que le secrétaire général du Conseil constitutionnel estime que l'administration devrait informer le Conseil constitutionnel lorsqu'un délai est nécessaire à la mise en place d'une nouvelle législation, ce qu'elle ne fait pas toujours dans la mesure où

lesquelles elle plaiderait une abrogation avec effet différé. Le SGG a considéré que cette prise de position affaiblissait l'argumentaire développé. Le Conseil constitutionnel finalement a prononcé une abrogation à effet immédiat sans validation des effets passés.

²⁸⁸ Article 11 alinéa 1^{er} du RI du Conseil, op. cit.

²⁸⁹ Cons. Const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions].

²⁹⁰ Cons. Const., 6 mai 2011, 2011-128 QPC, *Syndicat SUD AFP* [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse].

²⁹¹ Pour exemple, Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue]; Cons. Const., 22 septembre 2010, 2010-32 QPC - *M. Samir M. et autres* [Retenue douanière]; Cons. Const., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement].

plaider un tel délai peut parfois affaiblir la défense de la loi²⁹². Là encore le SGG est partagé entre son rôle de défenseur de la loi et de gardien des intérêts de l'Etat.

Néanmoins la question des effets dans le temps de la décision QPC n'est pas systématiquement traitée par le SGG et plus généralement dans les mémoires des parties. Elle conditionne pourtant le caractère effectif du recours en privant parfois le requérant des effets de la décision lorsque le Conseil décide de les moduler en refusant toute application à l'instance principale et aux instances en cours²⁹³. Cette caractéristique rend à notre avis la procédure devant le Conseil non conforme à l'article 6 §1^{er} de la CEDH.

Si le SGG peut influencer pendant l'instance devant le Conseil le choix d'une modulation dans le temps des effets de la décision par les arguments qu'il déploie dans ses mémoires, voire même à l'oral²⁹⁴, il intervient aussi en aval de la décision dans la détermination des conséquences juridiques que doit en tirer l'administration. Ces conséquences peuvent être très importantes lorsque le Conseil décide de donner plein effet à sa déclaration d'inconstitutionnalité qui s'apparente alors à une véritable annulation contentieuse, conformément à l'article 62 al. 2 dont le deuxième membre de phrase dispose que « *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.* ». Le Conseil a d'ailleurs précisé dans sa décision 108 QPC du 25 mars 2011 qu'en l'absence de précision de sa part le principe était l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité dans l'instance principale et dans les instances en cours dans un considérant de principe repris depuis dans ses décisions comme dans celles du juge ordinaire :

*« si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration. »*²⁹⁵.

Les effets, parfois imprévisibles, d'une décision QPC peuvent nécessiter une réaction immédiate de la part de l'administration, qu'il s'agisse d'ailleurs de déclarations d'inconstitutionnalité ou de déclaration de constitutionnalité sous réserve, lorsque ladite réserve prévoit par exemple l'intervention d'une autorité, telle l'autorité judiciaire, dans une procédure qui ne l'avait pas prévu expressément. En témoigne par exemple la décision *Hospitalisation sans consentement* du 26 novembre 2010 où le Conseil constitutionnel, dans une réserve d'interprétation, d'application immédiate (à la différence des effets de

²⁹² Dans l'affaire de la concession du Stade de France, la DAJ à laquelle l'affaire a été confiée par le SGG, avait formulé dans ses observations des arguments plaidant en faveur d'une abrogation avec effets différés. Le SGG décida de les retirer du mémoire définitif transmis au Conseil, considérant que cette prise de position affaiblissait l'argumentaire développé, Cons. Const., 11 février 2011, 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.* [Concession du Stade de France].

²⁹³ Pour exemple, combinant effet différé de l'abrogation et refus de l'effet *ex tunc* dans l'instance principale et dans les instances en cours, Cons. Const., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement]: « *que les mesures d'hospitalisation prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».

²⁹⁴ Pour exemple Cons. Const., 06 mai 2011, 2011-128 QPC, *Syndicat SUD AFP* [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse].

²⁹⁵ Le Conseil restreint par ailleurs en l'espèce la portée du principe qu'il énonce dans le même temps, en précisant qu' « *il y a lieu, en l'espèce, de prévoir que les décisions rendues antérieurement par ces commissions ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision* ».

l'abrogation qu'il prescrit pour le reste), prescrit sur la demande de sortie immédiate l'intervention « *dans les plus brefs délais* » du juge judiciaire²⁹⁶.

*

Sans être une « partie » à l'instance et sans que son rôle soit clairement défini par les textes, le SGG est placé au cœur du procès constitutionnel. Il semble cependant ne pas avoir encore complètement trouvé sa place dans le prétoire, partagé entre l'intérêt de l'Etat, en tant que représentant du Premier ministre, chef du Gouvernement et de l'administration, qui peut être tenté de ne pas laisser subsister une disposition législative inconstitutionnelle, parfois d'ailleurs désuète, et l'intérêt de la loi qui fait de lui son avocat. Par ailleurs il ne s'est pas encore complètement approprié l'exercice dialectique de l'oralité qu'implique l'audience devant le Conseil, renvoyant encore trop souvent à ses observations écrites et refusant finalement d'entrer dans l'arène du procès dans une logique dialogique de confrontation aux parties et aux juges. Le Conseil constitutionnel lui-même n'a d'ailleurs pas encore pleinement exploité le temps de l'audience, ne posant par exemple jamais de questions aux parties. Il se livre dès lors à un exercice assez statique que la présence des avocats, la retransmission vidéo et la mise à disposition d'une véritable salle d'audience ne suffisent pas à dynamiser.

2) Les administrations centrales, défenseurs par nature de la loi : l'exemple de la DAJ des ministères financiers²⁹⁷

Comme les autres directions juridiques ministérielles, on peut lire sur le site de la direction des affaires juridiques de Bercy qu'elle « *exerce une fonction de conseil, d'expertise et d'assistance auprès des directions des ministères financiers ou des autres administrations de l'Etat et de ses établissements publics. Elle coordonne, à la demande de ses ministres de tutelle, l'élaboration de textes législatifs et réglementaires relevant de leurs compétences. Elle assiste, le cas échéant, les directions dans l'élaboration de ces textes. Elle analyse et élabore la réglementation relative à la commande publique. Le Directeur des affaires juridiques est, en outre, agent judiciaire du Trésor. Il exerce, à ce titre, la représentation de l'Etat devant les juridictions de l'ordre judiciaire.* »²⁹⁸. Outre sa fonction de prévention des risques juridiques auxquels il faut désormais intégrer le risque d'inconstitutionnalité des projets de lois préparés par l'administration, son rôle dans le cadre de la QPC est double. D'une part elle intervient, en coordination avec le SGG, dans le traitement quotidien des QPC concernant son administration qui arrivent devant le Conseil d'Etat qui l'en informe et devant le Conseil constitutionnel pour les QPC qui lui sont renvoyées par les deux juridictions suprêmes. D'autre part, en tant qu'agent judiciaire du Trésor, elle intervient en tant que représentant de l'Etat, sous l'autorité du Premier ministre, comme partie (demanderesse ou défenderesse) dans les litiges relevant de l'ordre judiciaire en dehors des questions relatives aux impôts et aux domaines. Elle cumule par conséquent des fonctions à la fois tactiques et stratégiques dans le domaine du contentieux. Au titre d'agent judiciaire du Trésor elle traite plus de 5000

²⁹⁶ Cons. Const., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement] § 39 : « *Considérant toutefois que, s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée* ».

²⁹⁷ Cette contribution s'appuie en grande partie sur les échanges que nous avons eu la chance d'avoir avec la directrice de la DAJ, Madame Catherine BERGEAL et la responsable de la cellule « Coordination relations extérieures, études et légistique » Madame Annick BIOLLEY-COORNAERT, notamment l'entretien qu'elles nous ont accordé à Paris le 4 juillet 2011 ainsi que la journée de « *rencontre-débat avec les acteurs centraux de la QPC* » organisée à Lille le 26 mars 2012. Qu'elles en soient vivement remerciées.

²⁹⁸ <http://www.economie.gouv.fr/daj/>

affaires par an pour environ 200 QPC, ce qui, tout en accroissant un peu sa charge de travail en matière contentieuse (de 4 %) ne la bouleverse pas.

Le rôle de la DAJ est essentiel dans le traitement des QPC compte tenu du fait que nombre d'entre elles ont été posées dans le domaine de la législation fiscale. Il n'y a aucune raison pour que cette prédominance cesse en raison de l'extrême dynamique de la législation fiscale, renforcée par la période de crise économique que traverse la France depuis 2008 (on observe chaque année une modification d'environ 50 % de la réglementation fiscale). Par ailleurs 30 % de la production normative française est issue des ministères financiers. L'extrême variabilité des dispositifs fiscaux oblige souvent la DAJ à faire de l'archéologie législative en remontant parfois très loin sans pour autant disposer du temps et des moyens nécessaires pour un tel travail. Les QPC que la DAJ a eu à traiter dans la période précédant notre entretien concernaient respectivement les directions et services centraux des ministères financiers suivantes : la DGFIP²⁹⁹, la DGCCRF³⁰⁰, la DGDDI³⁰¹, le Service des retraites de l'Etat, l'Autorité des marchés financiers, la DG du Commerce et de l'Industrie, le secrétariat général des deux ministères (Economie et Budget), la DGAFP³⁰², France domaine, la DG de l'Énergie et des Climats, la Direction du Budget, la Direction de la Sécurité Sociale, la DG du Trésor. Finalement le nombre de QPC traitées directement par la DAJ au titre de ses deux fonctions (Direction juridique et agence judiciaire du Trésor) est assez faible. L'essentiel de sa mission en matière de QPC repose donc sur une collaboration avec ces différents services et directions, en coordination avec le SGG.

a) Une incidence limitée de la QPC sur les fonctions et la structure de la DAJ

1- Une organisation centralisée ambitieuse témoignant d'une véritable politique de gestion des QPC.

La direction de la DAJ a organisé, avec le soutien du SGG, le traitement des QPC selon un système rationalisé avec « un point d'entrée et un point de sortie uniques »³⁰³. Ainsi, toutes les QPC qui sont transmises au Conseil d'Etat ou soulevées directement devant lui sont transmises à la DAJ.

Avant leur transmission aux juridictions suprêmes, c'est chaque direction métier qui en assure le suivi en informant cependant la DAJ. Toutes les QPC sont en effet signalées dès l'origine à la DAJ lorsqu'elles sont considérées comme importantes. La DAJ exerce par conséquent une veille contentieuse et d'anticipation. Afin d'assurer un traitement cohérent des QPC, la DAJ a élaboré des mémoires en défense types que doivent suivre les autres directions des ministères économiques et financiers destinataires de QPC avant la phase de transmission au Conseil constitutionnel. Ces mémoire-types sont présentés dans un *Guide de préparation des mémoires en défense sur une QPC* diffusé par la DAJ le 8 juin 2011³⁰⁴ qui s'appuie sur les textes encadrant la procédure ainsi que sur la jurisprudence du Conseil en la matière. L'esprit de ce guide est de rendre le traitement des QPC le plus efficace possible. Les QPC lui sont adressées exclusivement par voie électronique dans une boîte unique. Elle joue par

²⁹⁹ Direction Générale des Finances Publiques.

³⁰⁰ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

³⁰¹ Direction générale des Douanes et des Droits Indirects.

³⁰² Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique.

³⁰³ Entretien avec Mme Catherine BERGEAL.

³⁰⁴ Annexe.

conséquent le rôle de « *tour de contrôle* »³⁰⁵ via la cellule « coordination, relations extérieures, études et légistique ».

Par ailleurs, elle veille à coordonner son action avec le SGG qui reçoit concomitamment les QPC. Chacun s'arrange pour se donner le temps d'examiner chaque QPC en prenant en compte le délai global laissé par les juridictions ordinaires puis, le cas échéant par le Conseil constitutionnel. La DAJ valide les mémoires en défense et tient un tableau des QPC en temps réel sur lequel un point est fait tous les lundis en comité de direction.

2- Une valorisation subséquente de la fonction juridique au sein de l'appareil administratif ministériel

Il ressort de nos entretiens que la gestion des QPC au sein des directions financières a été réalisée à moyens constants sur la base d'une « organisation performante ». Cette performance est due essentiellement au savoir faire de la cellule « coordination, relations extérieures, études et légistique » qui assurait déjà avec succès la mission de suivi de l'application des lois et qui a pu appliquer ses méthodes de veille et de suivi aux QPC. Si tous les bureaux de la DAJ participent au traitement des QPC, c'est le bureau 3A « Droit public général et constitutionnel » qui est au cœur du dispositif. Un délai interne de 15 jours lui est donné pour répondre.

Le travail de la DAJ lié au traitement des QPC dépend des directions qui la saisissent. Certaines (les plus nombreuses mais qui ont très peu de QPC)³⁰⁶, demandent à la DAJ d'élaborer l'intégralité de leur mémoire en défense. Les autres, comme la DGFIP, souhaitent garder le contrôle sur le contenu du mémoire. Or la QPC induit un contentieux spécifique distinct du contentieux de la légalité devant le Conseil d'Etat. Les mémoires en défense doivent en effet être concis et légers et évacuer les questions factuelles renvoyant au litige au fond, à la différence des mémoires en défense dans le cadre du contrôle de légalité. Parfois la DAJ n'a pas hésité à reprendre la main, non sans heurts, tranchés en cabinet, voire si nécessaire par le SGG³⁰⁷. Néanmoins les mémoires en défense sont systématiquement retournés aux directions concernées pour validation. Ce fonctionnement nécessite par conséquent de la transparence, du doigté et une certaine dose de diplomatie. Le *Guide de préparation des mémoires en défense sur une QPC*³⁰⁸ distingue le traitement des QPC en fonction du niveau juridictionnel au cours duquel elles sont soulevées, le document insiste sur le caractère nécessairement succinct de certains éléments composant le mémoire en défense tels : le rappel des faits et de la procédure ; l'absence de doute sur telle ou telle condition de recevabilité ; les moyens subsidiaires par rapport aux moyens principaux. Ce guide souligne par ailleurs que l'ensemble de ses observations sont régies par la brièveté des délais impartis au SGG et par conséquent aux administrations concernées pour répondre. Enfin, sur la forme, le document de la DAJ insiste sur le fait que le mémoire doit être « *synthétique et formulé avec des phrases courtes et simples* ».

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Voir le graphisme du dossier en annexe.

³⁰⁷ Dans l'affaire Cons. Const., 14 octobre 2010, 2010-53 QPC, *Sté plombinoise de Casino* [Prélèvements sur le produit des jeux], le désaccord a été *a priori* tranché en Cabinet entre la DAJ et la DGFIP, au profit de la première.

³⁰⁸ *Op. cit.*

3- Une relation privilégiée avec le SGG qui conserve in fine la maîtrise de la stratégie

Il faut distinguer la phase de filtrage devant le Conseil d'Etat et la phase débutant avec le renvoi au Conseil constitutionnel. Devant le Conseil d'Etat, la DAJ fournit l'essentiel des observations que le SGG se contente de viser. Devant le Conseil constitutionnel, le SGG valide la très grande majorité des observations de la DAJ³⁰⁹. Pour celles restantes, le SGG bénéficie d'une vision transversale que n'a pas la DAJ. Il est dès lors plus à même d'opérer des choix stratégiques comme faire passer une affaire en priorité devant le Conseil constitutionnel plutôt qu'une autre ou envisager les incidences d'une affaire sur les autres ministères ou d'une affaire déterminée sur d'autres en cours de traitement. Il dispose par conséquent d'une marge de manœuvre pour choisir les affaires auxquelles donner priorité, comme pour l'affaire *Kimberly Clark*³¹⁰. Pour les affaires relevant de la Cour de cassation, il est plus difficile à la DAJ de réagir et de déployer une véritable stratégie de gestion des QPC car d'une part, comme pour le SGG, la Cour de cassation ne tient pas informés les ministères pouvant être concernés par la disposition législative en cause, d'autre part, aucune personne publique n'est partie à l'instance, à l'exception des contentieux faisant intervenir les douanes ou la DAJ en tant qu'Agent judiciaire du Trésor.

b) Une participation active à la fonction de défense de la loi

A la différence du contrôle de constitutionnalité *a priori*, l'administration n'est pas en contact direct avec les membres du Conseil constitutionnel mais se contente de participer à l'échange de mémoires avec les auteurs de la QPC. En effet, contrairement au contrôle *a priori*, dans le contentieux de la QPC porté devant le Conseil constitutionnel, il n'y a pas pour l'administration centrale de possibilité d'entretien, d'explication voire de négociation de visu avec le conseiller rapporteur du Conseil. Cette situation change radicalement la stratégie de défense de la loi et la manière dont les arguments sont choisis et présentés et le moment de leur invocation.

La fonction consistant à traiter les dossiers QPC, bien que très proche du contentieux de la légalité dont la DAJ avait l'habitude, a semble-t-il contribué à enrichir sa mission. Elle lui a par ailleurs permis d'affirmer davantage sa position dans l'organigramme des ministères financiers, se rendant dès lors incontournable dans la mise en œuvre de la stratégie de défense de la loi par l'administration. Cette fonction de défense de la loi se rattache pour la DAJ à la fonction normale de l'administration d'Etat qui consiste à exécuter la loi et à veiller à son application correcte par l'ensemble des rouages administratifs. Dès lors, lorsqu'elle se positionne sur le sens de telle ou telle disposition législative, la DAJ se sent tenue par une « obligation de bonne foi » à l'égard du Parlement. Elle ne cherche donc pas à défendre une interprétation distincte de la volonté explicite du législateur et elle ne fait pas de différence – en dépit de la différence de qualité rédactionnelle qui peut les caractériser – entre les amendements initiés et votés par le Parlement, parfois contre la volonté du Gouvernement, et les dispositions soit issues du projet de loi soit d'amendements du Gouvernement. Cette obligation de bonne foi place la DAJ en tant qu'agent judiciaire du Trésor et donc partie à certaines instances judiciaires, dans une position délicate dans la mesure où en théorie elle pourrait à ce titre soulever elle-même une QPC. Elle pourrait par exemple prôner telle interprétation législative en faveur de l'administration contre l'interprétation qu'en feraient les tribunaux en défaveur de l'administration, en s'appuyant sur la conformité à la Constitution

³⁰⁹ Mme Bergeal soulignait que 95 % des observations de la DAJ étaient validées par le SGG.

³¹⁰ Le SGG a fait le choix de faire passer cette affaire en priorité par rapport à une autre, Const. Const., 18 juin 2010, 2010-5 QPC, *Kimberly Clark* [Incompétence négative en matière fiscale].

de l'interprétation défendue à l'instance. Il lui serait *a priori* difficile de s'engager dans une telle voie qui contreviendrait à sa fonction principale d'exécution de la loi.

c) L'anticipation délicate des incidences financières et juridiques des décisions QPC

Contrairement à ce qui pourrait être pensé, il est assez rare que l'administration et en particulier la DAJ analyse par anticipation l'impact financier et juridique des décisions QPC d'invalidation. La raison principale est le manque de temps compte tenu des délais impartis aux parties et au SGG pour constituer le dossier, envoyer les mémoires ainsi que les observations. L'autre raison, plus spécifique à la DAJ, est l'extrême variabilité des dispositifs fiscaux d'une année sur l'autre. Très souvent le dispositif fiscal contesté à l'occasion d'une QPC, soit n'existe plus, soit a déjà été modifié substantiellement entre temps, soit est en cours de modification. On sait que ce n'est pas une cause d'irrecevabilité de la QPC en raison de son effet utile dans le procès principal. Dès lors, lorsqu'une étude d'impact est menée, c'est à la demande expresse du SGG et aux fins d'être produite devant le juge. Ce fut le cas par exemple des affaires liées aux prélèvements sur le produit des jeux de casino³¹¹, pour le taux de TVA sur la margarine³¹². On notera l'importance qu'ont eu ces études dans d'autres domaines tels le régime de droit commun de la garde à vue³¹³ ou la remise en question du dispositif de la loi dite « anti-Perruche »³¹⁴.

Ont dès lors été traitées sans étude d'impact préalable certaines QPC pour lesquelles l'impact prévisible était considérable, comme par exemple celle relative aux noms de domaine sur Internet. Le Conseil constitutionnel, malgré le peu de moyens d'investigation dont il dispose, en a néanmoins tenu compte dans l'appréciation de la portée de sa décision en censurant la disposition législative en cause tout en différant les effets de l'abrogation et en limitant considérablement la possibilité de remise en cause des actes administratifs pris sur son fondement³¹⁵. Cette anticipation passe parfois, comme nous l'a affirmé la DAJ, par un travail de rédaction préventive d'un nouveau texte lorsque l'inconstitutionnalité du texte en cause est manifeste et qu'il est quasiment certain que le Conseil décidera de son abrogation. Cela a été fait pour le secret-défense, l'hospitalisation psychiatrique et les noms de domaine sur internet.

*

Ainsi l'administration défend-elle la loi au titre de l'exercice de sa fonction administrative qui, étant un démembrement de la fonction législative, la place dans une position de subordination relative qui réduit dès lors sa marge de manœuvre stratégique. Pour exercer cette mission, elle s'appuie sur des techniques de défense qui pour la plupart ne sont pas spécifiques à la QPC mais se retrouvent dans le contentieux du contrôle *a priori* de la loi, tels les réserves d'interprétation ou les objectifs de valeur constitutionnelle. D'autres de ces

³¹¹ Cons. Const., 14 octobre 2010, 2010-53 QPC, *Sté plombinoise de Casino* [Prélèvements sur le produit des jeux].

³¹² Cons. Const., 29 avril 2011, 2011-121 QPC, *Société UNILEVER FRANCE* [Taux de TVA sur la margarine].

³¹³ Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

³¹⁴ Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC, *Mme Viviane L.* [Loi dite « anti-Perruche »].

³¹⁵ Cons. Const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, *M. Mathieu P.* [Noms de domaine Internet], §7 : « l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1er juillet 2011 la date de son abrogation pour permettre au législateur de remédier à l'incompétence négative constatée ; que les actes réglementaires pris sur son fondement ne sont privés de base légale qu'à compter de cette date ; que les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

techniques sont plus spécifiques telles le fait de plaider des effets différés dans le temps pour une déclaration d'inconstitutionnalité probable, voire, des effets limités à la fois sur l'instance principale et sur les instances en cours, insistant sur le caractère « manifestement excessif » des conséquences pour l'ordre public ou la poursuite d'autres objectifs de valeur constitutionnelle, voire pour les finances publiques.

A côté de ces stratégies défensives de la loi prennent place aujourd'hui, sous l'impact de la QPC, en dehors du procès mais par anticipation de futurs procès faits à la loi, des stratégies préventives. Ces stratégies ont comme acteurs l'administration mais aussi le Parlement, conscients du risque contentieux et des conséquences bien plus importantes qu'auparavant pour la stabilité de l'ordre juridique qu'emportent les sanctions dans le cadre de ce nouveau type de contrôle sur la loi.

B) Les stratégies préventives : l'incidence de la QPC sur la prévention du risque d'inconstitutionnalité par les pouvoirs publics

La dimension préventive des stratégies déployées par les pouvoirs publics après la mise en œuvre de la QPC est à la fois évidente et difficile à déterminer avec exactitude tant dans son ampleur que dans ses différentes manifestations au sein du processus quotidien d'élaboration des textes de lois. Nous nous contenterons donc ici de formuler des hypothèses à partir des éléments dont nous disposons qui tiennent plus de la logique que d'une véritable démarche empirique.

Contrairement au contrôle *a priori*, la QPC repose sur la possibilité d'une remise en cause permanente des textes législatifs votés quelle que soit leur ancienneté. Elle représente donc un risque certain pour la sécurité juridique. Ce risque n'est pas de même nature que celui qui existait déjà dans le cadre du contrôle de conventionnalité dans la mesure où il ne s'agit pas d'une exception et que les effets du contrôle sont *erga omnes*. Ils consistent en la disparition pure et simple de la norme de l'ordonnement juridique par son abrogation. La possibilité d'une remise en cause *ex tunc* des effets que la norme a produits renforce considérablement l'insécurité attachée à cette procédure et induit de nombreuses complications juridiques tant pour le juge, confronté à la disposition législative ou aux actes pris pour son application ou sur son fondement, que pour l'administration, obligée de tirer les conséquences de la décision en retirant certains de ses actes lorsqu'elle le peut encore ou en les abrogeant dans le cas contraire. Quant au Parlement, lorsqu'il dispose d'un délai pour revoir le dispositif de la disposition législative sanctionnée, la brièveté de la plupart des délais fixés par le Conseil constitutionnel l'oblige à adopter dans l'urgence un texte qui parfois aurait sans doute nécessité plus de débat ou de réflexion en amont. En effet, au cours des deux premières années d'entrée en vigueur de la QPC, les délais fixés par le Conseil, lorsqu'il décide de recourir à une abrogation avec effet différé, varient de 6 mois (1 QPC) à 17 mois (147 QPC) dont 9 décisions au delà de 12 mois (83, 135/140, 147, 182, 183/184, 190, 203, 205 et 208 QPC), avec une moyenne de 10,4 mois. Cette moyenne avantageuse est néanmoins faussée par la prise en compte, à partir de juin 2011, des échéances électorales nationales de 2012 qui ont bouleversé le calendrier législatif. En effet, entre juin 2011 et mars 2012 la moyenne passe de 9,12 à 12,6 mois. On notera que le délai moyen est bien en deçà de ce que pratique par exemple la Cour constitutionnelle allemande (21 mois avec un délai maximum de 61 mois), et au-delà de ce que pratique son homologue belge (9 mois avec un délai maximum de 17

mois)³¹⁶. En comparant avec la moyenne calculée uniquement sur la période précédant juin 2011, la Cour constitutionnelle belge et le Conseil constitutionnel obtiennent la même moyenne : environ 9 mois. Il est dès lors impossible avec de tels délais de recourir à un processus de concertation prévoyant par exemple l'organisation d'un véritable débat de société dont pourraient ressortir des propositions concrètes ensuite relayées par le Gouvernement avant d'être discutées et votées par le Parlement. En dehors de textes très techniques, ces délais semblent impropres à satisfaire à la fois la sécurité juridique (le risque de vide juridique) et les exigences du débat démocratique. Ils ne permettent pas non plus toujours d'intégrer l'adoption des décrets d'application qui là encore doivent pouvoir être réfléchis et peuvent nécessiter la mise en œuvre d'opérations matérielles complexes préalables. De tels décrets peuvent par ailleurs conditionner l'entrée en vigueur de la loi et par conséquent son opposabilité³¹⁷.

La QPC comporte par conséquent un effet dissuasif évident pour le Gouvernement comme pour le Parlement³¹⁸. Les pouvoirs publics auraient pu dès lors développer une stratégie d'évitement qui aurait consisté à saisir systématiquement le Conseil constitutionnel des lois adoptées par le Parlement de manière à se prémunir contre d'éventuelles QPC en s'appuyant sur la technique des « saisines blanches ». Cette forme de saisine, qui consiste à n'invoquer aucun moyen d'inconstitutionnalité en particulier et à ne viser aucune disposition particulière de la loi dans la lettre de saisine, amène le Conseil à se prononcer sur l'intégralité du texte sur la base du bloc de constitutionnalité dans son ensemble. Une QPC portant sur une disposition de la loi en cause, quelle qu'elle soit, devrait dès lors être déclarée irrecevable par le juge *a quo*, sauf changement de circonstances. La saisine du Conseil constitutionnel en octobre 2009 par les Présidents des deux assemblées sur la loi relative à la dissimulation du visage dans les lieux publics aurait pu constituer un précédent qui aurait remis considérablement réduit l'efficacité du contrôle *a posteriori* de la loi en voie d'introduction. Il n'en a cependant rien été, cette saisine demeurant une exception dans l'histoire du Conseil constitutionnel.

La QPC apparaît désormais plus comme une exigence que comme un risque contentieux, contre laquelle les pouvoirs publics doivent aujourd'hui se prémunir lors de l'élaboration des textes législatifs. Cette exigence semble plus à même d'être intégrée par les parlementaires que d'autres exigences normatives en particulier externes. En effet, à la différence du droit conventionnel de la CEDH et du droit de l'UE, l'exigence constitutionnelle se rattache à la culture constitutionnelle minimale que chaque parlementaire est censé avoir ne serait-ce que dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité *a priori* avait préparé le terrain et que les parlementaires sont les acteurs principaux de ce contrôle. Une telle exigence ne peut toutefois pas aboutir à un contrôle systématique du fond des textes votés en raison du manque de temps, de la longueur des textes législatifs et de l'importance des amendements déposés pendant et hors délai. Par conséquent, seules les inconstitutionnalités grossières, manifestes, peuvent être repérées et le cas échéant éliminées dès le stade de la rédaction par les directions techniques en charge de la rédaction, par les directions juridiques, ou par le Conseil d'Etat. La

³¹⁶ Pour une analyse comparée des délais laissés au législateur dans l'exercice de ces mêmes pouvoirs de modulation par les Cours constitutionnelles belge et allemande jusqu'en 2006, v. Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel un législateur-cadre positif, Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant, 2006, pp. 370-375.

³¹⁷ En principe, comme l'a précisé le Conseil d'Etat, si la promulgation de la loi la rend exécutoire, c'est sa publication qui la rend opposable, CE Ass., 8 fév. 1974, *Cne de Montory*, Rec. p.93, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE. Néanmoins, l'entrée en vigueur de certaines lois est conditionnée par l'intervention de mesures réglementaires d'application, v. CE, 12 juin 2002, *Caisse de décès – Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine*, Rec. tables p.607. Cette règle a été consacrée par l'ordonnance n°2004-164 du 20 fév. 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs.

³¹⁸ Voir sur la question de l'impact de la QPC sur le Parlement, DRAGO, G., « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *RFDA* 2011, ; CARCASSONNE, G., « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 137.

possibilité pour le Parlement de saisir le Conseil d'Etat pour avis sur une proposition de loi à la demande du Président de la chambre concernée renforce la possibilité de prévention de la sanction pour inconstitutionnalité³¹⁹. Le rôle du Conseil d'Etat, comme des directions des affaires juridiques ministérielles ou interministérielles telles la DAJ, s'en trouvent par conséquent renforcés³²⁰.

*

L'introduction de la QPC dans le procès ordinaire invite ainsi le Parlement dans sa mission de vote de la loi, et l'administration dans sa mission de défense de la loi associée à sa mission constitutionnelle d'élaboration et d'exécution de la loi, à intégrer les droits fondamentaux constitutionnels comme une exigence continue et non plus comme un risque par nature hypothétique qu'il suffit d'écarter par le recours au consensus politique en s'appuyant sur la seule légitimité du Parlement. Cette exigence, intégrée au plus haut niveau de l'administration, est à même de modifier notre vision de l'Etat, initiant le passage d'un Etat administratif à un Etat constitutionnel en accomplissant sans doute la dernière étape du passage préconisé par Carré de Malberg, de l'Etat légal à l'Etat de droit³²¹.

Nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel de mars 2010 à février 2012

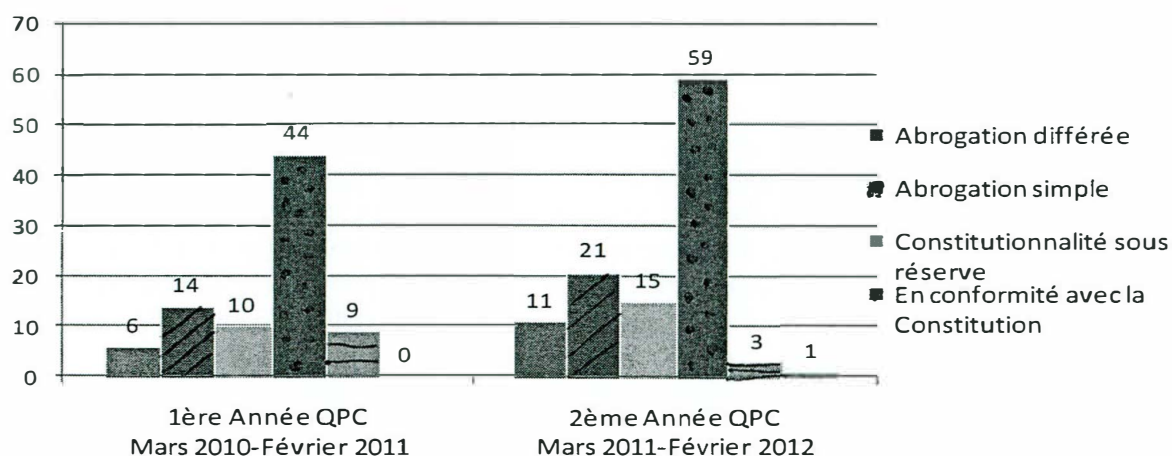
	1ère Année QPC Mars 2010-Février 2011	2ème Année QPC Mars 2011-Février 2012	TOTAL
Abrogation différée	6	11	17
Abrogation simple	14	21	35
Constitutionnalité sous réserve	10	15	25
En conformité avec la Constitution	44	59	103
Non lieu à statuer	9	3	12
Rejet	0	1	1
TOTAL	83	110	193

³¹⁹ La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ajouté un alinéa 5 à l'article 39 C qui dispose que « le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». La loi du 15 juin 2009 complète le Code de justice administrative ainsi que l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires en mettant en place le régime de cette consultation. La procédure n'a aujourd'hui été utilisée que quatre fois par le Parlement, v. ROBLLOT-TROIZIER, A., SORBARA J.-G., « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2009 p. 1994.

³²⁰ Sur l'évolution du rôle des directions juridiques ministérielles, v. *Quel avenir pour les Directions des Affaires Juridiques*, Actes du colloque du dixième anniversaire de la DAJ des ministères économiques et financiers, mercredi 11 février 2009, publication de la DAJ de Bercy, notamment les interventions de M. S. LASVIGNES (SGG), Mme C. BERGEAL (Directrice de la DAJ de Bercy) et M. T.-X. GIRARDOT (Directeur des affaires juridiques du Ministère de l'énergie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire,

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/090211actes_colloque.pdf

³²¹ CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., t. 1, Paris, Sirey, 1920, rééd. C.N.R.S., 1962, p. 229.



322

**

Tout en conservant *a priori* son caractère objectif, le contentieux constitutionnel s'inscrit désormais dans l'architecture du procès, avec ses justiciables, ses enjeux concrets (préjudices, incidence des délais de traitement de l'affaire, responsabilité, droit d'accès à la justice, droits de la défense, caractère public de l'audience). Il est propre à générer des répercussions conséquentes tant sur l'exercice de la fonction du juge dit ordinaire (filtrage et conséquences à tirer de la décision du Conseil constitutionnel sur le procès) que sur celle des avocats (avocats concernés, moyens, contradictoire, oralité) ainsi que sur les pouvoirs politiques nationaux, obligés, en aval, de tirer toutes les conséquences d'une loi abrogée par le Conseil, en dépit des réserves que celui-ci intègre dans certaines de ses décisions de manière à « sauver » la loi. On assiste aujourd'hui à l'émergence de stratégies préventives au moment de l'élaboration de la loi où la constitutionnalité est envisagée non plus comme un simple risque qu'une majorité pouvait prendre pour peu qu'il y ait consensus, mais comme une véritable exigence. Le procès dans lequel la QPC s'inscrit comporte des acteurs mais aussi des éléments structurels autour desquels les acteurs vont élaborer leurs tactiques et stratégies. En se présentant comme un procès incident, la QPC a introduit de nouvelles logiques dans le procès principal, directement issues des techniques de contrôle de constitutionnalité et concurrençant les techniques plus connues du juge ordinaire, issues du contrôle de conventionnalité.

³²² Graphismes tirés du mémoire de Valentine MARTINS, *QPC et Parlement : un législateur sous contraintes ?*, Mémoire de recherche en vue de l'optention du M2 Droit public général et contentieux publics, sous la direction de Mme Pauline Türk, sept. 2012, Annexes.

CHAPITRE 2 : une reconfiguration novatrice du procès autour du contrôle de constitutionnalité

Le procès est régi par des règles formelles permettant aux parties de faire valoir leurs droits selon un principe d'équilibre (le contradictoire) dans un cadre neutre (le prétoire), sous le regard d'une autorité dont l'indépendance et l'impartialité sont garanties par son statut (le juge). Le primat du justiciable a présidé l'introduction de la QPC dans le procès ordinaire tout en réservant à cette dernière un traitement distinct dans la mesure où la solution qui lui est donnée, une fois franchi le filtre, est confiée exclusivement au Conseil constitutionnel. Ce primat du justiciable ainsi que l'inscription structurelle et substantielle de cette procédure dans le procès ordinaire sont confirmés par le fait que la QPC a la nature d'un « moyen » au profit du justiciable. Ce moyen dispose cependant d'une priorité d'examen par rapport aux autres, laquelle s'impose au juge et l'oblige, sauf exceptions, à sursoir à statuer en attendant le résultat de son traitement qu'il devra ensuite réintégrer, avec force de chose jugée, dans la solution au litige.

Cette logique est rappelée par l'article 61-1 C. qui parle de « soutenir » l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. N'étant qu'un moyen la QPC ne peut être le seul objet du procès mais suppose d'être rattachée à un procès principal dont la solution pourra potentiellement tirer profit. Cette logique de procès incident implique pour que le juge s'intéresse à la recevabilité de la QPC que l'action au principal soit elle-même recevable. L'introduction du gène de la QPC dans le patrimoine génétique du procès a eu comme effet de modifier de manière substantielle et structurelle certaines de ses composantes. Le mécanisme incident de contrôle de constitutionnalité de la loi, son caractère hybride¹ et sa primauté relative, sont au cœur de cette reconfiguration du procès. L'analyse de ses effets sur les composantes du procès suppose, d'une part de s'intéresser aux spécificités attachées à ce nouveau procès constitutionnel (**Section 1**), d'autre part, de s'intéresser à l'efficacité comparée de ce dernier au regard des autres voies contentieuses de contestation de la validité d'une loi existantes, en particulier des contrôles de conventionnalité et d'eurocompatibilité qui bénéficient du privilège de l'antériorité et d'un succès certain (**Section 2**).

Emmanuel Cartier

¹ BARTHELEMY J., BORE, L., « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitution*, 2011, p. 553.

Section 1 : Quelles spécificités du procès constitutionnel ?

Bien que la doctrine ne s'accorde pas sur la pertinence de l'usage de ce terme à l'époque où n'existait qu'un contrôle *a priori*, le « procès constitutionnel » pouvait être défini, avant l'introduction de la QPC, comme l'instance ouverte devant le juge constitutionnel aux fins de contestation de la constitutionnalité d'une loi². L'introduction de la QPC a élargi la notion en créant un lien à la fois substantiel et structurel entre l'instance ordinaire et l'instance ouverte par le renvoi de la question au Conseil constitutionnel par une des juridictions suprêmes. Il y a donc deux instances à l'occasion desquelles se joue le procès constitutionnel et au sein desquelles est examinée la question. A l'occasion de ces instances au moins deux juges interviennent : le juge ordinaire dans l'exercice de sa fonction de filtrage en amont puis, en aval, dans l'exercice de son office ordinaire lorsqu'il doit tirer les conséquences concrètes de la décision QPC du Conseil sur le litige dont il a été saisi au principal ; le Conseil constitutionnel, une fois saisi d'une QPC par l'une des juridictions suprêmes. Il semble d'ailleurs que le procès constitutionnel aille au-delà de ces deux instances dans la mesure où certaines instances en cours peuvent avoir à tirer aussi les conséquences de la décision QPC lorsque celle-ci aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité et que la solution de ces instances dépend de l'application de la disposition législative en cours. Plusieurs spécificités structurelles du procès constitutionnel seront ici analysées afin d'apprécier leur spécificité et *in fine* leur incidence sur le procès ordinaire. Il s'agit d'une part de la motivation des décisions juridictionnelles relatives à la QPC (§1). Il s'agit d'autre part de la détermination des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès ordinaire (§2). Il s'agit enfin de l'articulation de la QPC avec les autres procédures et notamment les procédures d'urgence en contentieux administratif (§3).

² Sur la polémique relative à l'existence d'un « procès constitutionnel », voir JAN, P., *Le procès constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2001, notamment pp. 13-24.

§1 : La motivation des décisions juridictionnelles relatives à la QPC au prisme de l'efficience

Thomas DELANLSSAYS³

Des motivations au prisme de l'efficience juridictionnelle

L'étude de la motivation⁴ des actes juridictionnels⁵ rendus par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans le cadre de la procédure de la QPC⁶ constitue une démarche à la fois captivante et aventureuse : captivante en ce que la notion⁷ de motivation des décisions de justice intrigue tout autant que passionne la science du droit⁸ ; mais la démarche peut s'avérer aventureuse, voire risquée, puisque faire porter une étude sur ce thème, dans le cadre du mécanisme de la QPC, et *a fortiori* à propos de trois juridictions, peut empiéter sur d'autres objets de recherches, comme par exemple les conditions de filtrages, les moyens d'inconstitutionnalité invoqués et invocables ou encore les méthodes utilisées par les différentes juridictions dans le cadre du procès constitutionnel. Comment définir de manière opératoire l'objet même de cette étude ?

Prima facie, étudier la motivation des décisions de justice sans s'interroger sur une définition précise de celle-ci peut conduire à l'égarement du raisonnement voire à une impasse : il faut définir avant de décrire. Ainsi, se dégage traditionnellement des discours du droit et sur le

³ Doctorant allocataire à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).

⁴ La ou les motivation(s) ? La question de l'utilisation d'un déterminant (ici l'article) singulier ou pluriel s'est posée à propos de l'objet de cette étude. L'article défini *la* a été préféré à *les* puisque la recherche vise à observer d'une manière générale la structure de la motivation des actes juridictionnels, peu importe le nombre de juridictions qui les édictent. Employer le déterminant *les* laisserait à penser que l'étude aurait pour objectif d'analyser de façon isolée chaque motivation de chaque acte juridictionnel rendu par chacune des trois juridictions.

⁵ L'emploi de l'expression « acte(s) juridictionnel(s) » pour le titre de cette étude, c'est-à-dire du nom *actes* joint par l'adjectif qualificatif relationnel *juridictionnels* permet d'inclure les différentes dénominations attribuées aux actes rendus par les juridictions. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat rendent des *décisions* juridictionnelles. La Cour de cassation des *arrêts*. On parle aussi généralement de « décisions de justice ». Il n'est pas utile ici d'entrer dans le débat sur la détermination des conditions d'identification de l'acte juridictionnel, v. notamment sur cette problématique séculaire DUGUIT, (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDJ*, 1906, p. 413 et s.; LAMPUÉ, (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDJ*, 1946, p. 5 et s.; BLÉRY, (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2000, p. 15 et s. L'acte juridictionnel sera ici entendu comme l'acte rendu par une juridiction, étatique ou privée, au terme d'une certaine procédure encadrée, dans l'optique de trancher une contestation juridique apparue entre deux ou plusieurs entités juridiques. Le juge rend un acte juridictionnel dans le cadre de la procédure de QPC.

⁶ Les trois juridictions ont l'obligation de motiver leurs décisions. L'art. 23-7 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution prévoit à l'art. 23-7 que : « *La décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité* ». Il en est ainsi pour le Conseil constitutionnel. L'art. 23-11 dispose que : « *La décision du Conseil constitutionnel est motivée* ».

⁷ Les mots *concept* et *notion* traduisent le schème d'une représentation d'ordre général des caractéristiques d'un objet, en référence à la réalité. Doit-on utiliser le terme de concept ou de notion ? Bien que la terminologie ait hésité entre les termes de *notion* et de *concept*, une unification s'est opérée sur le terme de notion. L'office de la langue française du Québec la définit comme « *l'unité de pensée constituée d'un ensemble de caractères attribuées à un objet ou à une classe d'objets, qui peut s'exprimer par un terme ou par un symbole* », DUBOIS, (J.) ; GIACOMO, (M.) ; GUESPIN, (L.), *et alii*, *Grand dictionnaire : Linguistique & Science du langage*, Paris, Larousse, 2007, v. Notion. Quoiqu'il en soit, il s'agit de connaître un objet ainsi que ses caractères, et une certaine synonymie peut se concevoir entre ces mots.

⁸ La littérature est assurément trop abondante pour être citée de manière exhaustive. On renverra à certains travaux « majeurs ». V. par ex. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000 ; BERENGER, (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 ; CROZE, (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Paris, Defrénois, 2005, p. 181 ; GUILLERMET, (C.-J.), *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006 ; MUIR-WATT, (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS, (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 53 ; PUIGELIER, (C.), *De l'apport de la psychologie cognitive dans la motivation d'une décision de justice (en matière civile)*, thèse, Université Paris-Nord, 2000 ; RUIZ-FABRI, (H.) ; SOREL, (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, 2008.

droit cette idée communément acquise que la motivation est l'indication par le juge des motifs, raisons ou considérations de droit et de fait par le biais d'un raisonnement juridique dans l'optique de justifier sa décision, afin d'emporter la conviction de ses destinataires pour éviter tout risque d'arbitraire. Cette prompte synthèse des définitions usuellement utilisées par les acteurs du droit (doctrine et institutions juridiques) demeure imprécise. Il est nécessaire d'élaborer une *métadéfinition* efficiente de sorte à rendre compte effectivement du processus d'édiction de la norme juridictionnelle ayant autorité de chose jugée. Sur un plan *matériel*, il convient de considérer que lorsque le juge motive, il n'indique pas seulement ses raisons, il « *recherche la "meilleure" des solutions* »⁹ au terme d'un raisonnement constituant le cheminement de sa pensée afin d'aboutir à une conclusion, la décision. Décider, c'est effectuer un (ou des) choix entre plusieurs issues possibles de manière volontaire. C'est dans et par la motivation que ce (ou ces) choix se réalise(nt). Ainsi, l'opération intellectuelle que constitue la motivation est *essentiellement* un acte de volonté¹⁰. Le juge agit volontairement en fonction de certaines fins au terme, pourrait-on affirmer, d'un processus réflexif algorithmique. Par conséquent, la motivation peut être matériellement conçue comme une *technique*¹¹ de mise en œuvre et d'application du droit. Plus précisément, c'est une *technique juridique*¹² en ce que le juge emploie de façon volontaire différents outils/techniques juridiques¹³ dans son raisonnement pour élaborer sa décision. Sur un plan plus *fonctionnel*, en rapport ici avec le système juridique, la motivation vise à faire accepter et légitimer la décision auprès des acteurs du droit (requérants, tiers, autorités publiques, doctrine, etc.). Elle constitue aussi un mécanisme de contrôles juridiques du juge : contrôle par le système lui-même, puisque le juge doit respecter l'ordonnancement juridique ; contrôle par d'autres acteurs (ex. d'une autre juridiction supérieure, notamment de cassation). Par conséquent, la notion de motivation sera ici entendue comme une *technique juridique utilisée par le juge lors de son raisonnement afin d'aboutir à une décision et générant des effets au sein de l'ordre juridique*.

L'observation de la motivation se fait essentiellement au travers des actes juridictionnels¹⁴ où le juge établit un discours par l'utilisation d'un certain langage. Un système de

⁹ PFERSMANN, (O.), « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 17.

¹⁰ Le thème de la distinction entre *acte de connaissance* et *acte de volonté* pour décrire la nature de l'interprétation des énoncés (juridiques) fait figure de véritable serpent de mer au sein de la science du droit. Nous n'entrerons pas dans le débat, mais rappellerons une évidence. Selon une conception traditionnelle, elle est une fonction de connaissance, en ce que *grosso modo* l'interprète découvre le sens ou la signification préétabli d'un énoncé normatif. Elle est une fonction de volonté si l'énoncé possède plusieurs sens, et que l'interprète doit effectuer un choix entre ceux-ci (ALLAND, (D.) ; RIALS, (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v. Interprétation (TROPER, (M.)). Comme l'indique B. GENEVOIS, « *l'interprétation des textes est [...] à la fois un acte de connaissance et un acte de volonté. C'est un acte de connaissance dans la mesure où la démarche du juge obéit à des règles préexistantes. [...]. Mais l'expérience révèle que l'interprétation est aussi un acte de volonté. La pluralité des éléments pris en compte par l'interprète le conduit à opérer des choix ou des dosages. A cet égard, il dispose d'une marge d'appréciation plus ou moins grande* » (GENEVOIS, (B.), « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 885). On peut transposer ce raisonnement à propos de l'opération intellectuelle qu'est la motivation, puisqu'elle est une technique juridique, berceau de la volonté.

¹¹ La technique est « *la mise en œuvre de moyens au service d'une fin résultant d'une intention volontaire [...]. La technique renvoie à l'emploi d'outils, d'instruments* », PLESSIX, (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, p. 70.

¹² Selon F. GénY, la technique juridique englobe « *l'ensemble des moyens et procédés, de quelque nature qu'ils soient, matériels ou intellectuels, par lesquels se réalise le droit* », GÉNY, (F.), *Science et technique en droit privé positif*, T. IV, n° 272, cité in BERGEL, (J.-L.), « Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique », *RRJ*, 2005, p. 2655. Plus précisément, c'est « *l'ensemble des outils, aussi bien pratiques qu'intellectuels, aussi bien matériels que formels, concourant à l'élaboration d'une norme socialement obligatoire et sanctionnée.* », PLESSIX, (B.), *op. cit.*, p. 71.

¹³ « *La technique juridique est donc formée des techniques juridiques. C'est l'architecture du droit, c'est-à-dire de l'ensemble des procédés au service de la matière juridique. C'est par elle, à partir d'elle et grâce à elle que les normes juridiques sont élaborées et appliquées* », VAUTROT-SCHWARTZ, (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009, p. 35.

¹⁴ On peut aussi observer la motivation du juge par un message délivré oralement.

communication s'établit entre le juge et ses destinataires. Un message est transmis entre l'émetteur (le juge) et un ou plusieurs récepteur(s) (les acteurs du droit) au moyen d'un canal (la décision de justice) dans lequel un Code (le langage) est nécessaire à la transcription dudit message. C'est précisément sur le discours du juge¹⁵ que la doctrine a historiquement entrepris ses premières observations, puisque la motivation constitue, selon J.C FERRIÈRES, « l'âme du jugement »¹⁶, dénomination caractérisant son importance. L'apport principal des travaux rend compte des difficultés de compréhension des décisions de justice en France. Est-il besoin de rappeler l'anecdote rapportée par A. TUNC lorsqu'il interrogea un magistrat de la Cour de cassation sur le sens de l'un de ses arrêts et où celui-ci répondit en substance qu'il ne pouvait le comprendre puisqu'il n'avait pas assisté au délibéré¹⁷ ? Les Cours suprêmes¹⁸ françaises usent d'un style rédactionnel peu ou prou commun lors de la construction de leurs décisions. La phraséologie juridictionnelle se caractérise principalement par l'utilisation d'une phrase complexe unique comportant une proposition principale et une ou plusieurs proposition(s) subordonnée(s) introduite(s) par le subordonnant *que*, selon une forme syllogistique censée démontrer la véracité du raisonnement. L'analyse du discours juridictionnel fait ressortir des traits semblables dans la structure des décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : brièveté, concision voire ellipse dans la rédaction de la motivation¹⁹, bien que des différences soient manifestes entre les juridictions²⁰.

Nous pensons que la relation entre motivation et QPC peut s'observer à l'aune de la notion d'efficience. L'efficience est un concept traditionnellement utilisé en économie. Ce terme un peu vague renvoie à plusieurs acceptions possibles et notamment l'idée qu'une technique est efficiente « *si elle permet d'obtenir la plus grande quantité de produit pour des ressources données* ». D'un point de vue économique, on parle « *d'efficience lorsqu'on s'intéresse à l'affectation des ressources du point de vue du bien-être collectif* »²¹. L'idée générale qui ressort de la notion d'efficience est « *le meilleur usage des moyens* »²², « *l'utilisation optimale des facteurs de production* »²³ ou la capacité « *de produire un effet désiré* » par le

¹⁵ Le discours est « *le langage mis en action* », DUBOIS, (J.) ; GIACOMO, (M.) ; GUESPIN, (L.), *et alii*, *op. cit.*, Paris, Larousse, 2007, v. Discours.

¹⁶ « *Le motif étant l'âme du jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter les motifs c'est se servir d'un corps sans âme* », FERRIÈRES, (J.C de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1779, v. Jurisprudence des arrêts.

¹⁷ TOUFFAIT, (A.) ; TUNC, (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1974, p. 38. V. aussi pour les difficultés de compréhension des décisions du Conseil d'Etat : DUCAMIN, (B.), « Le style des décisions du Conseil d'Etat, les réactions d'un public cultivé », *EDCE*, 1984-1985, p. 129.

¹⁸ Même si à proprement parler, le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême. Néanmoins, pour des raisons méthodologiques, nous engloberons sous cette expression le Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'Etat.

¹⁹ V. par ex. pour le Conseil constitutionnel : MALHIÈRE, (F.), « Les présupposés théoriques de la brièveté des décisions du Conseil constitutionnel », VIIème Congrès français du droit constitutionnel, AFDC, 2008 ; pour la Cour de cassation : CROZE, (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Paris, Defresnois, 2005, p. 181 ; MUIR-WATT, (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS, (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 53 ; PERDRIAU, (A.), « Des « arrêts brévisssimes » de la Cour de cassation », *JCP G*, I, 1996, 3943 ; Pour le Conseil d'Etat : PONTTHOREAU, (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 748.

²⁰ Par ex., la motivation des décisions du Conseil d'Etat est, depuis plus d'une dizaine d'années et notamment dans les « *grands arrêts* », sur cette notion, (v. BRAIBANT, (G.), « Qu'est ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, p. 1428) plus développée qu'antérieurement. Il suffit de se référer à certaines décisions importantes en matière de service public (CE, Sect., 6 avr. 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*, en matière d'articulation entre le droit de l'UE et le droit interne, v. CE, Ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *Perreux* ou en encore en matière de financement des cultes par les collectivités territoriales, v. CE, Ass., 19 juil. 2011, n° 308544, *Commune de Trélazé*).

²¹ GUERRIEN, (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2002, v. Efficience.

²² SILEM, (A.) ; ALBERTINI, (J.-M.) (dir.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2006, v. Efficience du marché.

²³ BEZBAKH, (P.) ; HERARDI, (S.) (dir.), *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2000, v. Efficience.

biais d'instruments²⁴. Transposée à notre objet, on peut proposer cette assertion selon laquelle la QPC est pleinement efficiente *si elle aboutit à résoudre les incompatibilités normatives de façon parfaite et complète grâce à une procédure juridictionnelle efficace répondant aux besoins de cohérence et de sécurisation²⁵ de l'ordre juridique*. L'efficience se réalise par des *instruments*, et la motivation en fait partie, à l'instar de l'abrogation de la norme, de la portée dans l'espace et dans le temps de cette abrogation, de la procédure, des normes invocables, etc. Tous ces instruments sont interdépendants les uns des autres et concourent à rechercher la pleine efficience. En tant qu'instrument, il y a tout lieu de penser qu'une motivation de qualité participe aux besoins de cohérence et de sécurisation de l'ordre juridique de par sa portée, ainsi que d'acceptation sociale de la décision et de légitimation de la justice.

On voit donc à première vue que cette conception de la motivation comme technique juridique avec son rapport à l'efficience nous permettrait d'effectuer une analyse opératoire du mécanisme de la QPC. Cette initiative permet de poser une hypothèse : *la motivation actuelle des décisions de justice, bien qu'en partie améliorée, limite l'efficience de la QPC par les différences qualitatives existantes entre les juridictions et sa vétusté manifeste*.

Ainsi, notre étude tentera de vérifier cette hypothèse. Pour se faire, il faudra observer, dans un premier temps, que l'efficience de la QPC est *a priori* assurée par la motivation (A). Dans un second temps, on ne pourra qu'affirmer que la motivation est un frein à la pleine efficience de la QPC (B).

A) L'efficience de la QPC *a priori* assurée par la motivation

La motivation des décisions de justice actuelle peut être propice à l'efficience de la QPC. En effet, le style rédactionnel permet d'assurer une certaine rationalité (1), et l'effet *a priori* persuasif de l'outillage du juge laisse à penser que la QPC est efficiente (2).

1) Un style rédactionnel classique gage de rationalité

La structure de la motivation en matière de QPC se distingue-t-elle de celle des autres procédures ? L'observation entreprise conduit à répondre essentiellement par la négative. On retrouve au sein de la motivation la phraséologie traditionnelle comprenant la phrase unique énoncée au style indirect. Chaque début de proposition est précédé des expressions « *attendu que* » pour la Cour de cassation et « *considérant que* » pour le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Alors que la QPC est la formulation d'une question de droit par une juridiction à une juridiction supérieure, à l'instar de la procédure des avis contentieux devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, le style de la motivation reste le même, à la différence des avis contentieux qui sont des décisions juridictionnelles rendues au terme d'une question préjudicielle posée par une juridiction de fond. Ces avis sont rédigés en plusieurs phrases mêlant style direct et indirect²⁶. Bien que ces avis ne puissent annuler ou abroger une norme, ils se rapprochent, techniquement, des QPC. On aurait pu imaginer que le juge adopte un style semblable lorsqu'il répond à une question de droit posée. Mais le fait qu'une QPC puisse être

²⁴ Traduit de l'anglais: Efficient: « *competent to perform a task ; capable of bringing about a desired effect (used of agents or their actions or instruments)* », GARNER, (B.-A.), *A dictionary of modern legal usage*, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 1995, v. Efficient.

²⁵ On fait ici référence au principe de sécurité juridique.

²⁶ V. par ex. CE, avis, 13 oct. 2000, n° 223297.

directement posée en cassation²⁷ ou en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat fait certainement obstacle à cette possibilité.

La mise en œuvre de la motivation passe par le langage, plus précisément par la langue²⁸. Le langage judiciaire se caractérise par un vocabulaire, une grammaire ainsi qu'une syntaxe spécifiques²⁹. Les formulations et les styles traditionnels des trois juridictions se retrouvent dans la motivation des décisions QPC. Chaque Haute juridiction utilise son langage habituel pour motiver. Le langage est aussi une arme de combat permettant d'imposer sa pensée aux autres³⁰. Les juridictions usent du langage dans l'optique d'imposer leur vision aux acteurs du droit. En effet, l'emploi d'énoncés d'ordre général ainsi que d'un langage performatif, c'est-à-dire qui fait exister et rend vrai ce qu'il énonce, démontre l'autorité du juge. Par exemple, l'utilisation d'un énoncé performatif combiné à une proposition affirmative présente une *fonction conative*, c'est-à-dire une fonction impérative ou injonctive tendant à imposer au destinataire une certaine vision ou un comportement déterminé. Ainsi, lorsque la Cour de cassation estime que les « *questions posées ne présentent pas un caractère sérieux en ce que les termes "profits éventuellement réalisés", sont suffisamment précis au regard des exigences du principe de la légalité des délits et des peines, tel qu'énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »³¹, elle affirme que l'énoncé juridique est précis, ce qui le rend conforme à la norme supérieure. L'utilisation d'une proposition en forme d'affirmation avec le verbe *être* revient à considérer que l'énoncé normatif est vrai ou valide et s'impose aux acteurs du droit. Autre exemple, l'emploi de la formule verbale *devoir être* détermine le régime d'une catégorie juridique³².

Les énoncés de la motivation des QPC sont rigoureusement rédigés. S'il est vrai que le juge fait *toujours* apparaître un raisonnement³³ au sein de la motivation³⁴ de sa décision, il est faux d'affirmer que celle-ci soit *toujours* construite sur un modèle syllogistique, de même qu'est fautive l'affirmation selon laquelle le raisonnement du juge est basé exclusivement sur une logique formelle³⁵. La décision est essentiellement construite selon une forme syllogistique. Ce « *sylogisme de construction* »³⁶ correspond « *à la reconnaissance du caractère démonstratif et persuasif du raisonnement logique* »³⁷. La motivation des décisions QPC est souvent mais pas continuellement rédigée selon une forme syllogistique³⁸, ou

²⁷ Art. 23-5 ordonnance n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²⁸ La langue, selon la théorie saussurienne, est une composante du langage (langue et parole constituant le langage), DUBOIS, (J.) ; GIACOMO, (M.) ; GUESPIN, (L.), *et alii, op. cit.*, Paris, Larousse, 2007, v. Langue. Nous utiliserons ces deux termes selon une certaine synonymie. De même que le « discours », qui est, rappelons-le, le langage mis en action (cf. *supra*, intro).

²⁹ V. par ex. MIMIN, (P.), *Le style des jugements*, Paris, Librairies techniques, 1962 ; BERGEL, (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 253 et s.

³⁰ Selon C. BALLY (cité in ADAM, (J.-M.), *La linguistique textuelle*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 45).

³¹ Cass. ass. plén. 8 juil. 2010, n° 09-71252, 10-10965.

³² Cass. ass. plén. 8 juil. 2010, n° 10-10965.

³³ Le raisonnement est une « *opération discursive par laquelle on conclut qu'une ou plusieurs propositions (prémisses) impliquent la vérité, la probabilité, ou la fausseté d'une autre proposition* », LALANDE, (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, v. Raisonnement. Le raisonnement juridique peut-être considéré comme « *un processus intellectuel discursif conduisant, par une démonstration pertinente et convaincante, à établir et à justifier la solution cohérente et raisonnable d'un problème déterminé à partir de ses données de fait et de droit* », BERGEL, (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 300. En outre, le juge peut utiliser un raisonnement économique, v. par ex. SIBONY, (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

³⁴ Hormis les décisions non-motivées.

³⁵ V. par ex. HÉBRAUD, (P.), « *Rapport introductif* », in *La logique judiciaire*, 5^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Paris, PUF, 1969, p. 23 ; PERELMAN, (C.), *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1999, p. 177 ; BERGEL, (J.-L.), *op. cit.*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 305 et s.

³⁶ Expression utilisée par Yves Gaudemet, GAUDEMET, (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 89).

³⁷ *Id.*, p. 90

³⁸ V. par ex. Cons. const., 23 juil. 2010, n° 2010-16 QPC, *M. Philippe E.* [Organismes de gestion agréés] ; Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, *Pierre B.* [Mur mitoyen] ; Cons. Const., 6 mai 2011, n° 2011-128 QPC, *Syndicat SUD AFP* [Conseil d'administration de l'agence France-Presse].

polysyllogistique, c'est-à-dire en plusieurs syllogismes du fait de l'appréciation des conditions de filtrage. La Cour de cassation use souvent de l'enthymème, sous-entendant une des prémisses du raisonnement³⁹. Lorsqu'il tranche le différent, le juge n'adopte pas un raisonnement syllogistique selon une logique formelle. Contrairement à la rédaction syllogistique classique où la règle de droit constitue la mineure, les faits la mineure et le dispositif la conclusion, le raisonnement judiciaire est plus complexe. Le juge prend en considération les arguments des parties, la procédure, les considérations sociales et économiques, etc. Dès lors, son raisonnement est plus basé sur la dialectique au sens d'Aristote⁴⁰. Ce n'est qu'au stade de la rédaction de la décision de justice que le juge adopte le syllogisme ou une forme proche, ce qui revient à dire que « *le syllogisme est ainsi au mieux une forme de rédaction et non pas une forme de raisonnement, au mieux une façon d'entraîner la conviction de celui à qui s'adresse le jugement et non pas une façon d'engendrer. Ainsi, le syllogisme relève de la rhétorique, au sens aristotélicien du terme* »⁴¹. Ces trois observations permettent d'aboutir à une certaine conclusion intermédiaire : le style rédactionnel classique transposé aux décisions QPC tend à assurer une certaine cohérence du raisonnement donnant à la décision sa crédibilité. Le juge en utilisant cette phraséologie judiciaire combinée à une structure logique affirme une « *vérité* », ce qui rend le mécanisme de QPC *a priori* ordonné et harmonieux. La structure hiérarchisée de l'ordre juridique favorise cette élocution judiciaire. La motivation concourt à la croyance que le juge décrit simplement les normes constitutionnelles et législatives lors de son contrôle. Il affirme que celle-ci est contraire ou non à celle-là. Le style est ainsi très important et caractéristique d'un système juridique donné. Il participe à rationaliser le mécanisme juridictionnel. La motivation rationnelle concourt *a priori* à l'efficacité de la QPC. Au delà du style *stricto sensu*, il convient d'observer le contenu de la motivation.

2) Un effet persuasif de l'outillage juridique

La motivation, au-delà de son aspect technique, a aussi pour fonction de persuader les destinataires *lato sensu* des décisions de justice. Le juge adopte des arguments qui sont des propositions visant à persuader. Toute argumentation est influence, dialogue, justification et explication⁴². L'argumentativité, « *c'est-à-dire l'efficacité argumentative de l'action* »⁴³, se révèle dans l'outillage utilisé par le juge. Nous observerons deux techniques argumentatives se situant dans la motivation dont l'objectif est de concourir à l'efficacité de la QPC : la *motivation par référence interprétative* et l'*obiter dictum*.

L'interprétation juridique est « *l'opération qui consiste à déterminer la signification d'un énoncé. Elle est toujours une création* »⁴⁴. Le juge interprète l'énoncé constitutionnel dans le seul but d'appliquer la norme qu'il contient à la situation soumise devant lui. L'objectif n'est pas ici d'étudier l'ensemble des méthodes d'interprétation, mais seulement une technique argumentative servant d'interprétation : la *motivation par référence interprétative*. Cette expression possède une certaine synonymie avec le vocable *précédent* (ou *precedent*)⁴⁵. Elle

³⁹ La Cour de cassation, contrairement au Conseil d'Etat, n'indique pas un motif dans lequel est indiqué le fondement de la QPC. Elle statue directement sur les conditions. V. par ex. Cass. Com, 13 avr. 2012, n° 12-40009 ; Cass. 3^e civ. 15 mars 2012, n° 11-23323.

⁴⁰ V. notamment PERELMAN, (C.), *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 177 ; et PERROT, (R.), « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire*, 5^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1969, p. 143.

⁴¹ FRISON-ROCHE, (M.-A.), « Le modèle perelmanien au regard des méthodes d'enseignement du droit », in FRYDMAN, (B.) ; MEYER, (M.), *Chaim Perelman (1912-2012), De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 221.

⁴² MEYER, (B.), *Maîtriser l'argumentation*, Paris, Armand Colin, 2^e éd., 2011, pp 13-16.

⁴³ BRETON, (P.), « L'argumentation comme lien social », in FRYDMAN, (B.) ; MEYER, (M.), *op. cit.*, p. 97.

⁴⁴ VAUTROT-SCHWARTZ, (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009, p. 143.

⁴⁵ La technique du *précédent* ou *precedent* caractérise le système juridique de la *Common Law* qui connaît la règle de la *Stare decisis* selon laquelle les tribunaux sont liés par les motifs de jugements antérieurs, les précédents : « *A precedent is a decided case that furnishes a basis for determining an identical or similar case that may arise later, or a similar question of*

se divise en deux catégories : la motivation par référence interprétative *intrinsèque* et la motivation par référence interprétative *extrinsèque*. La première concerne la *référence totale ou partielle par le juge à des motifs interprétatifs issus d'une décision antérieure dans l'opération d'interprétation d'énoncés analogues ou comparables selon une logique de sécurisation et de cohérence de l'ordre juridique et jurisprudentiel*. La seconde est la *référence totale ou partielle par le juge de motifs interprétatifs issus d'une décision d'une instance juridictionnelle extérieure dans l'opération d'interprétation d'énoncés analogues ou comparables, en prenant en compte l'ensemble des systèmes juridiques concernés et dans une logique de cohérence de jurisprudences*.

La motivation par référence interprétative *intrinsèque* est utilisée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il interprète une disposition en fonction des « *mêmes motifs* » issus d'une décision antérieure⁴⁶. Cette technique ne peut être pratiquée qu'à condition que la disposition législative ait un objet similaire à celle servant de référence⁴⁷. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'adonnent à la réception de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en pratiquant la motivation par référence interprétative *extrinsèque*. L'interprétation établie par les deux hautes juridictions peut intégrer les énoncés « *tels qu'interprétés* » par le Conseil constitutionnel⁴⁸, les « *motifs et le dispositif* » de décisions du Conseil constitutionnel⁴⁹, « *ses motifs* »⁵⁰ ainsi que la « *jurisprudence du Conseil constitutionnel* »⁵¹. Cette technique de réception de l'interprétation authentique des énoncés constitutionnels démontre que la motivation pratiquée par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation concourt à une harmonie constitutionnelle, alors qu'antérieurement à la QPC, le Conseil d'Etat par exemple n'assumait qu'à moitié et renâclait à se référer à l'interprétation émise par le Conseil constitutionnel⁵², bien que cette affirmation puisse être nuancée⁵³. En tout état de cause, cette observation démontre qu'il n'y a pas simplement un agrégat d'interprétations distinctes et déconnectées entre-elles, mais qu'une certaine logique de cohérence entre les juges se distingue, en sus du renforcement de l'autorité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il est à relever que cette réception de la « *chose interprétée* »⁵⁴ du Conseil constitutionnel dans l'argumentation du juge s'est particulièrement renforcée depuis l'entrée en vigueur effective de la QPC début 2010⁵⁵. Plus encore, on peut constater une motivation

law », GARNER, (B.-A.), *A dictionary of modern legal usage*, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 1995, v. Precedent. En droit anglais par ex., le précédent a une valeur normative reconnue, et il est difficile pour une Cour d'effectuer un revirement, bien que le *Practice Statement* de 1966 permet au juge de revenir sur une décision antérieure. En réalité, il faut distinguer le *binding precedent* du *persuasive precedent*: « *a binding precedent must be followed, whereas a persuasive precedent need not be* » (*ibid.*). Dans les pays romano-germanique de droit écrit, notamment la France, il est d'usage d'employer le terme de « *jurisprudence constante* » ou « *jurisprudence établie* » qui n'a pas, officiellement, de portée normative.

⁴⁶ V. par ex. Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B. et autre* [hospitalisation d'office].

⁴⁷ Dans la décision 2011-135/140 QPC, le litige concernait l'hospitalisation d'office, plus particulièrement l'absence de garantie juridictionnelle lors de la décision du prolongement de l'internement. Le Conseil se réfère à une décision QPC 2010-71 QPC qui avait le même objet, mais concernait une disposition législative différente.

⁴⁸ CE, 16 avr. 2010, n° 320667, *Association Alcaly*.

⁴⁹ L'intérêt aussi est d'observer que les juges ne se réfèrent pas seulement aux décisions du Conseil constitutionnel postérieures à 2010, mais aussi à celles interprétant des normes législatives avant 2010. Par ex. pour la Cour de cassation où elle se réfère à une décision du Conseil constitutionnel de 1997, Cass. 1^{er} civ, 12 avr. 2012, n° 12-40010). V. Conseil d'Etat : CE, 14 oct. 2011, n° 346796, *Commune de Creil* ; CE, 17 déc. 2010, n° 341289, *AFFOP*.

⁵⁰ CE, 26 juil. 2011, n° 347113, *Société Renault Trucks*.

⁵¹ CE, 19 janv. 2011, n° 343389, *EARL Schmitsepell* ; CE, 29 sept. 2010, n° 341065, *Société SNERR théâtre de Paris*.

⁵² ROBLLOT-TROIZIER, (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat : vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 704.

⁵³ DISANT, (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010, p. 638 et s.

⁵⁴ Sur cette notion, v. DISANT, (M.), *op.cit.*, Paris, LGDJ, 2010, p. 46 et s..

⁵⁵ Alors qu'auparavant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel était peu utilisée par exemple dans l'argumentation de la Cour de cassation (peut-être du fait que les moyens constitutionnels invoqués par les requérants étaient peu nombreux), contrairement au Conseil d'Etat. V. notamment DISANT, (M.), *op.cit.*, p. 481 et s., et aussi p. 591 et s. ; DESAULNAY, (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 621 et s..

identique entre les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif, c'est-à-dire qu'elles adoptent une interprétation identique⁵⁶. Enfin, certaines décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat sont singulières en matière de QPC. En effet, la norme législative est contrôlée en prenant en compte leur propre interprétation. Alors que la Cour de cassation avait refusé d'adopter cette attitude⁵⁷, le Conseil constitutionnel, par *obiter dictum*, a explicitement considéré que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »⁵⁸. Cette jurisprudence contraint dès lors le juge à intégrer ses *précédents interprétatifs* lors du contrôle de la disposition législative, de façon différente pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. La Haute juridiction judiciaire semble circonspecte à insérer sa propre motivation interprétative lors de son contrôle. Elle le fait souvent de manière implicite⁵⁹ bien que parfois elle intègre au sein de sa motivation l'expression « *interprétation jurisprudentielle constante des dispositions législatives contestée* »⁶⁰. Mais la QPC est irrecevable si elle ne vise qu'une « *règle jurisprudentielle* » sans être rattachée à une disposition législative⁶¹. Le Conseil d'Etat rappelle plus ouvertement ses précédents, en faisant référence directement à une décision juridictionnelle antérieure⁶². Par exemple, la disposition législative est examinée compte tenu de ce qu'a jugé « *le Conseil d'Etat statuant au contentieux dans sa décision du 3 juillet 1998, n° 158592* »⁶³. Le Conseil indique même qu'il a effectué une interprétation lorsqu'il considère que les dispositions législatives, « *qui ont été interprétées par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n° 224285)* » sont conformes à la Constitution⁶⁴. Cette intégration manifeste du précédent interprétatif démontre le caractère indissociable de la loi avec son interprétation. La technique de la motivation par référence interprétative intrinsèque et extrinsèque a pour effet d'assurer une *cohésion jurisprudentielle*⁶⁵. En outre, le besoin de sécurité juridique⁶⁶ invite à généraliser cette *interconnexion interprétative juridictionnelle* dans l'optique de contribuer à l'efficacité de la QPC.

Enfin, la technique juridique de l'*obiter dictum* indique la volonté du juge de participer au bon déroulement de la QPC. L'*obiter dictum* suscite des définitions ambiguës et parfois contradictoires⁶⁷. Il est souvent considéré comme « *un procédé qui consiste, par une incidente ajoutée dans un raisonnement, inutile à la solution finalement retenue, à indiquer implicitement la position qui serait adoptée dans un autre cas* »⁶⁸. Du reste, il est fréquemment difficile à identifier puisqu'il se distingue de la *ratio decidendi*, motif(s)

⁵⁶ A propos de l'interprétation de la loi organique et du rôle du juge quand à la recevabilité de la QPC : rapp. CE, 6 avr. 2011, n° 345634, *M. Zeljko A* et Cass, crim., 10 janv. 2012, n° 11-90109.

⁵⁷ Cass. ass. plén., 8 juil. 2010, n° 10-60189.

⁵⁸ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié].

⁵⁹ Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 12-90009.

⁶⁰ Cass. com., 21 fév. 2012, n° 11-23097.

⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2011, 11-13488.

⁶² Souhait revendiqué notamment par F. Lelièvre, LELIÈVRE, (F.), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2009, p. 2446.

⁶³ CE, 16 juil. 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665.

⁶⁴ CE, 25 juil., 2010, *Mortagne*, n° 326363. Ou encore, « *telles qu'interprétées par la jurisprudence* », CE, 18 juin 2010, n° 338638, *Lantz*.

⁶⁵ Sur le rôle de l'importance de la motivation dans la cohérence normative, v. SILANCE, (L.), « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in PERELMAN, (C.) ; FORIERS, (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 219 et s.

⁶⁶ Sur le rapport entre jurisprudence et sécurité juridique, v. notamment BORZEIX, (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDP*, 2010, p. 981 et s.

⁶⁷ V. sur ce point TOURNAUX, (S.), « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ*, 2011, p. 45.

⁶⁸ VIGNON-BARRAULT, (A.), « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, LPA, n° spécial, 2007, p. 32.

décisoire(s)⁶⁹, d'autant que c'est une technique juridique issue traditionnellement de la *Common Law*. Quoiqu'il en soit, il s'avère que les juridictions françaises utilisent l'*obiter dictum*⁷⁰. Nous pensons que l'*obiter dictum* peut se scinder en deux sous-catégories : l'*obiter dictum* procédural et l'*obiter dictum* interprétatif. Le premier peut être défini comme *un motif non-décisoire mais nécessaire à la solution puisqu'il concerne la compétence du juge, son rôle ou bien le régime d'une procédure, conditionnant ainsi l'élaboration d'un motif décisive*. Le second est *un motif non-décisoire accessoire à la solution et ayant pour fonction de décrire la position future du juge à propos d'un énoncé normatif et/ou de définir, clarifier et déterminer un régime juridique particulier*. Dans tous les cas, l'utilisation de l'*obiter dictum* traduit la volonté, ou la nécessité, du juge de concourir aux soucis de cohérence et d'effectivité de l'ordre juridique.

Les trois juridictions formulent des *obiter dicta* relatifs à la procédure pour contribuer à l'épanouissement de la QPC. Ainsi, le Conseil constitutionnel définit, par une incise, le lien indissoluble entre la disposition législative et son interprétation juridictionnelle⁷¹. Comme le rappelle le Professeur Molfessis, le Conseil d'Etat « *par un obiter dictum opportunément introduit dans un arrêt du 14 mai 2010* »⁷² détermine l'articulation de la QPC avec la question préjudicielle à la CJUE⁷³. ■ indique aussi le régime de l'articulation de la procédure des référés avec la QPC⁷⁴, ou encore le régime concernant la contestation du refus de transmission d'une QPC par une juridiction du fond avec la procédure de cassation⁷⁵. La Haute juridiction administrative peut aussi utiliser un *obiter dictum* interprétatif, par exemple lorsque, bien que la QPC soit irrecevable, il statue néanmoins sur la disposition contestée⁷⁶. La Cour de cassation use aussi de cet outil notamment pour définir le régime de recevabilité de la QPC⁷⁷. Il ressort de ces quelques remarques que la motivation des actes juridictionnels rendus par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation contribue *a priori* à renforcer le mécanisme de la QPC, de par le style rédactionnel rationnel et l'outillage du juge. En réalité, la motivation actuelle, notamment celle de la Cour de cassation, atténue l'efficacité de la QPC.

B) L'efficacité de la QPC en réalité limitée par la motivation

Les caractéristiques actuelles de la motivation des décisions de justice en matière de QPC permettent une certaine efficacité de la procédure. Néanmoins, elle possède certaines lacunes de sorte à l'atténuer. Bien que les juridictions y apportent certains palliatifs (2), l'hétérogénéité qualitative de la motivation constitue un frein à la pleine efficacité de la QPC (1).

1) L'hétérogénéité qualitative de la motivation

La motivation n'a pas vocation à être exhaustive. Elle doit simplement retracer de façon logique le raisonnement du juge de sorte à convaincre les destinataires. L'ellipse caractérise

⁶⁹ Ainsi, « *son identification est cependant malaisée et subjective, l'appréciation de la pertinence des motifs dans une démonstration pouvant varier d'un observateur à l'autre* », CHARRIER, (C.), « *L'obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* », *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 79.

⁷⁰ V. TOURNAUX, (S.), *op. cit.*

⁷¹ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié].

⁷² MOLFESSIS, (N.), « *La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC* », *Pouvoirs*, n° 137, pp. 94-95.

⁷³ CE, 14 mai 2010, n° 312305, *M. Senad B.*

⁷⁴ CE, ord., 17 juin 2011, n° 349753, *M. A.*

⁷⁵ CE, 1^{er} févr., 2011, n° 342536, *Prototech.*

⁷⁶ CE, 2 juin 2010, n° 338965, *M. A.*

⁷⁷ Cass. 8 juil. 2010, n° 09-14347. V. HAUSER, (J.), « *Prestation compensatoire et attribution d'un bien de propriété : QPC transmise* », *RTD civ.*, 2011, p. 521.

ainsi souvent son contenu⁷⁸. Il en est de même dans la procédure de QPC. Au demeurant, pour que la motivation soit juridiquement et socialement convaincante et acceptable, son contenu doit posséder une certaine *qualité*. En matière économique, la qualité d'un bien correspond à la « *nature ou valeur appréciée du point de vue de l'intérêt du consommateur* », voire à la « *caractéristique d'un produit répondant à des normes préétablies et tirant de là une partie de sa valeur* »⁷⁹. L'idée générale est que la qualité doit être définie par des critères positifs et qu'elle peut aussi s'évaluer en fonction de ses effets sur les destinataires concernés. En transposant cette idée dans notre domaine, *une motivation est de qualité si elle reflète de façon cohérente le raisonnement du juge en conformité avec le droit avec une argumentation qualitativement et/ou quantitativement pertinente et persuasive*⁸⁰ dans la phraséologie judiciaire, *concourant ainsi à son accessibilité intellectuelle et renforçant sa portée envers les destinataires*. Cette proposition de définition objective⁸¹ d'un « *standard de qualité de la motivation* »⁸² a le mérite de donner à l'observateur la possibilité de comparer, puisque que la qualité d'une motivation se mesure aussi grâce à la comparaison avec d'autres motivations. L'analyse reflète ce constat : une hétérogénéité qualitative de la motivation ressort des actes juridictionnels, que ce soit selon la nature de la décision (transmission et non-transmission) ou selon les différentes juridictions.

Le laconisme caractérise le plus souvent la motivation des décisions de renvoi. Le Conseil d'Etat, comme le rappelle le Président STIRN, adopte une rédaction très sobre concernant les décisions de transmission et plus développée pour les décisions de non-transmission⁸³. Il semble logique pour le juge de renvoi de ne pas argumenter abondamment la décision de transmission puisque le problème de constitutionnalité doit être résolu par l'interprète authentique, le Conseil constitutionnel. On retrouve également ce procédé dans les décisions de renvoi de la Cour de cassation. Néanmoins, certaines décisions de transmission sont motivées plus amplement. Ainsi, la Cour de cassation peut élaborer une motivation soignée lors de l'appréciation du changement de circonstances et du caractère sérieux de la question. Y-a-t-il une volonté de la Cour de cassation d'imposer une certaine interprétation au Conseil constitutionnel ? Ce dernier est-il lié ? Dans sa décision 2011-120 QPC⁸⁴, le Conseil déclare conformes à la Constitution certaines dispositions législatives alors que la Cour de cassation semblait considérer, dans sa motivation, qu'elles lui étaient contraires⁸⁵ (à propos de la procédure devant la Cour nationale du droit d'asile). La même issue a été constatée pour une décision de renvoi du Conseil d'Etat (à propos de l'absence de recours direct contre des actes du Parlement à caractère réglementaire) où une motivation pertinente invitait le Conseil constitutionnel à censurer la disposition législative en cause⁸⁶. Or, ce dernier la déclare

⁷⁸ ATIAS, (C.), « Crise de la motivation judiciaire ? », Cycle droit et technique de cassation, 2005, site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m_atias_1_8108.html

⁷⁹ CNRTL, v. Qualité.

⁸⁰ Sur l'idée de persuasion comme composante de la qualité de la motivation : « *La recherche de l'efficacité de la décision administrative en Europe fait généralement apparaître un double aspect. Parce qu'elle tend à rechercher le résultat attendu, elle se mesurerait à la fois par sa force de persuasion mais aussi par son exécution* », BERTHIER, (L.), « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA*, 2008, p. 248. « *Il est en effet nécessaire d'envisager le développement d'une pédagogie de la décision de justice et donc de considérer une nouvelle dimension de la motivation orientée vers un objectif de persuasion* », *ibid.* p. 249.

⁸¹ Certains peuvent contester la possibilité de définir le niveau « satisfaisant » ou « convaincant » de la motivation, V. DISANT, (M.), *op. cit.*, p. 610, note 124.

⁸² N'est pas incongrue l'idée selon laquelle des « normes » permettant d'assurer la qualité de la motivation puissent être dégagées, en fonction d'un certains nombres d'exigences en ce qui concerne la *forme* et le *contenu* de la motivation. Ainsi, telles les normes ISO (9000, 9001, 9002, 9003) concernant le processus de fabrication des biens jusqu'à leur réalisation, des « normes » fixeraient des éléments de conduite à propos de la motivation.

⁸³ STIRN, (B.), « Le filtrage selon le Conseil d'Etat », *JCP G*, n° 48 (n° spécial), 2010, p. 48.

⁸⁴ Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC, *M. Ismaël A* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile].

⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 2011, n° 10-40059.

⁸⁶ CE, 21 mars 2011, n° 345216, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*.

conforme au terme d'un raisonnement critiquable et critiqué⁸⁷. Cette observation démontre que la motivation est bien un acte de volonté justifié *a posteriori* par un raisonnement dialectique et non logique. Le sens des énoncés normatifs se trouve en permanence exposé à discussion⁸⁸ et chaque juge use de son discours argumentatif pour convaincre les destinataires. Les arrêts de non-transmission sont souvent plus fournis, détaillés et donc davantage motivés que ceux de transmission. Le juge se doit en principe de décrire les raisons du refus d'envoyer la QPC au Conseil constitutionnel. L'appréciation du caractère sérieux est primordial puisque ce critère conduit le juge à exercer un véritable contrôle de constitutionnalité de la disposition législative⁸⁹. L'observation rend compte d'une certaine disparité de motivation entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire peut employer une motivation marquée par un argumentaire de qualité dans certaines affaires. Un contrôle de constitutionnalité poussé est en mesure d'être utilisé en droit des assurances⁹⁰, en droit commercial⁹¹, en droit social⁹² ou encore en droit pénal⁹³. Néanmoins, la Cour de cassation procède le plus souvent moins par argumentation que par affirmation, peu importe les domaines⁹⁴. L'emploi de l'expression « à l'évidence »⁹⁵ dans certains arrêts traduit le fait que l'affirmation n'est pas réfutable, puisqu'elle est évidente. L'observation faite en 1996 par l'ancien Doyen honoraire de Cour de cassation A. PERDRIAU qui énonçait que « la Cour régulatrice se plaît à affirmer à l'instar du législateur, davantage qu'à convaincre ou, simplement, qu'à expliquer »⁹⁶ se retrouve donc dans les arrêts QPC. L'*imperatoria brevitatis* perdurable de la Cour démontre qu'elle motive *grosso modo* de la même façon quelques soient les procédures (QPC, Cassation). Hormis quelques évolutions⁹⁷, la QPC n'a eu que peu d'influence sur la structure et la substance de la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Cette inertie affecte sa qualité, vecteur d'insécurité juridique⁹⁸. Dès lors, cette situation d'*incommunication* altère l'efficacité de la QPC.

Tout autre est la position du Conseil d'Etat qui adopte plus volontiers une motivation davantage détaillée et développée. Le juge administratif tend à inclure dans ses décisions une démonstration juridique combinée à une argumentativité justifiant les décisions de non-renvoi, bien qu'une certaine hétérogénéité les caractérise⁹⁹. Néanmoins, le juge administratif

⁸⁷ Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* [Actes internes des assemblées parlementaires]. Pour une approche critique de cette décision, v. BAUDU, (A.), « QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2011, p. 305 et s.

⁸⁸ JEAMMAUD, (A.), « L'ordre, une exigence en droit ? », in *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 21.

⁸⁹ Bien que certains membres du Conseil d'Etat considèrent que le juge administratif n'exerce pas de contrôle de constitutionnalité. V. par ex. SAUVÉ, (J.-M.), « Exposé de synthèse », in *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat, avril 2011. Disponible sur le site du Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/1-examen-de-la-constitutionnalite-de-la-loi-par-le-conseil-d-etat-k14.html>

⁹⁰ V. par ex. : Cass. 2^e civ., 13 janv. 2011, n° 10-16184; Cass. 2^e civ., 3 fév. 2011, n° 10-17148.

⁹¹ V. par ex. : Cass., com., 18 fév. 2011, n° 10-40066; Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-25323; Cass. com., 7 juin 2011, n° 11-40012; Cass. com., 21 juin 2011, n° 11-40015.

⁹² V. par ex. : Cass. soc., 22 juin 2011, n° 11-40022 ; Cass. 2^e civ., 7 juil. 2011, n° 11-40037.

⁹³ V. par ex. : Cass. crim., 2 sept. 2010, n° 09-83328 ; Cass. crim., 1 déc. 2010, n° 10-84141; Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-83698; Cass. crim., 27 sept. 2011, n° 11-90086.

⁹⁴ En matière pénale, v. par ex. : Cass. crim., 20 juil. 2011, n° 11-83210 ; Cass. crim., 15 juin 2011, n° 11-90037. En matière commerciale, v. par ex. Cass., com., 1^{er} fév. 2011, n° 10-40057. En matière d'assurances, v. par ex. : Cass. 2^e civ., 21 oct. 2010, n° 10-15319.

⁹⁵ V. par ex. Cass. crim., 13 mar. 2012, n° 11-90123 ; Cass. Crim. 21 mar. 2012, n° 12-90006. Il est à noter que c'est essentiellement la Chambre criminelle qui emploie cette expression.

⁹⁶ PERDRIAU, (A.), « Des "arrêts brevissimes" de la Cour de cassation », *JCP G*, I 3943, 1996, p. 260.

⁹⁷ V. *supra*, I, B.

⁹⁸ Sur le rôle de la motivation avec le principe normatif de sécurité juridique : v. PIAZZON, (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, p. 244 et s.

⁹⁹ CE, 7 juin 2010, n° 338531, *Centre hospitalier de Dieppe* ; CE, 25 juin 2010, n° 336708, *Rudant* ; CE, 13 juil. 2011, n° 346742, *M. Elie-Pierre A.*

peut aussi procéder par voie d'affirmation¹⁰⁰. En outre, la motivation apparaît parfois ambiguë car le juge interprète extensivement un précédent interprétatif rendu par le Conseil constitutionnel, de sorte à rendre « claire » la disposition constitutionnelle¹⁰¹. La motivation des décisions du Conseil d'Etat présente souvent une certaine qualité permettant ainsi de renforcer leur portée¹⁰², contrairement à celle de la Cour de cassation.

Enfin, la motivation des décisions rendues par le Conseil constitutionnel se rapproche de celle du Conseil d'Etat. Elle possède peu ou prou une équivalence avec celle du contrôle *a priori* de l'article 61. Bien que le Conseil puisse procéder par voie d'affirmation sans argumentation à l'instar de la Cour de cassation¹⁰³, il justifie le plus souvent ses décisions avec un argumentaire de qualité¹⁰⁴, notamment lors du contrôle des lois de validation¹⁰⁵ avec prise en compte des objectifs du législateur¹⁰⁶. Pour autant, une entorse à la qualité de la motivation subsiste dans la procédure de QPC : c'est la technique de l'économie de moyens. Cette technique, toujours présente dans le cadre du contrôle *a priori*¹⁰⁷, sert au juge pour limiter son contrôle. Dès lors qu'un moyen est suffisant pour déclarer non-conforme un énoncé normatif, le juge se fait l'économe d'un examen des autres moyens invoqués, qui peuvent au demeurant aussi justifier cette non-conformité. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à pratiquer l'économie de moyens¹⁰⁸. Le recours à cet outil juridique, qui ne concerne certes pas toutes les décisions de non-conformité¹⁰⁹, peut avoir des conséquences. Ainsi par exemple, dans la décision 2010-1 QPC à propos de la cristallisation des pensions, la Haute juridiction constitutionnelle a évité d'effleurer certaines questions « *alors que l'enjeu de la saisine était bien de mettre fin à un contentieux ancien, et chargé d'enjeux symboliques* »¹¹⁰. Par conséquent, l'utilisation de la technique de l'économie de moyens par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC affaiblit l'efficacité de cette procédure. En effet, la volonté de ne pas statuer sur d'autres moyens peut augmenter le contentieux puisque l'absence volontaire de motivation sur des questions juridiques à propos d'une disposition législative censurée risque de se répercuter sur une autre ayant peu ou prou le même objet. Le Constituant aurait-il du inscrire dans la norme fondamentale un procédé similaire à celui de l'article L. 600-1-4 du Code de l'urbanisme imposant au juge administratif de statuer sur tous les moyens en cas d'annulation d'un acte administratif en matière d'urbanisme ?

¹⁰⁰ Appréciation du caractère sérieux avec la Charte de l'environnement : v. CE, 15 sept. 2010, n° 330734, *Thalineau*. En matière de pension : V. CE, 2 fév. 2011, n° 343551, *Union nationale des sous-officiers en retraite et autres*.

¹⁰¹ Pour un ex., v. CE, 16 avr. 2010, n° 320667, *Association Alcaly et autres*.

¹⁰² AUBERT, (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », Cycle Droit et techniques de cassation, 2005, site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._aubert_8104.html

¹⁰³ V. par ex. : Cons. const., 6 août 2010, n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, *M. miloud K. et autres* [Garde à vue] ; Cons. const., 29 avr., 2011, n° 2011-124 QPC, *Mme Catherine B.* [Majoration de 10% pour retard de paiement de l'impôt] ; Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-185 QPC, *M. Jean-Louis C.* [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables] ; Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie* [représentativité syndicale].

¹⁰⁴ V. par ex. Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement].

¹⁰⁵ Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon et autre* [Instruction CNI et passeports].

¹⁰⁶ Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-53 QPC, *Société Plombinoise de Casino* [Prélèvements sur le produit des jeux].

¹⁰⁷ V. PHILIPPE, (X.) ; VIDAL-NAQUET, (A.) ; LE BOT, (O.), « Les délibérations du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 85 et s.

¹⁰⁸ V. par ex. : Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-33 QPC, *Société Esso SAF* [Cession gratuite de terrain] ; Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC, *Consorts B.* [Confiscation de marchandises saisies en douane] ; Cons. const., 6 avri. 2012, n° 2012-226 QPC, *Consorts T.* [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique].

¹⁰⁹ Une quinzaine de décisions.

¹¹⁰ GAY, (L.), « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RD sanit. soc.*, 2010, p. 1061 et s..

L'analyse de la motivation des actes juridictionnels en matière de QPC nous apporte plusieurs précisions : bien qu'il soit difficile d'établir une taxinomie, il est constant de relever qu'elle n'ait pas subie de mutations qualitatives, qu'elle soit influencée par la nature de la décision, qu'elle soit inégale selon les juridictions, et qu'elle subisse quelquefois une entorse devant le Conseil constitutionnel. On perçoit ainsi une *fragmentation* qui entraîne une disparité. Par conséquent, le manque d'involvement de la motivation génère des incidences *négatives* sur l'efficacité de la QPC. On peut affirmer que la procédure de QPC est *anisotrope* puisqu'elle met en évidence des propriétés différentes au sein des systèmes juridiques rattachés à chaque haute juridiction (Conseil d'Etat et Cour de cassation), aboutissant ainsi à une absence d'isonomie entre les justiciables. Pourtant, des moyens extérieurs à la décision de justice ont été élaborés par les juridictions pour rendre plus efficace la QPC, mais il s'avère qu'ils sont insuffisants.

2) Des palliatifs insuffisants

La rédaction actuelle des décisions de justice empêche la procédure de QPC d'être *pleinement* efficace. Face aux exigences contemporaines de transparence¹¹¹ et de procès équitable ainsi que de légitimation de la justice¹¹², la motivation apparaît vétuste. En fait, la motivation actuelle ne reflète que la conception du juge issu de la Révolution française (« bouche de la loi ») et du système juridique ordonné et hiérarchisé. Or, dans le *contexte* de l'époque, elle était parfaitement légitime et « raisonnable ». Dans notre *contexte* actuel, la légitimité de la motivation est en question et peut paraître « déraisonnable ».

D'ailleurs, une réforme du mode de rédaction des décisions a été entreprise au sein du Conseil d'Etat. Le rapport final d'avril 2012 rappelle que ce mode de rédaction « ne permet peut-être plus au juge administratif de rendre compte le plus clairement possible à un public plus large de l'application qu'il fait d'un droit toujours plus complexe »¹¹³ et que les « explications sont nécessaires aux différents destinataires de la décision »¹¹⁴ (parties, avocats, justiciables, etc.). La concision parfois excessive des motifs des arrêts de la Cour de cassation n'est pas justifiable en matière de QPC (elle n'a pas le rôle de juge de cassation). La motivation des décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, si elle demeure souvent plus détaillée que celle de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, ne permet pas toujours, et de manière pleine et entière, de saisir la solution ainsi que sa portée. Alors que les objectifs de la réforme constitutionnelle de 2008 étaient de faire en sorte que soient « conciliés l'exigence de sécurité juridique, le respect du Parlement, la nécessité de ne pas engorger le Conseil constitutionnel et le progrès dans la protection des droits fondamentaux »¹¹⁵, il est clair que la motivation actuelle se révèle être un obstacle à ces objectifs : concision et brièveté néfastes à la sécurité juridique, augmentation du contentieux¹¹⁶, et progrès relatif dans la protection des droits fondamentaux, ce qui, au demeurant, atténue l'efficacité de la QPC.

¹¹¹ La QPC a eu une incidence positive sur la transparence du Conseil constitutionnel. En effet, les audiences QPC sont publiques avec en outre une diffusion sur le site du Conseil, les décisions sont publiées sur le site avec des documents utiles (décisions de renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, listes des décisions QPC rendus, commentaires, etc.). Ainsi, seule la motivation de la décision « résiste » à ces avancées.

¹¹² V. notamment sur cette question du rôle de la motivation sur la transparence et la légitimité de la justice : GJIDARA, (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, mai 2004, n° 105, p. 3 et s.

¹¹³ Conseil d'Etat, *Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, p. 6, disponible sur le site du Conseil d'Etat : http://www.conseil-etat.fr/media/document/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf

¹¹⁴ *Id.*, p. 10.

¹¹⁵ Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, disponible sur le site du Sénat : http://www.senat.fr/evenement/revision/expose_motifs.html

¹¹⁶ « L'absence de motivation ou une motivation superficielle empêche la compréhension de la décision et, partant, son exécution spontanée. Elle incite à l'exercice de voies de recours qui seront d'autant plus difficiles à mettre en œuvre que la décision sera allusive », CADIET, (L.) ; NORMAND, (J.) ; AMRANI MERKKI, (S.) ; *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 694. Dans la procédure de QPC, c'est plus sur des considérations d'avenir. Un raisonnement peu convaincant

Pour pallier les inconvénients de l'actuelle rédaction des décisions, les juridictions adoptent une motivation externe, « *exogène* »¹¹⁷. S'il est possible d'élaborer une *théorie de la motivation exogène*, au sens d'une synthèse permettant d'expliquer des faits et admise à titre scientifique, notre propos sera moindre et affirmera l'hypothèse suivante : *la motivation exogène est le processus d'externalisation des motifs par la juridiction grâce à un support matériel dénué de portée normative et ayant pour fonction, explicitement ou implicitement, de concourir à une meilleure intelligibilité et compréhension de la décision*. Ainsi, les juridictions peuvent adopter certains procédés discursifs visant à compléter ou interpréter certaines décisions juridictionnelles. Les techniques du communiqué de presse, du rapport, du commentaire dans des revues¹¹⁸, voire des conclusions du rapporteur public devant la juridiction administrative ou de l'avocat général devant le juge judiciaire sont les principaux procédés de diffusion. L'un des intérêts pratiques est que le style de rédaction diffère de celui de la motivation *endogène* : absence de phrase unique, style direct, voire découpages en paragraphes ou thématiques. Dans le cadre de la QPC, la motivation exogène est très présente. Par exemple, la motivation très laconique de l'arrêt d'Assemblée plénière la Cour de cassation rend malaisée la compréhension de son raisonnement à propos de l'absence de reconnaissance de principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) de la prescription de l'action publique¹¹⁹. Il faut se référer au rapport annuel de 2011 pour comprendre pourquoi et comment la Cour a jugé ainsi¹²⁰. Conseil d'Etat et surtout le Conseil constitutionnel usent de communiqués de presse intéressant directement la QPC. Chaque décision du Conseil constitutionnel renvoie à un communiqué dans lequel la juridiction informe de la décision et sa solution. Néanmoins, « *l'interprétation de l'interprétation authentique* »¹²¹ établie par le communiqué peut « obscurcir », ou tout du moins rendre équivoque le sens de la décision juridictionnelle. Pour exemple, à propos de l'article L.12-1 du Code de l'expropriation¹²², la Cour de cassation avait renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel en ce que l'absence de procédure contradictoire rendait la question sérieuse du fait de la possibilité d'être contraire aux droits de la défense et au procès équitable¹²³. Le Conseil constitutionnel affirme que « *l'ordonnance par laquelle le juge de l'expropriation fixe les indemnités d'expropriation survient au terme d'une procédure contradictoire* »¹²⁴. Sauf que le communiqué de presse énonce que « *Certes le juge de l'expropriation statue sans procédure contradictoire.* »¹²⁵, avant de reprendre quelques lignes plus tard la même formulation que la décision. Ce qu'il

du fait d'une motivation pauvre peut accentuer le contentieux si des cas semblables ou similaires se retrouvent devant les juridictions de fond. Les requérants peuvent ne pas comprendre en substance les « *précédents* » des Cours suprêmes, et donc effectuer des recours alors même qu'ils ont peu de chance d'aboutir.

¹¹⁷ Même si, compte tenu de notre définition de la motivation, c'est ici juste une technique, mais dénuée *a priori* de juridicité. La motivation exogène concerne plus l'aspect fonctionnel de la motivation. L'emploi de l'expression « *motivation exogène* » permet, selon nous, de mieux comprendre le mécanisme de la motivation et de son étendue.

¹¹⁸ Par ex. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, où des magistrats ou membres de la juridiction émettent des commentaires.

¹¹⁹ Cass. ass. plén. 20 mai 2011, n° 11-90025.

¹²⁰ *Rapport de la Cour de cassation* de 2011, p. 396. Le rapport permet de saisir concrètement le raisonnement « masqué » de la Cour de cassation, et les conditions de refus de PFRLR. Rapport disponible sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf

¹²¹ DISANT, (M.), *op. cit.*, p. 166.

¹²² « *Le transfert de propriété des immeubles ou de droits réels immobiliers est opéré par voie, soit d'accord amiable, soit d'ordonnance. L'ordonnance est rendue, sur le vu des pièces constatant que les formalités prescrites par le chapitre Ier ont été accomplies, par le juge dont la désignation est prévue à l'article L. 13-1 ci-après. L'ordonnance envoie l'expropriant en possession, sous réserve qu'il se conforme aux dispositions du chapitre III et de l'article L. 15-2* ».

¹²³ Cass. 3^e civ., 15 mar. 2012, n° 11-23323.

¹²⁴ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-247 QPC, *Consorts L.* [Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique], considérant 6.

¹²⁵ Communiqué de presse – 2012-247 QPC, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-247-qpc/communiquede-presse.105831.html>

faut comprendre est qu'il n'y a pas de contradictoire avant la procédure de fixation des indemnités. Or, ce n'est pas indiqué dans la décision du Conseil constitutionnel, et c'est peut-être sur cette question que la Cour a transmise la QPC !

L'utilisation d'une motivation exogène par les juridictions est un palliatif insuffisant dans l'optique d'une meilleure efficacité de la QPC. En effet, ces instruments ne sont qu'une source d'information, d'interprétation, voire une œuvre doctrinale¹²⁶ à propos de la décision de justice, et ne possèdent ni valeur ni portée juridiques mais ont seulement une autorité persuasive¹²⁷.

*

L'exploration entreprise a permis d'observer la sphère de la motivation en relation avec la notion d'efficacité de la QPC. S'il est vrai qu'une amélioration qualitative de la motivation s'observe depuis une dizaine d'années, notamment pour les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans certains contentieux, il reste que le style actuel et le mode de rédaction sont un *frein* à une véritable efficacité de la QPC. La phraséologie judiciaire n'est plus adaptée à la complexité grimpante du droit. L'utilisation de la syntaxe actuelle constitue un obstacle à un exposé clair des motifs. La multiplication des subordinées ainsi que l'intégration au sein de la motivation de références aux droits interne, international, et jurisprudentiel, lors de la conduite du raisonnement, fragilisent la compréhension globale et l'intelligibilité de la décision. La motivation s'insère elle aussi dans un schème global de transparence des institutions publiques. La simple affirmation et la concision, *l'imperatoria brevitatis*, à l'heure actuelle encore acclamées¹²⁸, ne peuvent raisonnablement plus subsister en raison de la *judiciarisation* de plus en plus forte des relations entre entités juridiques. La justice n'est plus inaccessible ni obscure, elle fait partie intégrante du processus général de régulation de la vie des hommes en société. On peut considérer que « *l'obligation de motiver correspond, en réalité, à une nouvelle conception des rapports qu'entretient le justiciable avec la justice et, en définitive, à l'émergence d'une exigence en rapport avec l'individualisme : le justiciable a le droit de savoir pour quelle raison il est débouté* »¹²⁹. De sorte que l'apologie de la concision de la motivation, pouvant être justifiée par la structure de notre ordre juridique¹³⁰, ne paraît plus recevable. Le juge est l'acteur final de concrétisation des normes juridiques. Il ne tranche plus uniquement, mais explique et doit en principe convaincre, ou tout du moins persuader. *L'éloquence judiciaire* doit permettre à la fois de *bien dire* et de *bien penser* selon la conception de *l'elocutio* de Cicéron¹³¹ qui se refuse à toute distinction de principe entre le fond du discours et les mots. De plus, l'auditoire du juge, récepteur du discours, évolue, plus particulièrement avec la QPC. Certes, le juge s'adresse de prime abord aux parties, ensuite aux professionnels du droit. Mais certaines décisions rencontrent une résonance bien en dehors du procès et des acteurs traditionnels du droit. Des questions comme la garde à vue, l'inceste, le mariage de personnes de même sexe ou encore le parrainage pour l'élection présidentielle suscitent des

¹²⁶ DISANT, (M.), *op. cit.*, p. 166 et s.

¹²⁷ *id.*, p. 174.

¹²⁸ Tout récemment, P. MALAURIE affirme : « *Quant à la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, [...] j'aime leur rigueur, leur sens de la mesure et leur concision, à la condition qu'ils ne soient pas elliptiques ; leur structure est un modèle* » (MALAURIE, (P.), « Le style des « Cours suprêmes » françaises : Une recherche constante de l'équilibre », *JCP G*, 2012, p. 1127).

¹²⁹ CASTALDO, (A.), *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 345.

¹³⁰ PONTTHOREAU, (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 748.

¹³¹ L'éloquence est à la fois « *art de bien dire et art de bien penser* », CICERON, *De l'orateur*, trad. Henri BORNECQUE ET Edmond COURBAUD, Paris, Les Belles Lettres, 1971, L. XV, 56, cité par BERNIER, (M.-A.) in FRYDMAN, (B.) ; MEYER, (M.), *op. cit.*, p. 86.

commentaires *extra*-juridiques, notamment dans la presse et par les politiques¹³². La décision se doit ainsi d'être convaincante et raisonnable, du fait de l'élargissement de l'auditoire.

La motivation actuelle des décisions de justice des Cours suprêmes ne permet pas une pleine efficacité de la QPC. Certes, elle n'est pas totalement « déficiente », compte tenu des avancées que l'on a observées. D'un point de vue général, on constate un certain *méliorisme*, c'est-à-dire que la motivation n'est ni exempte de mal ni la meilleure possible, mais semble en voie de perfectionnement. Pour que la QPC soit réellement efficace, une synergie entre les acteurs concernés paraît nécessaire. Or, la réforme probable de la motivation des décisions du Conseil d'Etat pourrait accentuer les différences entre les juridictions qui se répercuteraient sur la QPC. Concernant cette réforme, le groupe de travail souligne les points positifs qu'elle impliquerait. La proposition n° 6 a pour objet de « *Restituer de manière plus analytique et complète le raisonnement juridique suivi. Indiquer la méthode d'interprétation (référence aux travaux préparatoires ; par analogie ; portée utile ou raisonnement téléologique ; etc.) par laquelle la juridiction explicite la portée d'une règle de droit* »¹³³. La portée de cette indication est claire : « *Il est en effet permis de regretter que des considérations qui paraissent aux yeux du rapporteur essentielles pour justifier la solution qu'il propose, qui vont convaincre la formation de jugement du bien-fondé de cette solution, ne se retrouvent pas dans la décision, alors même qu'elles pourraient en renforcer l'autorité et l'intelligibilité* »¹³⁴ (souligné par nous). Pour autant, l'enrichissement des motifs n'implique pas une fonction doctrinale du juge, « *mais seulement la justification de la portée que le juge donne à la règle de droit et qui détermine l'application qu'il en fait au cas d'espèce, ainsi que la restitution dans les motifs des principales étapes du raisonnement juridique qu'a suivi le juge* »¹³⁵. A contrario, on perçoit l'importance des conclusions du rapporteur public, et donc de la motivation exogène, dans le processus de décodage de la décision juridictionnelle, alors même qu'elle n'a aucune valeur juridique. La proposition n°7 vise à « *développer la mention des références des décisions d'autres juridictions, notamment constitutionnelle et européenne, dont le juge a entendu s'inspirer. Indiquer en tant que de besoin les références des décisions de principe de la juridiction administrative ayant tranché un point de droit dont la décision fait application* »¹³⁶. En matière de QPC, la motivation par référence interprétative est fondamentale et une indication plus ample des *précédents* du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ne pourra qu'être bénéfique à l'efficacité de la QPC. J.-M AUBY accueille avec joie cette réforme et invite le Conseil constitutionnel à se questionner sur l'opportunité d'une telle réforme de ses décisions¹³⁷...et nous à ce que la Cour de cassation en fasse de même.

Il semble qu'il en aille de même pour la détermination et la justification des effets des déclarations d'inconstitutionnalité qu'est amené à prononcer le Conseil constitutionnel. Ceux-ci ont vocation à être réintroduits dans le procès ordinaire au bénéfice de l'auteur de la QPC et des justiciables en général. Leur modulation par le Conseil répond elle-aussi à une exigence de motivation qui parfois n'est pas pleinement satisfaisante et dont le contenu n'a au demeurant pas toujours fait l'objet d'un débat contradictoire alors qu'il conduit parfois à refuser à l'auteur de la QPC le bénéfice de son recours.

¹³² V. par ex. pour le mariage des personnes de même sexe. AFP, 28 janv. 2011, « Interdiction du mariage homosexuel: réactions à la décision du conseil constitutionnel ». L'article fait état de beaucoup de commentaires de politiques à propos de la décision. Pour le parrainage : *Le Monde* (en ligne), 21 fév. 2012. Même la presse étrangère, notamment belge (v. *7sur7* (en ligne), 21 fév. 2012).

¹³³ Conseil d'Etat, *Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avril 2012, p. 29.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Id.* p. 32.

¹³⁷ AUBY, (J.B.), « Rédaction des jugements », *Dr. adm.*, juin 2012, repère 6.

§2 : L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès

Emmanuel CARTIER¹³⁸

Le droit est à l'origine de temporalités propres attachées à sa nature prescriptive et non pas descriptive¹³⁹. Ainsi la règle de droit peut-elle s'appuyer sur des fictions dont le but n'est ni artistique ni cognitif mais prescriptif, transformant la perception des faits *ex ante* ou *ex post*¹⁴⁰. Le droit modèle en effet sa propre réalité juridique qui peut parfois être en décalage, voire en opposition avec la réalité factuelle, ainsi qu'en témoigne par exemple la rétroactivité¹⁴¹ associée aux théories de l'inexistence ou de la nullité¹⁴². Les décisions juridictionnelles ne font pas exception en tant que normes de concrétisation des normes générales de l'ordre juridique, qu'il s'agisse du contentieux objectif ou du contentieux subjectif, le temps étant modelé au gré de la spécificité de chacun d'entre eux par un juge dont l'office s'exerce à la croisée des temporalités - passé, présent et futur -, conscient de devoir garantir certains équilibres fondamentaux : entre les droits des parties, entre sécurité juridique et garantie des droits et libertés, entre intérêt général et droits individuels, entre conventionnalité et constitutionnalité.

La QPC se trouve à la croisée de ces champs et des équilibres qu'ils sous-tendent dans la mesure où le Conseil constitutionnel a envisagé de manière très large les compétences de modulation dans le temps de ses décisions telles qu'elles résultent de l'article 62 C. al.2. Celui-ci précise en effet qu'« *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.* ». Il aura néanmoins fallu du temps pour que la question soit pleinement envisagée par la doctrine et par les juges de la QPC eux-mêmes¹⁴³, au-delà du simple effet abrogatif immédiat ou différé que le Conseil peut attacher à ses déclarations d'inconstitutionnalité, voire à ses déclarations de constitutionnalité sous réserve. Il s'agit pourtant d'un enjeu fondamental au regard du but dans lequel a été conçue la QPC par le constituant, à savoir une procédure placée entre les mains du justiciable et devant lui bénéficier dans le cadre du litige à l'occasion duquel la question a été soulevée. Ceci confère à la QPC, au moment de son initiative comme de sa réintroduction dans le procès principal, une dimension subjective évidente qui échappe en partie à l'office du Conseil constitutionnel.

¹³⁸ Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.

¹³⁹ OST F., *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 19 et s.

¹⁴⁰ La « *fiction juridique* » consiste en un mécanisme technique de création du droit, c'est-à-dire « *qui consiste en une méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit* », voir WICKER G., « Fiction », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF-Lamy, coll. Quadrige, 2003, p.717 ; COSTA D., *Les fictions juridiques en droit administratif*, préf. Etienne Picard, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000, 614 p.

¹⁴¹ Qualifiée en matière pénale de « *crime* » par la Constitution de l'An I et interdite de manière générale par le Code Napoléon, la rétroactivité est considérée par les révolutionnaires comme un crime contre la conception même de la loi. Seule la rétroactivité *in mitius* en matière pénale est dès lors admise.

¹⁴² BOULOUIS J., « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, T. XIV, 1961-1962, Paris, Dalloz, 1962, pp. 771-792.

¹⁴³ Le Conseil constitutionnel comme les juges ordinaires, dont les deux juridictions suprêmes.

A) La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : un enjeu fondamental négligé

1) Un enjeu traité à l'origine de manière confuse

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié le Titre VII de la Constitution en introduisant un nouvel article (l'article 61-1) et un nouvel alinéa à l'article 62 (l'alinéa 2). Ce nouvel alinéa précise la portée des déclarations d'inconstitutionnalité rendues sur le fondement de l'article 61-1. Cette portée, conformément à l'article 62 alinéa 3 est *erga omnes* mais, compte tenu du caractère *a posteriori* du contrôle, consiste en l'abrogation de la disposition législative en cause à compter de la date de la publication de la décision du Conseil ou d'une date qu'il détermine lui-même¹⁴⁴. Cette prérogative s'inspire directement de celles reconnues à la majorité des Cours constitutionnelles en Europe¹⁴⁵ ainsi qu'à la CJUE¹⁴⁶. Parallèlement à cette portée, qui diffère de la portée d'une décision rendue par le juge administratif dans le cadre du contrôle de légalité (où l'acte administratif est annulé et disparaît ainsi rétroactivement avec tous ses effets passés de l'ordre juridique), l'article 62 alinéa 2 prévoit de manière sibylline que « *Le Conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.* ». L'abrogation semble donc pouvoir comporter, à la discrétion du Conseil, certains des effets d'une annulation contentieuse. La nullité, quelle que soit la forme de l'acte concerné, a en effet pour conséquence d'anéantir à la fois l'acte en tant que tel et tous ses effets passés et à naître, par la combinaison de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif du texte qui la prescrit. La généralité des termes « *effets que la disposition a produits* » rapproche en effet les deux types de remise en cause des actes juridiques, ce qui rend les conséquences concrètes d'une déclaration d'inconstitutionnalité peu claires et peu prévisibles. Les projets de lois constitutionnelles avortés de 1990 et de 1993 prévoyaient une formule plus précise mais sans doute moins souple : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle (...) cesse d'être applicable et ne peut plus être appliquée aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation* »¹⁴⁷. Quant à la proposition 74 du Comité Balladur, elle précisait

¹⁴⁴ La possibilité de différer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité a été initiée par le Conseil lui-même, sans texte, dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi, dans le dispositif même d'une décision du 19 juin 2008, Cons. Const., 19 juin 2008, 564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* : « Article premier.- Sont déclarés contraires à la Constitution, à compter du 1er janvier 2009, le troisième alinéa de l'article L. 532-4-1 et le second alinéa du II de l'article L. 535-3 du Code de l'environnement, tels qu'ils résultent des neuvième et treizième alinéas de l'article 11 de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés. ». On notera cependant un précédent antérieur, énoncé sous la forme de deux réserves d'interprétation, Cons. Const., n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *LFSS pour 2006*, § 18 et 24.

¹⁴⁵ Voir sur cette question en droit comparé pour les Cours constitutionnelles allemande, espagnole et portugaise, les études suivantes, JOUANJAN O., « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand » ; BON P., « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse, Le cas de l'Espagne » ; BON P., « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse, Le cas du Portugal » ; DI MANNO T., « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, juillet-août 2004, pp. 676, 690, 696, 700. Sur la Cour constitutionnelle belge (ex Cour d'arbitrage) voir VAN COMPERNOLLE, J., VERDUSSEN, M., « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°14, mai 2003.

¹⁴⁶ La CJCE se considère en effet habilitée à limiter l'application rétroactive de ses propres interprétations au nom de la sécurité juridique et de la confiance légitime des acteurs. De même, elle s'autorise à déterminer la date d'entrée en vigueur de ses sanctions ainsi que des nouvelles règles qu'elle édicte pour les instances potentielles, respectivement CJCE, aff. 61/79, 27 mars 1980, *Rec. p. 1205* et CJCE, aff. 43/75, 8 avril 1976, *Rec. p. 455* ; LABAYLE, H., « La Cour de justice des communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs », *RFDA*, 2004, p. 663.

¹⁴⁷ Projet de loi constitutionnelle du 30 mars 1990 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, (AN, n° 1203, 9e législature), abandonné après une deuxième lecture les 21 et 28 juin 1990 ; projet de loi constitutionnelle du 10 mars 1993 (n° 231) ; BENETTI J., « La question prioritaire de constitutionnalité. La genèse de la réforme », *AJDA* 2010, p. 74.

que la disposition législative en cause « ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours »¹⁴⁸.

La formule pour laquelle le constituant a opté en 2008 est assez confuse et sans doute, dans un premier temps du moins, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas mesuré lui-même la portée de ce dispositif qui confère potentiellement à ses décisions des effets mixtes – *ex nunc* et *ex tunc* – modulables¹⁴⁹, lesquels bénéficient, comme le reste du dispositif de la décision, de l'autorité absolue de chose jugée attachée à l'article 62 alinéa 3, ancien article 62 al. 2 C.¹⁵⁰. La confusion initiale de la formule n'a pas pu être rectifiée par la loi organique dans la mesure où seul l'article 61-1 faisait l'objet d'un renvoi à une loi organique pour son application. Il est donc difficile de reprocher au législateur organique de ne pas avoir abordé cette question qui l'aurait fait sortir de son domaine de compétence et l'aurait exposé à une censure du Conseil constitutionnel.

L'alinéa 2 de l'article 62 pouvait en effet être interprété de deux façons. La première consistait à considérer que le principe était celui de l'abrogation immédiate, la disposition législative disparaissant pour l'avenir de l'ordre juridique mais pouvant dès lors, à l'exception du droit pénal dans les instances non jugées définitivement¹⁵¹, être considérée comme validé pour ses effets passés. Le Conseil aurait marginalement pu prévoir la remise en question sélective ou générale des effets produits par la loi au bénéfice du justiciable qui avait soulevé la QPC et des autres justiciables réels ou potentiels. La seconde interprétation consistait à reconnaître que par principe la QPC devait pouvoir bénéficier *a minima* au justiciable qui l'avait soulevée et aux instances en cours ayant à faire application de la disposition législative invalidée. Quoi qu'il en soit, le Conseil avait à se prononcer sur l'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité dans l'intérêt de l'efficacité, voire de l'efficience de la QPC¹⁵², dans la mesure où celle-ci était amenée à être réintroduite dans le procès une fois tranchée par le Conseil, qu'elle confirme ou non la constitutionnalité de la disposition législative en cause.

Un constat s'impose cependant au regard de l'enjeu des effets *ex tunc* des décisions QPC, le peu d'intérêt manifeste pour la question : peu de place dans les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁵³ ; intérêt très marginal pour cette question dans les travaux préparatoires de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 nouveau de la Constitution¹⁵⁴, silence de la loi organique du 10 décembre 2009 ainsi que du règlement intérieur du Conseil, modifié le 4 février 2010 ; quasi silence de la doctrine jusqu'à une période récente ; silence des praticiens du droit pourtant les premiers concernés par la dimension pratique de cette question.

¹⁴⁸ Une Ve République plus démocratique, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, remis au Président de la République le 29 octobre 2007, Proposition n°74, p. 148.

¹⁴⁹ Bien que soumis comme l'ensemble des éléments de ses décisions à l'obligation de motivation.

¹⁵⁰ BACQUET-BRÉHANT V., *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, 2005.

¹⁵¹ En vertu du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce.

¹⁵² Sur cette distinction voir DELANLSSAYS T., *Supra*.

¹⁵³ Une page et demie est consacrée à cette question dans le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, WARSMANN J.-L., *Rapport AN* fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, 15 mai 2008, pp. 443-444. Quant au rapport de la Commission des lois du Sénat, il lui consacre une seule page, HYEST J.-L., *Rapport Sénat* fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, 11 juin 2008, pp. 179-180.

¹⁵⁴ WARSMANN J.-L., *Rapport AN* n°1898 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009 ; PORTELLI H., *Rapport Sénat* n°1898 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 29 septembre 2009.

Les rapports rendus au nom des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat relatifs au projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions, remis respectivement par MM. Warsmann et Hyst les 15 mai et 11 juin 2008, consacrent quelques lignes à la question, faisant référence, pour le second, à l'audition du Secrétaire général du Conseil constitutionnel qui avait rappelé que la plupart des Cours constitutionnelles européennes ainsi que la CJUE disposaient d'un tel pouvoir de modulation, essentiel à l'exercice de leur office. Ces deux rapports s'appuient par ailleurs sur le pouvoir de modulation dans le temps des décisions juridictionnelles d'annulation d'actes administratifs que s'est reconnu le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Association AC!* de 2004, après appréciation des différents intérêts en jeu. Les deux assemblées ainsi que les personnalités auditionnées par celles-ci font ainsi l'éloge de la souplesse du dispositif consacré aux effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Ils invitent ainsi le Conseil constitutionnel à une appréciation qui dépasse le cadre étroit et abstrait du procès constitutionnel. Ainsi peut-on lire dans le rapport de M. Warsmann que :

« Ce dispositif permettrait de moduler les effets d'une décision dans le temps et de prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce pour mesurer les effets erga omnes d'une abrogation. (...) Mais, surtout, cette faculté offerte au Conseil constitutionnel de circonscrire les effets de l'abrogation de la disposition législative en cause permettrait d'éviter une remise en cause systématique de ses effets passés. Le Conseil pourra ainsi préciser quelles limites s'imposent afin de concilier l'intérêt général qui s'attache au rétablissement du droit méconnu avec d'autres principes tels que la sécurité juridique. (...) »

*Une telle règle pourrait s'inspirer, dans sa mise en œuvre, des effets dans le temps d'une annulation contentieuse, telle qu'ils ont été définis dans le cadre du contrôle de légalité par le Conseil d'Etat depuis l'arrêt d'assemblée *Association AC!* et autres du 11 mai 2004. Cette décision a permis, en dérogeant au principe de l'effet ab initio d'une annulation contentieuse, de mieux concilier le principe de légalité et l'exigence de sécurité juridique.»¹⁵⁵*

Le rapport rendu par M. Portelli au nom de la commission des lois du Sénat à l'occasion cette fois de l'examen du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 C. aborde la question d'une manière totalement différente, semblant prendre finalement le contre-pied des rapports précédents, refusant tout effet rétroactif aux décisions QPC, renvoyant cette question au juge ordinaire seul habilité à la concrétisation des décisions du Conseil constitutionnel. M. Portelli écrit ainsi à propos des conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité sur les instances en cours que :

« L'abrogation d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel, comme celle opérée par le législateur dans une loi nouvelle, ne devrait pas avoir d'effet rétroactif. Comment pourrait être comblé, en trois temps, le vide juridique né de ces situations ? Il appartiendra d'abord au juge constitutionnel comme le lui permet l'article 62 de la Constitution de moduler les effets de sa décision dans le temps. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 62, "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". Ainsi, le Conseil constitutionnel pourrait tempérer la portée et les modalités d'application dans le temps de sa décision, de façon analogue à la technique du report des effets d'une

¹⁵⁵ WARSMANN J.-L., *Rapport AN* fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, p.444.

de l'abstraction du procès « in vitro » dans laquelle l'a enfermé le constituant pour y réintroduire la QPC dans le procès « in vivo » et en faire un élément déterminant de la narration processuelle, compte tenu de l'autorité *erga omnes* dont il bénéficie *ab initio*. A la différence du contrôle *a priori* pour laquelle elle avait été conçue à l'origine, cette autorité porte sur des dispositions ayant directement vocation à s'appliquer dans le procès ordinaire, à l'instance principale bien entendu, mais aussi aux instances en cours. Elle enferme donc le juge ordinaire dans un cadre normatif proche de l'injonction qui restreint considérablement sa marge de manœuvre dans l'application qu'il fera des décisions QPC du Conseil. La généralité de la formule initiale renforce par ailleurs la possibilité pour le Conseil d'interférer de manière approfondie dans l'office du juge dans la phase de « retour » des QPC, contrairement à l'interprétation qu'avait pu faire Hugues Portelli de ces dispositions.

2) Un traitement prétorien tardif par le Conseil constitutionnel

Le Conseil a eu l'occasion de rappeler l'esprit dans lequel a été conçue la QPC, de manière indirecte, dès sa décision 595-DC du 3 décembre 2009, se référant à « l'effet utile » de la QPC¹⁶². Il n'en tira cependant pas immédiatement des conséquences directes quant à la portée *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité. Cependant, c'est bien sur ce principe de « l'effet utile » que semble appuyer la réserve d'interprétation énoncée dans son considérant 18. Il y examine en effet les différentes hypothèses dans lesquelles le juge devant lequel une QPC a été soulevée peut statuer immédiatement, par dérogation à la règle du sursis posée par l'article 23-3 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958¹⁶³. Il considère que dans le cas où la QPC déboucherait sur une décision de non conformité, il doit être possible pour les parties d'introduire une nouvelle instance afin que le juge puisse tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel¹⁶⁴. Il s'agit donc non seulement de la confirmation de l'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité mais aussi de la possibilité de remise en cause de l'autorité, voire de la force de chose jugée par le juge ordinaire.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel n'a pas expressément formulé de principes concernant le traitement qu'il fallait appliquer à l'instance à l'occasion de laquelle la QPC avait été soulevée et *a fortiori* aux instances en cours qui seraient amenées à appliquer la même disposition législative, se contentant de préciser si l'abrogation qui suivait la déclaration d'inconstitutionnalité devait ou non être différée à une date qu'il mentionnait le cas échéant. La formulation du régime des effets des décisions QPC est donc dans un premier temps limitée à une portée *ex nunc* : celle de l'abrogation. Ces effets sont par ailleurs souvent déterminés par le renvoi d'un article du dispositif de la décision (généralement l'article 2) à certains considérants sous la forme suivante :

*Article 2 : « La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prend effet à compter de la publication de la présente décision dans les conditions fixées par son considérant X ou Y »*¹⁶⁵.

l'instance », v. « Instance », in CORNU G., dir., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris : PUF, coll. *Quadrige*, 2000, p. 464.

¹⁶² Cons. Const., 3 décembre 2009, 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 C.*

¹⁶³ L'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 décembre 2009, dispose que : « Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à la réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. ».

¹⁶⁴ 18. « Considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ; que, sous cette réserve, l'article 23-3 n'est pas contraire à la Constitution », *ibid.*

¹⁶⁵ Cons. const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L.*, [Création des pensions].

déclaration d'inconstitutionnalité déjà utilisée par le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*.

Le juge constitutionnel ne saurait cependant définir les effets de sa décision sur une instance judiciaire en cours ou ayant fait l'objet d'une décision définitive. Les juridictions doivent rester compétentes pour tirer les conséquences concrètes de la décision du Conseil constitutionnel sur les litiges en cours. »¹⁵⁶.

On accordera à l'auteur que le législateur organique n'avait pas à se prononcer sur cette question à la différence par exemple du régime des effets des décisions de la Cour constitutionnelle belge.

Si les débats parlementaires ne consacrent pas une place essentielle à cette question bien qu'on ne puisse pas dire qu'ils ne prennent pas partie, parfois de manière contradictoire, la doctrine semble à l'origine s'en être désintéressée, s'intéressant bien davantage au régime du filtrage des QPC, aux normes constitutionnelles invocables, aux rapports entre juridictions suprêmes et Conseil constitutionnel et à l'articulation délicate entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité¹⁵⁷. Par ailleurs, elle semble dans un premier temps attachée dans sa grande majorité¹⁵⁸, à une vision objective et restreinte de ce nouveau contentieux, qu'elle enferme dans le principe de l'abrogation de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle, insistant sur les avantages de l'effet *erga omnes* du contrôle *a posteriori* français par rapport au contrôle de conventionnalité ou au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, négligeant alors ce pour quoi la QPC a été introduite – le procès – et son principal acteur – le justiciable¹⁵⁹.

En effet, quelles que soient les précautions prises par le constituant et le législateur organique pour confiner le contentieux de la QPC dans l'objectivité rationnelle et abstraite d'un simple conflit de normes qui donne à cette procédure un caractère « *in vitro* », le Conseil est potentiellement appelé à déterminer les effets de ses décisions QPC non seulement et principalement dans le procès principal mais aussi, compte tenu justement de leur effet *erga omnes*, dans les « *instances en cours* », voire dans celles qui ne sont pas encore nées, même si cette hypothèse semble pour le moment *a priori* exclue par le Conseil si on s'en tient au sens littéral des termes employés dans ses décisions¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Le Conseil doit ainsi *in fine* s'extraire

¹⁵⁶ Souligné par nous.

¹⁵⁷ De manière non exhaustive, ROUSSEAU D., « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDJ* 2009, p. 631 ; VERPEAUX M., « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA* 2009 p. 1474 ; ROBLOT-TROIZIER A., « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80 ; RIDEAU J., « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *RDJ*, 2009, p. 601 ; SUDRE F., « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDJ*, 2009, p. 671 ; BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.

¹⁵⁸ Pour un exemple contraire, suffisamment rare pour être noté, v. PFERSMANN O., « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* (Les articles 61-1 et 62 de la Constitution) », *LPA*, 19 décembre 2008, p. 103. L'auteur se risque à qualifier « *d'annulation* » les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité tels que régis par l'alinéa 2 de l'article 62 C.

¹⁵⁹ Les premiers articles importants sur la question furent respectivement : TILLI, N., « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité *a posteriori* », *RDJ*, 2010, p. 1591 ; PUIG, P., « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, 2010, p. 517 ; BOUDON, J., « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 40, 4 octobre 2010 ; BORZEIX, A., « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDJ*, 2010, n° 4, p. 981

¹⁶⁰ Le Conseil constitutionnel a en effet limité par principe les effets aux seules « *instances en cours* » ou aux « *instances non jugées définitivement* », v. Cons. Const., 6 octobre 2011, 2011-174 QPC, *Mme Oriette P.* [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent].

¹⁶¹ L'instance est définie comme « *La procédure engagée devant une juridiction* » ou, plus précisément « *la suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou autres modes d'extinction de*

Par la suite, le Conseil, sans doute conscient de l'importance de ces éléments pour la suite du contentieux, va parfois les indiquer dans un considérant intégré parfois dans un paragraphe final spécifique « *SUR LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ* : »¹⁶⁶, ou « *SUR L'EFFET DANS LE TEMPS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ* : »¹⁶⁷.

Ce n'est que dans un second temps, initié par la décision 110 QPC du 25 mars 2011, que le Conseil, sans doute pressé par l'imminence des premières décisions « retours » accordera une place spécifique, dans ce dernier considérant, aux effets *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité, selon une formule désormais consacrée¹⁶⁸. Le considérant 8 constitue ainsi une sorte de *vade-mecum* des effets *ex tunc* attachés à ses décisions à l'usage des juridictions :

« *si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.* »¹⁶⁹.

Sont dès lors traités en une seule formule, manquant sans doute encore de précisions et peut être aussi de rigueur terminologique pour être satisfaisante, les effets *ex tunc* – effets potentiellement très étendus et sujets à une modulation conséquente – et *ex nunc* – effets classiques et dont la modulation procède de la seule possibilité d'en différer l'entrée en vigueur – qui doivent en principe être attachés à une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre d'une QPC¹⁷⁰. La formule est néanmoins osée car elle prend exactement le contre-pied de l'interprétation qui avait pu être faite par certains du nouvel alinéa de l'article 62, qui privilégiait le principe de l'absence de remise en cause des effets passés et laissait marginalement le Conseil préciser les cas où une remise en question serait possible¹⁷¹.

Les effets *ex tunc* des déclarations d'inconstitutionnalité ne doivent néanmoins pas être considérés comme se limitant aux seules instances juridictionnelles en cours¹⁷². En effet,

¹⁶⁶ Il s'agit en l'espèce de 4 décisions prononçant l'abrogation de la disposition législative avec effet différé : Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue]; Cons. Const., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement]; Cons. Const., 9 juin 2011, 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B. et autre* [Hospitalisation d'office]; Cons. Const., 20 avril 2012, 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement].

¹⁶⁷ Cons. Const., 6 octobre 2011, 2011-174 QPC, *Mme Oriette P.* [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent].

¹⁶⁸ Cons. Const., 25 mars 2011, 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants], § 5 et Cons. Const., 25 mars 2011, 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B.* [Composition de la commission départementale d'aide sociale], § 8.

¹⁶⁹ Le Conseil restreint par ailleurs en l'espèce la portée du principe qu'il énonce dans le même temps, en précisant qu'« *il y a lieu, en l'espèce, de prévoir que les décisions rendues antérieurement par ces commissions ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision* ».

¹⁷⁰ Cette modulation peut d'ailleurs en principe porter aussi sur les effets de la règle prétorienne dégagée par le juge, comme en ont l'habitude aujourd'hui le juge administratif et le juge judiciaire, v. *SEILLER B.*, « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne. Tentative iconoclaste de systématisation », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 982.

¹⁷¹ Voir sur cette question B. MATHIEU et M. VERPEAUX, (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Actes du colloque organisé au Conseil constitutionnel dans le cadre du 5^e Printemps du Droit constitutionnel, Dalloz, 2010, notamment les débats faisant intervenir le Président Didier Le Prado (ancien Président de l'ordre des avocats aux Conseils), pp. 147-149.

¹⁷² Ce qui n'est a priori par (encore) l'avis du Conseil constitutionnel si on se réfère au texte publié sur son site sur cette question peu de temps après la décision 110 QPC, début avril 2011 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii.95651.html>

compte tenu de la généralité de la formule de l'alinéa 2, ils devraient concerner, nous semble-t-il, de la même manière, les instances non encore ouvertes devant une juridiction¹⁷³ mais aussi, en dehors des juridictions, l'ensemble des autorités chargées de l'application de la loi, et en premier lieu l'administration. N'oublions pas en effet que, conformément à l'article 62 al. 3 C. les décisions du Conseil, quelles qu'elles soient (QPC ou *a priori*), sont sans recours et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », qu'il s'agisse de la question de la constitutionnalité de la disposition législative en cause ou des effets, *ex tunc* et/ou *ex nunc*, qu'il faut attacher à la décision du Conseil. La question des effets des décisions QPC du Conseil supposerait par conséquent d'appréhender non seulement les conséquences qu'en tirent les juridictions concernées par un litige faisant application de la disposition législative inconstitutionnelle mais aussi l'administration dans sa fonction d'application de la loi, amenée à procéder à l'abrogation, voire au retrait des actes administratifs « solidaires »¹⁷⁴ des dispositions législatives en cause. S'il est aisé de déterminer le respect des décisions QPC par la juridiction devant laquelle la QPC a été soulevée, voire pour les instances en cours dans la mesure où les décisions qui en résultent intègrent la décision du Conseil dans leurs visas comme dans leurs motifs, la tâche est plus compliquée en dehors du contentieux, pour les autorités administratives, centrales, déconcentrées et décentralisées, en charge d'appliquer la loi, qu'il s'agisse des mesures réglementaires adoptées sur le fondement de la loi ou des mesures administratives non réglementaires prises en application soit directement de la loi, soit de ses décrets d'application.

La souplesse de la formule énoncée à l'alinéa 2 doit en principe permettre l'articulation entre l'office du Conseil constitutionnel et celui du juge ordinaire, notamment celui du juge administratif, amené à tirer d'office toutes les conséquences du défaut de base légale d'un acte administratif lorsque cette base a été anéantie *ex tunc* par une décision QPC. La déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause par le Conseil prive en effet de base légale ses mesures d'application voire, en principe, devrait pouvoir être étendue par « ricochet » à l'ensemble des actes juridiques considérés comme « solidaires » de cette disposition puisque les effets sont en principe identiques à ceux d'une annulation. Une intervention *a minima* du Conseil aurait donc comme conséquence de laisser une marge de manœuvre importante au juge ordinaire pour apprécier certains aspects de la remise en cause des effets passés de la disposition législative frappée d'inconstitutionnalité, ce qui ne favoriserait pas la sécurité juridique, en particulier dans le cadre français d'une dualité d'ordres juridictionnels.

Certaines des décisions juridictionnelles « retours »¹⁷⁵ examinées, qu'il s'agisse des juridictions devant lesquelles la QPC a été soulevée ou de celles ayant dû faire application d'une disposition législative censurée par le Conseil constitutionnel, permettent de conclure à un effet quasi automatique dans le contentieux de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire là où les normes de référence du juge sont les plus visibles puisqu'elles constituent la base de son contrôle. Par ailleurs, le juge administratif est de manière générale plus sensible à la

¹⁷³ Cette conception élargie de l'« instance en cours » a d'ailleurs été proposée par Jean-Philippe Thiellay dans ses conclusions sous l'arrêt d'assemblée *Mme Lazare*, v. THIELLAY, J.-P., « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel », Conclusions sur Conseil d'Etat, assemblée, 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele*, req. n°317808 et *Mme Lazare*, req. n°329290, RFDA, n°4-2011, p.777.

¹⁷⁴ Doivent être considérés comme « solidaires » les actes soit intervenus en application de la disposition législative en cause, soit qui lui sont subséquents, c'est-à-dire lorsqu'ils interviennent après et en considération de cette dernière.

¹⁷⁵ Terme que nous utiliserons pour parler des décisions juridictionnelles faisant application d'une décision QPC du Conseil constitutionnel dans la détermination de la solution qu'elles doivent apporter à leur litige. Sont donc concernées par ce terme à la fois les décisions émanant de la juridiction devant laquelle la QPC a été soulevée mais aussi les instances en cours, voire à venir, ayant à faire application de la disposition législative en cause.

hiérarchie des normes que son homologue judiciaire dans la mesure où le contrôle de légalité participe à la structuration de cette hiérarchie à laquelle s'intègre naturellement la constitutionnalité. Nous ne préjugeons cependant pas de la possibilité pour le juge administratif d'opérer une substitution de base légale afin de sauver l'acte administratif en cause. Le plein contentieux n'en est pas moins concerné dans la mesure où l'application de certaines dispositions législatives peut occasionner un préjudice que les administrés ne manqueront pas de faire valoir devant le juge. Le Conseil d'Etat sera-t-il ce juge ? Acceptera-t-il de suivre la voie tracée par l'arrêt *Gardedieu*¹⁷⁶ en acceptant d'étendre le raisonnement applicable aux conventions internationales à la Constitution ? Rien n'est moins certain.¹⁷⁷

Plusieurs arrêts de CAA illustrent cette logique d'effet « ricochet » des décisions QPC. Un arrêt de la CAA de Lyon du 26 octobre 2010, en matière de plein contentieux, va par la voie de l'appel puis de l'évocation, requalifier ainsi une mesure administrative (un permis de construire assorti d'une clause de cession de terrain à titre gratuit), privée de base légale en raison de l'effet *erga omnes* de la décision 33 QPC du 22 septembre 2010 (sur transmission par Cour de cassation)¹⁷⁸, en « *emprise irrégulière* », avec comme conséquence la compétence du juge judiciaire :

« Considérant qu'il est constant que le permis de construire, délivré le 2 mars 1999 à M. A, par le maire de la commune de Bourg-Saint-Christophe, comportait une clause de cession gratuite au profit du département de l'Ain d'un tènement immobilier d'une superficie de 230 m², nécessaire à l'élargissement de la route départementale n° 4 et de la voie communale n° 36, en application du 2ème alinéa de l'article L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme ; que le Conseil constitutionnel a été saisi le 1er juillet 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité du dispositif de cessions gratuites de terrains prévu à l'article L. 332-6-1) e précité ; que le Conseil constitutionnel, par une décision en date du 22 septembre 2010 a déclaré contraire à la constitution l'article L. 332-6-1 2°) e du Code de l'urbanisme¹⁷⁹ et a précisé que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision et qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ; que, dès lors, la cession gratuite prévue par le permis de construire du 2 mars 1999 ne repose sur aucun fondement légal et constitue une emprise irrégulière sur une propriété privée, dont il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires, gardiens de la propriété privée, de connaître ; que, par suite, c'est à tort que les premiers juges n'ont pas rejeté les conclusions principales et subsidiaires de M. A comme portées devant un ordre de juridiction incompétent ; qu'il y a donc lieu d'annuler le jugement attaqué »¹⁸⁰.

Suivant la même logique, deux arrêts de la CAA de Paris des 27 avril et 5 juillet 2011, concluent à l'annulation des décisions du préfet de Paris du 4 juillet 2008 de refus de la

¹⁷⁶ CE Ass. 8 février 2007 *Gardedieu*, chron. LENICA et BOUCHER, *AJDA* 2007, p. 588.

¹⁷⁷ Sur cette question, v. DISANT, M., « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle en perspectives », *RFDA* 2011, p. 2015.

¹⁷⁸ Le considérant 4 de la décision 33 QPC précise que la disposition législative en cause « *attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence* ». Cons. Const., 22 septembre 2010, 2010-33 QPC, *Société Esso SAF* [Cession gratuite de terrain], §4.

¹⁷⁹ Le e) de cet article disposait que : « *Les cessions gratuites de terrains destinés à être affectés à certains usages publics qui, dans la limite de 10 % de la superficie du terrain auquel s'applique la demande, peuvent être exigées des bénéficiaires* ».

¹⁸⁰ CAA de LYON, 1ère ch., 26 octobre 2010, req. n°08LY01737, Concl. Thomas Besson. Notons qu'à l'époque où le TA de Lyon a rendu la décision attaquée (le 29 mai 2008) la question de constitutionnalité n'était même pas inscrite dans la Constitution et il avait à se prononcer sur un permis de construire délivré 9 ans plus tôt, le 2 mars 1999.

Sources disponibles sur internet : http://alyoda.univ-lyon3.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=415:cession-gratuite-permis-construire&catid=42:libertes&Itemid=115

qualité d'ancien combattant à des ressortissants de nationalité étrangère, en tant qu'elles s'appuyaient sur une condition légale de nationalité et de domiciliation ayant fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel dans une décision 33 QPC du 23 avril 2010¹⁸¹. Les décisions administratives en cause sont par conséquent rétroactivement privées de base légale, comme si le Conseil constitutionnel avait procédé à une véritable annulation contentieuse.

Les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet *ex tunc* ne sont pas toujours aussi claires et prévisibles en raison des caractères abstrait et général dans lesquels ils sont formulés par le Conseil¹⁸². Ce caractère abstrait réduit l'automatisme des conséquences qui peuvent en être tirées sur le procès ordinaire, notamment pour les instances en cours. Cette caractéristique laisse par conséquent une certaine marge de manœuvre au juge ordinaire. D'une part il peut tout à fait refuser au requérant le bénéfice d'une QPC soulevée à l'occasion d'une autre instance en lui opposant les règles de procédures encadrant l'instance telles le caractère tardif de la présentation du moyen malgré son caractère d'ordre public. D'autre part il peut aussi décider, au regard des éléments concrets d'appréciation du dossier, de ne pas faire bénéficier le requérant de la déclaration d'inconstitutionnalité. Illustre cette hypothèse un arrêt de la CAA de Marseille qui, contre toute attente, ne tire pas comme conséquence de la décision 33 QPC relative à la *Cession gratuite de terrain*, la nullité d'un permis de construire attribué en application de la disposition législative en cause, laissant par conséquent ses attributaires en subir les effets¹⁸³.

La modulation dans le temps des effets des décisions QPC est donc une prérogative essentielle détenue exclusivement par le Conseil constitutionnel qui dispose dès lors d'une marge de manœuvre conséquente pour en faire varier l'intensité. La première de ces variables est bien entendu l'effet immédiat ou différé de l'abrogation qu'entraîne en principe la déclaration d'inconstitutionnalité.

B) Les déclarations d'inconstitutionnalité comportant une abrogation différée

Sur 52 décisions d'inconstitutionnalité rendues entre le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} mars 2012, le Conseil a prononcé 17 abrogations différées. Elles concernent le droit pénal (14/22, 32, 112, 147, 190 et 192 QPC), le droit des pensions (1, 83 et 108 QPC), le droit de la santé (71 et 135/140), le droit douanier (203 et 208 QPC), le droit de l'urbanisme (182 QPC), le droit de l'environnement (183/184 QPC), le droit des nouvelles technologies (45 QPC) et le droit social (205 QPC). Huit furent transmises par la Cour de cassation (14/22, 32, 112, 147 et 190, 192, 203 et 205 QPC), les neuf autres par le Conseil d'Etat (1, 45, 71, 83, 108, 135/140, 182, 183/184 et 208 QPC), ce qui correspond à peu de choses près à la proportion des décisions QPC issues de chaque ordre. Avec six décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation différées sur les huit transmises par la Cour de cassation, la procédure pénale semble se prêter plus facilement à ce type de modulation ce qui est logique compte tenu du risque que fait courir l'abrogation immédiate d'une disposition législative de procédure pénale sur l'ordre

¹⁸¹ Cons. const., 23 avril 2010, 2010-18 QPC, *M. Lahcène A.* [Carte du combattant].

¹⁸² Sur cette question, v. MAGNON, X., « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil Constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, n°4-2011, p.768.

¹⁸³ CAA de Marseille, 21 octobre 2010, *M. et Mme Pierre A*, req. n°08MA03841. Le considérant écartant ce moyen se contente de noter, après avoir mentionner la décision 33 QPC du Conseil constitutionnel et son applicabilité aux « litiges en cours », que « le terrain d'assiette est desservi par l'avenue Lorenzi, en sens unique, d'une largeur, qui ne pourra plus être modifiée, de 5 à 6 mètres ».

public¹⁸⁴. La prévention des atteintes à l'ordre public, associée à la recherche des auteurs d'infractions, sont ainsi mobilisées, en tant qu'objectifs de valeur constitutionnelle, pour justifier la modulation des effets de l'abrogation opérée par le Conseil constitutionnel¹⁸⁵. Il s'agit en effet d'une dérogation au principe de l'application immédiate de l'abrogation et du bénéfice immédiat de la déclaration d'inconstitutionnalité pour la partie qui a soulevé la QPC. Elle se doit par conséquent d'être motivée en droit. En témoigne par exemple le considérant 30 de la décision 14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue, reproduit dans d'autres décisions en matière pénale¹⁸⁶, douanière¹⁸⁷, ou en matière de santé publique¹⁸⁸ :

*« si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives »*¹⁸⁹.

Certains domaines sont *a priori* plus sensibles que d'autres à une remise en question immédiate de dispositifs législatifs inconstitutionnels, notamment lorsqu'elle contreviendrait à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public, voire, lorsqu'elle comporterait un volet financier ayant un impact conséquent sur les finances publiques, comme en matière de droit des pensions¹⁹⁰ ou en matière d'indemnisation pour la QPC sur la loi dite « anti-Perruche »¹⁹¹⁻¹⁹². Le Conseil invoque aussi parfois le risque d'atteinte à certains principes constitutionnels que comporterait une abrogation immédiate de la disposition législative, ainsi que l'illustre le considérant 12 de la décision 147 QPC du 8 juillet 2011 relative au Tribunal pour enfants :

*« Considérant qu'en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité ; que, toutefois, l'abrogation immédiate de l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire méconnaîtrait le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, afin de permettre au législateur de mettre fin à cette inconstitutionnalité, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2013 la date de cette abrogation »*¹⁹³.

Ces hypothèses, notamment celle où le Conseil invoque un principe de valeur constitutionnelle, sont intéressantes dans la mesure où finalement ce dernier justifie le choix de la modulation des effets *ex nunc* par le respect qu'il entend accorder à la Constitution dans l'exercice de sa propre compétence décisionnelle. L'objet de la solution juridictionnelle est donc l'exercice de son pouvoir de modulation dans le temps qu'il interprète, par souci de

¹⁸⁴ RENOUX T.-S., MAGNON X., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur la question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive (Mai 2010 - Mai 2011) », *Rev. pén.*, 2011, p. 417.

¹⁸⁵ Ces objectifs sont récurrents dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la décision 80-127 DC des 19-20 janvier 1981 *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, à l'occasion de laquelle le Conseil déclare que ces objectifs « sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle », MONTALIVET (de), P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 93.

¹⁸⁶ Les déclarations d'inconstitutionnalité avec abrogation différée issues d'une QPC transmise par la Cour de cassation concernent d'ailleurs, pour 6 d'entre elles, le droit pénal.

¹⁸⁷ Cons. Const., 22 septembre 2010, 2010-32 QPC - *M. Samir M. et autres* [Retenue douanière].

¹⁸⁸ Cons. Const., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement] ; Cons. Const., 9 juin 2011, 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B. et autre* [Hospitalisation d'office].

¹⁸⁹ Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], souligné par nous.

¹⁹⁰ Cons. Const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions].

¹⁹¹ Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC, *Mme Viviane L.* [Loi dite « anti-Perruche »].

¹⁹² Une étude d'impact des conséquences d'une abrogation immédiate a d'ailleurs été requise par le Conseil auprès du Gouvernement dans la phase d'instruction de ces deux affaires.

¹⁹³ Une abrogation immédiate aurait en effet eu pour effet de soumettre les mineurs aux juridictions de droit commun, au mépris de la spécificité de ce contentieux et des objectifs auxquels le législateur s'est astreint depuis 1945, v. Cons. Const., 8 juillet 2011, 2011-147 QPC, *M. Tarek J.* [Composition du tribunal pour enfants], souligné par nous.

cohérence et de légitimité, au regard des autres normes constitutionnelles. Au demeurant, le Conseil constitutionnel invoque aussi d'autres motifs à l'appui de l'effet différé de l'abrogation qu'implique en principe une déclaration d'inconstitutionnalité. C'est le cas bien souvent de la sécurité juridique¹⁹⁴, placée au cœur des préoccupations du constituant en 2008¹⁹⁵, ou, plus concrètement, les « *conséquences manifestement excessives* » qu'aurait l'abrogation immédiate du dispositif législatif, associées ou non à « *la sécurité juridique* »¹⁹⁶ dans les motifs des décisions du Conseil constitutionnel. En témoigne par exemple le considérant 7 de la décision 45 QPC du 6 octobre 2010 à propos des noms de domaine :

« *qu'en égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1er juillet 2011 la date de son abrogation pour permettre au législateur de remédier à l'incompétence négative constatée* »¹⁹⁷.

Les délais de report fixés par le Conseil varient de trois mois (192 QPC) à 17 mois (147 QPC) dont neuf décisions au delà de 12 mois (83, 135/140, 147, 182, 183/184, 190, 203, 205 et 208 QPC), avec une moyenne de 10,4 mois. On peut penser logiquement que le Conseil a intégré, à partir de juin 2011, dans la détermination de ce délai, les échéances électorales nationales de 2012. En effet, entre juin 2011 et mars 2012 la moyenne passe 9.12 à 12.6 mois, en sachant que la décision 192 QPC fixe un délai de trois mois, sans lequel la moyenne serait de 13.87. On notera que le délai moyen est bien en deçà de ce que pratique par exemple la Cour constitutionnelle allemande (21 mois avec un délai maximum de 61 mois), et au-delà de ce que pratique son homologue belge (neuf mois avec un délai maximum de 17 mois)¹⁹⁸. On conviendra qu'il est difficile pour le Conseil, en dépit de la longue expérience parlementaire dont peuvent se prévaloir certains de ses membres, de définir chaque fois le délai le plus raisonnable, partagé entre la nécessité, parfois impérieuse, de faire cesser rapidement l'application d'une loi inconstitutionnelle et celle de laisser au Parlement le temps pour en adopter une nouvelle qui ne soit pas seulement conforme à la constitution mais aussi conforme aux exigences du débat démocratique qui nécessite du temps, gage aussi de qualité de la loi¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Sur l'enjeu de la sécurité juridique relatif à la QPC, v. BORZEIX, (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDJ*, 2010, p. 981 et s.

¹⁹⁵ L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République n°820 déposé le 23 avril 2008, précise, à propos du filtrage des questions de constitutionnalité par les juridictions suprêmes, que « *seraient ainsi conciliés l'exigence de sécurité juridique, le respect du Parlement, la nécessité de ne pas engorger le Conseil constitutionnel et le progrès dans la protection des droits fondamentaux* ». Les prérogatives attribuées au Conseil en matière de modulation des effets de ses décisions participent de la même logique : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0820.asp>.

¹⁹⁶ La décision 235 QPC du 21 avril 2012 ne s'embarrasse par exemple pas de la référence à la sécurité juridique, se contentant de faire référence dans son considérant 30 à des « *conséquences manifestement excessives* ». Cons. Const., 20 avril 2012, 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement] : « *Considérant que l'abrogation immédiate du paragraphe II de l'article L. 3211-12 et de l'article L. 3213-8 aurait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, il y a lieu de reporter au 1er octobre 2013 la date de cette abrogation ; que les décisions prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».

¹⁹⁷ Cons. Const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, *M. Mathieu P.* [Noms de domaine Internet], § 7.

¹⁹⁸ Pour une analyse comparée des délais laissés au législateur dans l'exercice de ces mêmes pouvoirs de modulation par les Cours constitutionnelles belge et allemande jusqu'en 2006, v. Christian BEHRENDT, *Le juge constitutionnel un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 370-375.

¹⁹⁹ L'ex Président de l'Assemblée nationale, Bernard Accoyer, invitait ainsi, dans un entretien accordé au journal *Le Monde* le 11 janvier 2011, le Conseil constitutionnel à laisser des « *délais suffisants* » au Parlement pour procéder aux réécritures nécessitées par les abrogations prononcées par le Conseil constitutionnel.

En toute logique, aucune des décisions emportant abrogation différée, ne devrait comporter une remise en cause directe des effets passés de la disposition législative en cause. En effet, lorsque le Conseil prévoit un délai pour le législateur, la validation temporaire de la disposition législative en cause présuppose *a priori* la validation de l'ensemble de ses effets passés et à venir pour la période de latence. Certaines décisions du Conseil conduisent néanmoins à nuancer ce constat ou tout du moins à lui donner plus de contraste.

Il s'agit par exemple de la décision 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 *Claude G.* relative au 5^o alinéa de l'article 28 du Code des pensions civiles et militaires déclaré contraire au principe d'égalité du fait de la différence de traitement, non justifiée par l'objet de la loi, qu'engendre l'application combinée des deux plafonnements rattachés à une pension de retraite et à une rente viagère d'invalidité²⁰⁰. Si le Conseil, rappelant le dispositif de l'article 62 al. 2 C., diffère l'abrogation de la disposition législative en cause au 1^{er} janvier 2012, laissant ainsi 12 mois au législateur pour revoir sa copie, il s'appuie sur le principe de l'effet utile de la QPC en intimant, d'une part aux juridictions saisies à l'époque dans le cadre d'une instance dont l'issue dépend de l'application de la disposition en cause, de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles, d'autre part au législateur de prévoir une application des dispositions nouvelles à ces mêmes instances. Le dispositif de la décision QPC revient ainsi à enjoindre au législateur de procéder à une remise en question partielle (limitée aux seules instances juridictionnelles) des effets passés de la disposition législative en cause, les parties pouvant alors bénéficier d'un dispositif législatif respectant le principe d'égalité qui rétroagira à la date de la décision du Conseil et permettre aux instances en cours à cette date d'en bénéficier. Il s'agit donc d'une remise en cause des effets passés à la fois indirecte (c'est le législateur qui en prendra l'initiative sur injonction du Conseil et en réglera le contenu) et différée, puisque suspendue à l'intervention programmée du législateur avant le 1^{er} janvier 2012. Ce dispositif est très proche de celui de la décision 2010-1 QPC relatif à la *décrystallisation des pensions des anciens combattants* du point de vue de la double injonction faite au législateur de faire rétroagir la loi future et aux juridictions ayant à faire application de la disposition en cause de surseoir à statuer²⁰¹. Le Conseil fait primer dans ces solutions un peu particulières la nature incidente de la QPC en ne prévoyant le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité que pour les instances en cours et non pour toute instance en cours ou à venir. Une solution plus large aurait été plus égalitaire puisque, au final, ceux qui n'ont pas contesté la constitutionnalité de la disposition législative par la voie contentieuse en se contentant d'accepter l'application qui leur était faite du texte en cause, ne bénéficient pas de l'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel consacré, un peu tardivement certes, le principe de la remise en cause des effets passés par les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil.

C) Le principe de la remise en cause des effets passés par la déclaration d'inconstitutionnalité

Si on applique rétrospectivement les principes directeurs de l'effet *ex tunc* des déclarations d'inconstitutionnalité définis dans la décision 110 QPC du 25 mars 2011 – c'est-à-dire le principe selon lequel quand le Conseil ne se prononce pas sur cette question la déclaration est invocable dans l'instance principale ainsi que dans les instances en cours –, sur les 52 déclarations d'inconstitutionnalité prononcées entre le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} mars 2012, 40 remettent en cause directement ou indirectement, de manière large ou limitée, les effets passés de la disposition législative en cause. L'analyse de ces décisions permet de dresser une grille

²⁰⁰ Cons. Const., 13 janvier 2011, 2010-83 QPC, *M. Claude G.* [Rente viagère d'invalidité].

²⁰¹ Cons. const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L.*, [Cristallisation des pensions].

de lecture des différentes catégories de remises en question des effets passés de la disposition législative en cause et des hypothèses auxquelles elles correspondent. Cette grille traduit la complexité du traitement de cette question par le Conseil qui elle-même reflète la complexité des situations qu'il est amené à envisager en fonction du contexte entourant l'application de la disposition législative en cause. Elle illustre le décalage qui existe encore entre la dimension objective et abstraite de la QPC et son insertion *in fine* dans le litige à l'occasion duquel elle a été soulevée ainsi que dans l'ensemble des litiges pendants concernés par l'application de la disposition législative en cause. L'examen des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil permet d'isoler six catégories de décisions, constituées d'un principe et de cinq exceptions²⁰². Le recours aux exceptions suppose, comme pour l'abrogation différée, que le Conseil s'en justifie dans ses motifs. Cette obligation de motivation le conduit à faire porter son appréciation au-delà de l'abstraction dans laquelle le constituant et le législateur organique ont voulu l'enfermer, sans pour autant lui permettre de pénétrer l'intimité du procès principal à l'intérieur de laquelle le juge ordinaire dispose finalement encore d'une certaine marge de manœuvre.

1) Le principe : une rétroactivité processuelle d'ordre public

En vertu de l'effet utile de la QPC, en l'absence de précision de la part du Conseil, la déclaration d'inconstitutionnalité doit s'appliquer dans l'instance principale comme dans les instances en cours. Le plus souvent le Conseil précise que la déclaration d'inconstitutionnalité doit être appliquée « *aux instances en cours à la date de la présente décision* » ou « *à toutes les instances non définitivement jugées* » « *à la date de la présente décision* » (174, 185 QPC). Il ressuscite ainsi la formule qu'avait abandonné le constituant en 2008 au profit d'une formule plus large mais aussi moins claire visant en général les « *effets que la disposition a produit* »²⁰³. Les juridictions doivent dès lors soulever d'office le vice d'inconstitutionnalité frappant les dispositions législatives en cause qui constitue un moyen d'ordre public et est bien entendu susceptible de déboucher sur la cassation de l'arrêt en cas de pourvoi. Par ailleurs, si le juge ne soulevait pas un tel moyen d'office, les parties à l'instance principale ou aux instances en cours (demandeur[s] comme défendeur[s]) doivent pouvoir le soulever en tout état de la procédure, voire même nous semble-t-il, après la clôture de l'instruction²⁰⁴. Seule devrait faire obstacle à ce principe la force de chose jugée c'est-à-dire les décisions juridictionnelles qui ne sont plus susceptibles de recours.

Ce dispositif écarte *a priori* les instances non encore ouvertes devant le juge c'est-à-dire, si on prend les termes « *instances en cours* » au sens strict, non seulement les instances qui pourraient être ouvertes dont l'objet serait de remettre en question les effets des actes intervenus en application de la disposition législative en cause, mais aussi, pour les instances qui ont donné lieu à un jugement, les voies d'appel et de cassation. Le Conseil valide donc les

²⁰² Ces catégories ont été déterminées entre le professeur Emmanuel CARTIER et Mlle Marina BENIGNI afin de structurer l'analyse qu'elle mène actuellement sur ces questions dans son mémoire de M2 qu'elle a l'ambition de prolonger par une thèse. Ces catégories ont servi par ailleurs à déterminer les différentes rubriques de la colonne « M », intitulée « Traitement des effets passés » du tableau de jurisprudence des décisions QPC du Conseil constitutionnel. Notre analyse s'appuie en grande partie sur cet outil permettant de faire ressortir de manière exhaustive les décisions comportant ou non une remise en cause des effets passés.

²⁰³ *Infra*.

²⁰⁴ Sur cette question, voir THIELLAY, J.-P., *Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel*, Conclusions sur Conseil d'Etat, assemblée, 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele*, req. n°317808 et *Mme Lazare*, req. n°329290, *RFDA*, 2011, p.778.

effets passés des actes en question en dehors de ceux ayant fait l'objet d'un recours à la date de la déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui démarque celle-ci d'une véritable annulation contentieuse et n'est en adéquation ni avec la signification d'une déclaration d'inconstitutionnalité ni avec l'esprit de l'article 62 alinéa 2 C.

2) Les exceptions à la rétroactivité processuelle d'ordre public

Ces exceptions résultent des nuances qu'a pu apporter le Conseil constitutionnel en intervenant justement pour préciser quels effets pouvaient être remis en cause, soit de manière plus large que dans la rétroactivité d'ordre public, soit, le plus souvent, de manière plus restreinte, voire nulle lorsque tout effet rétroactif est refusé par le Conseil. Elles sont au nombre de cinq à la date du 1^{er} mars 2012. Comme toutes exceptions, elles doivent être conçues comme étant d'interprétation stricte.

a) Le refus de rétroactivité

Cette hypothèse concerne 13 déclarations d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel dans lesquelles il a refusé le bénéfice de la QPC non seulement pour les instances en cours mais aussi pour l'instance principale, donc pour le justiciable qui l'avait soulevée dans l'espoir de pouvoir s'appuyer dessus pour obtenir gain de cause. Cette solution est systématiquement combinée à une abrogation différée, à une exception près²⁰⁵. Un tel choix revient à nier l'effet utile de la QPC et le lien qu'elle entretient nécessairement avec le procès principal. Pour aboutir à une telle conclusion, le Conseil doit nécessairement prendre en compte le contexte contentieux dans lequel la QPC a été soulevée et les effets que pourrait occasionner une remise en cause des effets passés de la disposition législative en cause. Sur un total de 12 décisions consacrant cette solution entre le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} mars 2012, cinq sont intervenues en matière pénale (décisions 14/22, 32, 147, 192 et 223 QPC), deux en droit de la santé (71 et 135/140 QPC), deux en matière douanière (203 et 208 QPC), une en matière sociale (205 QPC), une dans le domaine du droit de l'urbanisme (182 QPC), et une en matière de droit de l'environnement (183/184 QPC).

Les motifs invoqués par le Conseil sont les mêmes que ceux qu'il mobilise pour justifier le recours à l'abrogation différée²⁰⁶. Les deux sont d'ailleurs associés dans la motivation. Ainsi, précise-t-il dans sa décision 14/22 QPC relative à la garde à vue, après avoir énoncé le principe selon lequel la déclaration de constitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la QPC que, d'une part « *l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives* » (d'où un report au 1^{er} juillet 2011), d'autre part, « *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* »²⁰⁷. De la même manière, dans sa décision 235 QPC du 20 avril 2012, le Conseil écarte, au motif de « *conséquences manifestement excessives* » dont il ne précise d'ailleurs pas la teneur, l'effet *ex tunc* de sa déclaration d'inconstitutionnalité, considérant « *que les décisions prises avant cette date en application*

²⁰⁵ Cons. Const., 17 février 2012, 2011-223 QPC, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, [Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat], § 9 : « *Considérant que l'abrogation de l'article 706-88-2 du Code de procédure pénale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les gardes à vue mises en œuvre à compter de cette date* ».

²⁰⁶ *Infra*.

²⁰⁷ Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], souligné par nous.

des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »²⁰⁸.

La décision 45 QPC du 6 octobre 2010 relative aux noms de domaines sur Internet est intéressante de ce point de vue car elle ne restreint l'ensemble des conséquences qui pourraient en être tirées par les juridictions administratives du point de vue du défaut de base légale des actes administratifs pris en application de la disposition législative en cause. Tout en justifiant une abrogation différée par l'existence de « *conséquences manifestement excessive* » « *pour la sécurité juridique* »²⁰⁹, le Conseil précise le régime applicable à ces actes administratifs, en les distinguant selon leur nature :

« que les actes réglementaires pris sur son fondement ne sont privés de base légale qu'à compter de cette date ; que les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité »²¹⁰.

L'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité est donc ici réduit à néant au profit d'une abrogation pure et simple.

b) La rétroactivité restreinte

Dans cette hypothèse qui concerne 17 décisions du Conseil, la déclaration d'inconstitutionnalité s'applique selon une formule différente de celle utilisée dans le cadre de la rétroactivité processuelle d'ordre public. La plus fréquente, plus précise que la formule classique des « *instances en cours* », est celle qui consiste à réserver les effets *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité aux « *instances en cours et dont l'issue dépend des dispositions déclarées inconstitutionnelles* ». Le premier usage de la formule est antérieur à la décision du 25 mars 2011 et se mêlait à l'époque de manière confuse à la référence à l'effet *ex nunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité, sans référence au deuxième membre de phrase de l'alinéa 2 de l'article 62. On la retrouve dans plusieurs décisions (15/23, 33, 78, 93, 97 et 176 QPC), sous la forme suivante :

« que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »²¹¹.

Même si la formule est confuse dans la mesure où elle opère un lien contre nature entre abrogation et effet rétroactif, il s'agit bien d'une précision concernant l'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité. En effet l'abrogation visée par l'article 62 al. 2 C. ne vaut en principe que pour l'avenir. Sauf à n'avoir voulu viser que l'hypothèse de la rétroactivité pénale *in mitius*, dans un contentieux qui en l'espèce ne relève pas du champ pénal, et sous condition que l'abrogation ne soit pas prononcée avec effet différé, le Conseil a clairement visé la possibilité d'invoquer le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité de manière

²⁰⁸ Cons. Const., 20 avril 2012, 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement].

²⁰⁹ « *qu'en égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives* », Cons. Const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, *M. Mathieu P.* [Noms de domaine Internet], §6.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Cons. Const., 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres* [Article 575 du Code de procédure pénale] ; Cons. Const., 22 septembre 2010, 2010-33 QPC, *Société Esso SAF* [Cession gratuite de terrain] ; Cons. Const., 10 décembre 2010, 2010-78 QPC, *Société IMNOMA* [Intangibilité du bilan d'ouverture] ; Cons. Const., 4 février 2011, 2010-93 QPC, *Comité Harkis et Vérité* [Allocation de reconnaissance] ; Cons. Const., 4 février 2011, 2010-97, *Société LAVAL DISTRIBUTION* [Taxe sur l'électricité] ; Cons. Const., 7 octobre 2011, 2011-176 QPC, *Mme Simone S. et autre* [Cession gratuite de terrains II].

rétroactive. La formule de la rétroactivité restreinte n'est cependant pas figée, le Conseil n'hésitant pas à affiner les conditions de remise en question des effets passés en fonction du type de contentieux à l'occasion duquel a été soulevée la QPC ou tout simplement du contexte entourant les litiges réels ou potentiels nés de l'application de la disposition législative en cause. Cette appréciation va par conséquent bien au-delà d'un simple contrôle de constitutionnalité abstrait et déconnecté du procès. Elle se situe au contraire au cœur du procès car elle consiste à apprécier les conditions de réintroduction de la QPC dans celui-ci ainsi que dans ceux à l'occasion desquels aucune QPC n'a été soulevée mais qui auraient à faire application de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Témoignent de telles affinements les formules limitant l'invocation de la déclaration d'inconstitutionnalité « *dans les instances en cours ayant invoqué le moyen de la composition de la commission* »²¹².

De la même manière, dans la décision 128 QPC du 6 mai 2011 à propos de la composition du Conseil d'administration de l'AFP, le Conseil précise d'une part que la présente déclaration d'inconstitutionnalité est applicable « *devant les instances en cours* » mais que « *d'autre part (...) elle est sans effet sur les décisions rendues antérieurement par le Conseil d'administration de l'AFP qui auraient acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision* »²¹³. A contrario, sans précision de la part du Conseil, il faut considérer que la légalité de ces décisions aurait pu être contestée, emportant leur annulation contentieuse.

Le Conseil a pu enfin limiter les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité à certains contentieux. En témoigne la décision 131 QPC du 20 mai 2011, à propos de l'interdiction pour une personne poursuivie pour diffamation de prouver la véracité de faits diffamatoires remontant à plus de dix ans. Censurant la disposition législative en cause au nom de l'atteinte disproportionnée portée à la liberté d'expression par une interdiction qualifiée de « *générale et absolue* », le Conseil précise que la déclaration d'inconstitutionnalité « *est applicable à toutes les imputations diffamatoires non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision* »²¹⁴. C'est le cas aussi de la décision 160 QPC du 9 septembre 2011 relative à la Communication du réquisitoire définitif aux parties, dans laquelle le Conseil précise que la déclaration d'inconstitutionnalité qui frappe la seconde phrase du 2^e alinéa de l'article 175 du *Code de procédure pénale* est d'une part « *applicable à toutes les procédures dans lesquelles les réquisitions du procureur de la République ont été adressées postérieurement à la publication de la présente décision* », d'autre part que « *dans les procédures qui n'ont pas été jugées définitivement à cette date, elle ne peut être invoquée que par les parties non représentées par un avocat lors du règlement de l'information dès lors que l'ordonnance de règlement leur a fait grief* »²¹⁵.

c) La rétroactivité différée avec suspension des instances en cours

Cette catégorie de rétroactivité attachée à la déclaration d'inconstitutionnalité est assez originale puisqu'elle est associée à une abrogation différée. En effet, dans cette hypothèse, un peu marginale, le Conseil constitutionnel enjoint au législateur de prévoir dans la nouvelle loi des dispositions rétroactives applicables aux instances en cours (à la date de la décision) dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles. Les

²¹² Cons. Const., du 25 mars 2011, 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B* [Composition de la commission départementale d'aide sociale].

²¹³ Cons. Const., 6 mai 2011, 128 QPC, *Syndicat sud AFP* [Conseil d'administration de l'AFP].

²¹⁴ Cons. Const., 20 mai 2011, 2011-131 QPC, *Mme Térésa C. et autre* [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans].

²¹⁵ Cons. Const., 9 septembre 2011, 2011-160 QPC, *M. Hovanes A.*, [Communication du réquisitoire définitif aux parties] §7.

décisions 1, 83 et 190 QPC témoignent de ce cas de figure²¹⁶. Afin de garantir les effets qui devront être attachés par le législateur à la déclaration d'inconstitutionnalité et leur bénéfice pour les justiciables (l'effet utile de la QPC), le Conseil prend logiquement soin d'enjoindre aux juridictions se suspendre les instances en cours jusqu'à la date à laquelle l'abrogation a été différée :

« qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1er janvier 2012 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision »²¹⁷.

d) La rétroactivité potentielle sur « réserve d'opportunité »

Cette catégorie de rétroactivité a comme particularité d'être comme la précédente, attachée à la loi future après le prononcé d'une abrogation différée par le Conseil, mais, à la différence de la première, le Conseil constitutionnel laisse au législateur le soin d'apprécier les suites à donner à l'inconstitutionnalité (et donc éventuellement de remettre en cause des effets passés). Il ne s'agit donc pas d'une injonction mais d'une invitation à éventuellement prendre en compte les effets passés de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle en prévoyant par exemple des mesures de réparation ou toute autre mesure destinée à compenser le préjudice occasionné par l'application de la disposition en cause. Cette catégorie de rétroactivité consiste en l'application d'une véritable « réserve d'opportunité » par le Conseil constitutionnel à l'égard de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions, estimant comme à son habitude, qu'il ne dispose pas « *d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique (ou de même nature) à (que) celui du Parlement* »²¹⁸.

L'utilisation de cette réserve pour justifier le fait de renvoyer au législateur le soin de définir les effets qu'il entend donner à la déclaration d'inconstitutionnalité apparaît dans trois décisions QPC dont la décision 108 QPC du 25 mars 2011 qui précise dans son considérant 6 que « *par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* »²¹⁹.

Le Conseil semble ainsi ne pas se considérer comme lié par l'article 62 al. 2 et laisser, lorsqu'il l'estime nécessaire ou tout simplement judicieux, au législateur la liberté de choisir la sanction. N'est-ce pas là une sorte de renonciation à exercer les compétences qui lui ont été expressément octroyées par la Constitution de moduler les effets de ses propres décisions ? Est-ce au législateur de choisir les effets qu'il entend attacher à la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel ? Rien n'est moins certain en

²¹⁶ Cons. Const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Khedidja et Mokhtar L.* [Cristallisation des pensions] ; Cons. Const., 13 janvier 2011, 2010-83 QPC, *Claude G.* [Rente viagère d'invalidité] ; Cons. Const., 21 octobre 2011, 2011-190 QPC, *M. Bruno et autre* [Frais irrépétibles devant les juridictions].

²¹⁷ Cons. Const., 13 janvier 2011, 2010-83 QPC, *Claude G.* [Rente viagère d'invalidité], §7, souligné par nous.

²¹⁸ Cette formule a pour la première fois été employée par le Conseil dans sa décision du 15 janvier 1975 relative à l'IVG, Cons. Const., 15 janvier 1975, 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*. La désormais classique formule de « réserve d'opportunité » appliquée à l'étendue du contrôle du Conseil sur la loi ou à la justification d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec rétroactivité potentielle figure dans 16 des 192 décisions QPC dont 7 seulement ayant conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité (2, 32, 45, 108, 112, 190 et 205 QPC), contre 9 ayant validé la disposition législative en cause sans réserve d'interprétation (28, 39, 66, 92, 148/154, 173, 204, 217 et 233 QPC).

²¹⁹ Cons. Const., 25 mars 2011, 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants], formule reprise dans les décisions Cons. Const., 1er avril 2011, 2011-112 QPC, *Mme Marielle D.*, [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation] et Cons. Const., 21 octobre 2011, 2011-190 QPC, *M. Bruno L. et autre* [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales].

dépit du fait que l'on peut comprendre les réserves qu'attache le Conseil à l'exercice de son pouvoir du point de vue de la légitimité de son office comme des contraintes matérielles qui s'imposent à son exercice, notamment de temps ainsi que le contexte entourant la réception de ses décisions.

e) La rétroactivité élargie

Pour cette catégorie de rétroactivité, les effets *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité sont étendus par le Conseil au-delà de l'instance principale et des instances en cours. Elle est assez rare. Elle a d'abord été envisagée de manière théorique par le Conseil à l'occasion de l'examen de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 C., avant d'être étendue à d'autres hypothèses et selon d'autres modalités à l'occasion de trois décisions QPC.

Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil formule en effet une réserve d'interprétation permettant au justiciable, dans les hypothèses visée par l'article 23-3 de la loi organique²²⁰, où le juge a pu ou a dû rendre une décision définitive, malgré l'existence d'une QPC soulevée devant lui, d'introduire une nouvelle instance en dépit de l'autorité de chose jugée :

« Considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel »²²¹.

Dans cette hypothèse, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel modifierait à ce point l'ordre juridique qu'elle autoriserait une nouvelle instance pour une nouvelle cause qui se substituerait à une cause déjà tranchée, parfois définitivement, pour produire une nouvelle solution juridictionnelle²²².

Dans les trois décisions QPC suivantes, le Conseil constitutionnel va prendre en compte non pas les instances mais l'objet du contentieux né ou à naître, ce qui l'amène à s'intéresser au procès principal à l'origine duquel la QPC a été soulevée et à son contexte. En témoigne la décision très particulière 52 QPC du 14 octobre 2010, en raison de la portée individuelle de la disposition législative en cause. En effet, il s'agissait d'une loi de 1941 ayant approuvé deux conventions soumettant, sans contrepartie et pour une durée indéterminée, une entreprise nommément désignée (la compagnie générale de la Crau) à un prélèvement fiscal

²²⁰ « Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé ».

²²¹ Cons. Const., 3 décembre 2009, 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 C.

²²² Sur cette question, v. DE BÉCHILLON D., « Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle ? », *JCP G*, 2010, no 9, p. 237.

exceptionnel (25% de son bénéfice net global)²²³. Après avoir déclaré la loi inconstitutionnelle pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le Conseil a précisé que la dite déclaration « peut être invoquée à l'encontre des prélèvements non atteints par la prescription » c'est-à-dire sur une durée maximale de quatre ans, sous réserve de l'interruption du délai occasionnée par la formulation d'une demande de l'intéressé à l'administration ou d'une action en justice²²⁴. Le Conseil d'Etat a eu à connaître de l'application de cette déclaration d'inconstitutionnalité à l'occasion l'examen d'un pourvoi contre un arrêt de la CAA de Marseille qu'il a cassé pour erreur de droit à l'occasion duquel il a évoqué l'affaire au fond, accordant *in fine* satisfaction à la société demanderesse²²⁵.

Plus intéressante encore, dans la mesure où l'effet *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité dépasse véritablement les instances en cours, est la décision 163 QPC du 16 septembre 2011 relative à la définition du crime incestueux par le Code pénal. En effet, le Conseil, tout en précisant que la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier aux prévenus dont le cas n'a pas été définitivement jugé, précise dans son considérant 6 que « lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire »²²⁶. Notons que compte tenu du principe de l'effet immédiat de la loi pénale plus douce il n'était pas besoin de préciser que la déclaration devait bénéficier aux prévenus dont le cas n'avait pas été définitivement jugé. Pour le reste, le Conseil constitutionnel invite à dépasser la force de chose jugée dans ses conséquences concrètes sur l'enregistrement de la qualification pénale par l'administration de la justice. Le même raisonnement est tenu par le Conseil en matière électorale dans sa décision 6/7 QPC du 11 juin 2010 où, après avoir déclaré inconstitutionnel l'article L. 7 du Code électoral sur le fondement du principe d'égalité, il précise que les personnes qui ont été concernées par l'application de cette disposition peuvent demander « leur inscription immédiate sur les listes électorales »²²⁷.

Le Conseil constitutionnel dispose donc d'une capacité de modulation des effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité très importante sur la base de la formule très large de l'article 62 alinéa 2 C. Si la souplesse qu'elle permet est louable et légitime, sa mise en œuvre n'en est pas moins critiquable tant du point de vue de la pratique qu'en a le Conseil que du point de vue de celle des juridictions dans le cadre des décisions « retours ».

D) Une capacité de modulation critiquable dans sa mise en oeuvre

1) Un exercice non soumis au principe du contradictoire

Outre le caractère sans doute inapproprié de l'expression « instances en cours » utilisée par le Conseil et la complexité de la grille de lecture de son pouvoir de modulation, la capacité de modulation dans le temps des effets passés de ses déclarations d'inconstitutionnalité conduit parfois le Conseil²²⁸ à priver le justiciable du bénéfice de la QPC c'est-à-dire *in fine* du caractère effectif – au sens d'efficace – du recours organisé par l'article 61-1 C. Or, si les

²²³ Cons. Const., 14 octobre 2010, *Cnie agricole de la Crau*, [Imposition due par une société agricole].

²²⁴ Loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, article 2.

²²⁵ CE, 26 juillet 2011, *Compagnie Agricole de la Crau*, req. n°322419.

²²⁶ Cons. Const., 16 septembre 2011, 2011-163 QPC, *M. Claude N.* [Définition des délits et crimes incestueux].

²²⁷ Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres* [Article L.7 du Code électoral].

²²⁸ 12 fois sur les deux premières années d'entrée en vigueur de la QPC, (*Supra* C)2)1).

États n'ont pas l'obligation d'organiser un tel recours, lorsqu'il existe il doit s'inscrire dans les principes directeurs du procès tels que définis par l'article 6 §1^{er} de la CESDH qui impliquent le respect du contradictoire. Or, il apparaît que la détermination des effets à attacher à la décision échappe le plus souvent à toute discussion dans le cadre de l'instance et ne permet donc pas au justiciable de faire valoir systématiquement des arguments en faveur d'une application au litige contre ceux que pourraient invoquer le Conseil.

La motivation des restrictions apportées au principe de l'effet utile, voire à sa négation, ne résulte en effet pas d'un débat contradictoire organisé durant l'instance alors même que le Conseil s'appuie pour les justifier sur des objectifs ou des principes de valeur constitutionnelle, voire sur des considérations factuelles circonstanciées d'ailleurs non expressément formulées dans ses décisions qui se contentent de mentionner l'existence de « *conséquences manifestement excessives* »²²⁹. Cette anomalie qui revient à priver du bénéfice d'un procès une de ses parties sans que celle-ci ait pu être à même de faire valoir ce bénéfice face aux motifs justifiant qu'elle en soit *in fine* privée par le juge, n'a pas été suffisamment soulignée tant par la doctrine que par les praticiens. Cette situation, contraire au droit à un procès équitable institué par l'article 6 §1^{er} de la CEDH, place le Conseil dans une position délicate et sans doute peu conforme à l'esprit dans lequel il souhaitait que la procédure se déroule. Elle introduit par ailleurs la prise en compte implicite de considérations d'ordre pragmatiques, vraisemblablement parfois financières²³⁰, dont la soustraction au débat contradictoire fragilise la position du Conseil en renforçant la suspicion de partialité qui peut peser sur certains de ses membres. Le Conseil d'Etat dans son arrêt *Association AC!*, cherchant à définir les principes directeurs de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de l'annulation contentieuse avait souligné, quant à lui, dans un considérant de principe consacré à « *L'office du juge* », qu'il était nécessaire de recueillir au préalable les observations des parties et d'apprécier dans le cadre du contradictoire l'ensemble des moyens :

« il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine »²³¹.

²²⁹ L'expression « *conséquences manifestement excessives* » qui en principe est censée clore un raisonnement, n'est jamais expressément rattachée à un référent.

²³⁰ C'est sans doute vrai en matière fiscale mais aussi en droit des collectivités territoriales pour les nombreuses QPC introduites sur le fondement de l'article 72-2 C.

²³¹ Souligné par nous, v. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Rec., p. 197., D., 2005, p. 26, p. 30, obs. Frier P.-L.; *RFDA*, 2004, p. 454, obs. C. Devys et p. 438, obs. J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *AJDA*, 2004, p. 1183, note C. Landais et F. Lénica. V. égal. B. Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'horloge », *D.*, 2004, Chron., p. 1603. Voir aussi sur les rapports du juge administratif au temps, SAISON-DEMARS Johanne, « L'office du juge administratif face au temps. "A la recherche du temps retrouvé" », *DA*, n°2, Etude 4. Souligné par nous.

Certes, il semble que certaines parties s'intéressent au bénéfice des effets de la QPC dans leur mémoire²³² mais sans pouvoir par avance connaître les éléments (factuels et juridiques) qui pourraient conduire le Conseil à leur refuser *in fine* ce bénéfice dans la mesure où ce choix n'intervient qu'en toute fin du raisonnement du juge. Par ailleurs, le risque dans l'exercice délicat de cet office par le Conseil constitutionnel, est de tomber dans un raisonnement conséquentialiste, c'est-à-dire pragmatique, voire économique, au détriment du raisonnement juridique sur la base duquel s'est construite la légitimité du juge français depuis deux siècles.

Une fois saisi, le Conseil Constitutionnel pourrait rappeler ses pouvoirs de modulation et inviter les parties à se prononcer sur ce point. Il pourrait aussi le faire au moment de l'audience en dissociant le débat sur le fond d'un débat sur les effets d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité. Ces solutions ne nécessiteraient aucune modification des textes en vigueur. Toute la difficulté de cette question, outre les délais très brefs par lesquels l'office du Conseil est contraint, tient à ce qu'elle l'amènerait à se placer sur le terrain du litige. Or le constituant ne lui a pas donné ce rôle. Il n'a normalement pas de droit de regard sur le procès principal même si ses membres ont connaissance du litige à l'occasion duquel la QPC a été soulevée par le biais du dossier que le remet le service documentation du Conseil. En effet, choisir de donner les effets les plus complets ou les plus restreints possibles à sa déclaration d'inconstitutionnalité, c'est se poser la question des conséquences de la décision sur le fonctionnement normal de l'Etat ainsi que sur le litige principal et sur l'ensemble des litiges potentiellement concernés par l'application de la disposition législative en cause. Si le Conseil Constitutionnel acceptait d'en faire un débat contradictoire et public, il devrait admettre qu'on puisse le saisir d'arguments portant sur le fond du litige.

2) L'usage potentiellement inconséquent de cette capacité par le Conseil : la décision 10 QPC du 2 juillet 2010

Soulignons ici une « erreur de jeunesse » du Conseil – si on nous autorise cette expression quelque peu paradoxale – confronté aux conséquences d'une abrogation où apparaissait un risque de vide juridique qui aurait conduit concrètement à un déni de justice. Il s'agit de la décision 10 QPC du 2 juillet 2010 relative aux Tribunaux maritimes commerciaux. Dans cette affaire le Conseil, saisi de neuf QPC transmises par la Cour de cassation, a déclaré inconstitutionnelle la composition de ces juridictions spéciales²³³ sur le fondement de la violation du principe de séparation des pouvoirs formulé à l'article 16 de la DDHC. Confronté à la nécessité impérieuse de faire cesser l'activité de ces juridictions anachroniques et au risque de déni de justice idique pour les affaires pendantes devant elles, le Conseil a choisi d'innover en prescrivant que l'abrogation immédiate de la disposition législative en cause serait accompagnée d'une sorte de législation provisoire prétorienne disposant qu'à compter de la publication de sa décision « *les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun* »²³⁴. La composition de ces juridictions, qui relève normalement de la loi, est donc déterminée, à titre provisoire certes, par un organe non habilité par ses règles constitutives à procéder à ce type d'intervention normative. Ce type d'intervention prétorienne n'est pas inconnu dans le paysage des cours

²³² Les mémoires des parties ne sont ni publiés, ni communiqués, à la différence de ce qui se passe pour le contentieux *a priori*. Les moyens qui y sont développés ne sont par conséquent connaissables qu'à travers l'audience et la décision elle-même, dans lesquels tous les arguments ne sont hélas pas repris. On regrettera cette absence de transparence qui nuit à la compréhension de certaines décisions QPC et ne retranscrit pas vraiment le processus dialogique par lequel le processus juridictionnel participe à la production du droit.

²³³ Juridictions spéciales dont la composition était dérogatoire du droit juridictionnel commun, au même titre d'ailleurs que la marine militaire, puisque parmi les juges les composant siégeaient des fonctionnaires en activité du corps des affaires maritimes, art. 90 C. disc. Et pén. Mar. march., modif. Par la loi n°93-1013 du 24 août 1993.

²³⁴ Cons. Const., 2 juillet 2010, 2010-10 QPC, *Consorts C. et autres* [Tribunaux Maritimes Commerciaux]

constitutionnelles européennes. Il reste néanmoins très marginal dans la mesure où il s'agit pour le juge constitutionnel d'exercer le pouvoir législatif en lieu et place du Parlement. La Cour de Karlsruhe dans les années 70 s'était par exemple autorisée à édicter une véritable législation provisoire sur le fondement d'une interprétation généralisatrice du second alinéa du paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale qui précise : « *La Cour constitutionnelle fédérale peut déterminer dans sa décision à qui incombe son exécution ; elle peut également préciser, pour un cas individuel, la manière dont il sera procédé à l'exécution* »²³⁵. Cette interprétation « *très généreuse du paragraphe 35* »²³⁶, bien que contestée par une grande partie de la doctrine allemande, permet aujourd'hui à la Cour d'intégrer dans le dispositif même de ses décisions, au visa du paragraphe 35, des passages entiers consacrés aux mesures législatives provisoires, dont certains font plus de 6 pages²³⁷.

Il n'en est pas de même pour les Cours constitutionnelles belge et italienne, ainsi que pour le Conseil constitutionnel, lequel ne peut s'appuyer sur aucun membre de phrase de l'article 62 C. pour justifier cette intromission dans la fonction législative. Il ne cherche d'ailleurs pas à rattacher cette compétence à une base textuelle, à la différence de la Cour de Karlsruhe. Par ailleurs, en l'espèce, le Conseil ouvre la voie d'une remise en question des décisions qui ont été adoptées par les Tribunaux maritimes dans leur nouvelle composition, par la Cour de cassation, suite à un pourvoi qui serait formé pour erreur de droit. Pour le moment, neuf arrêts « retours » ont été rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Ces derniers tirent directement les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité en annulant les décisions rendues par les Tribunaux maritimes dans la composition résultant de l'article 90 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande et les invitent à siéger dans la composition provisoire prévue par le Conseil²³⁸.

La chambre criminelle dans ses arrêts « retours » de QPC a donc respecté scrupuleusement la décision du Conseil sans remettre en cause la base de la compétence des tribunaux correctionnels. Il n'est toutefois pas à exclure que les arrêts renvoyés par la chambre criminelle devant le tribunal maritime commercial du Havre dans la composition prévue pour le tribunal correctionnel soient par la suite contestés sur un autre moyen : celui de la composition irrégulière de cette nouvelle formation de jugement. L'affaire pourrait alors revenir en cassation et la Cour n'aurait d'autre choix que d'annuler les arrêts pris par cette juridiction « irrégulière », la seule autorité compétente en la matière étant le législateur, conformément à l'article 34 C.

3) Le risque d'interprétation discordante des effets définis par le Conseil : l'exemple de la résurrection de l'arrêt Perruche

Le risque de discordance dans l'interprétation des effets définis par le Conseil dans ses déclarations d'inconstitutionnalité est lié à la question de la marge de manœuvre qui peut ou

²³⁵ BEHRENDT C., *Le juge constitutionnel un législateur-cadre positif*, op. cit., pp. 340-341.

²³⁶ *Ibid.*, p. 341.

²³⁷ *Ibid.*, p. 348, l'auteur donne comme exemple l'arrêt du 28 mai 1993 relatif à l'interruption volontaire de grossesse (2^{ème} de la série), BVerG, 28 mai 1993, IVG II.

²³⁸ Cass. Crim., 2 février 2011, pourvois n°s 10-82.063, 10-82.064, 10-82.065, 10-82.066, 10-82.067, 10-82.068, 10-82.069, 10-82.070, 10-82.071, 10-82.072 : « *Attendu que, par décision du 2 juillet 2010, publiée au Journal officiel le 3 juillet 2010, le Conseil constitutionnel, statuant sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, a déclaré l'article 90 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande contraire à la Constitution, dit que cette abrogation était applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de ladite décision et qu'à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeraient dans la composition des juridictions pénales de droit commun ; Qu'il s'ensuit que le jugement attaqué, rendu dans la composition prévue par l'article 90 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, doit être annulé* ».

doit être laissée par celui-ci aux juridictions ordinaires lorsqu'il procède à la modulation des effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Une marge de manœuvre trop grande se traduira par un risque pour la sécurité juridique et pour le principe d'égalité devant la justice avec une protection asymétrique des droits et libertés fondamentaux selon l'ordre juridictionnel devant lequel leur violation est alléguée. Une marge de manœuvre nulle risque au contraire de se traduire par une trop grande déconnexion de la solution du litige et de sa dimension concrète puisque le constituant a enfermé la QPC et l'office du Conseil dans un contentieux purement abstrait et objectif. La recherche d'un juste équilibre et d'un dialogue juridictionnel respectant la spécificité des contentieux et des offices, semble aujourd'hui nécessaire pour le Conseil lorsqu'il détermine les règles devant présider à la réintroduction de ses décisions dans le procès. Les délais dans lesquels son office est enfermé ne lui offrent sans doute pas tous les moyens d'exercer de manière satisfaisante cette fonction.

Les suites de la fameuse affaire *Perruche* et des deux lois intervenues pour contrer la jurisprudence de la Cour de cassation, respectivement le 4 mars 2002 et le 11 février 2005, illustrent cette question de manière topique²³⁹. Par l'arrêt *Perruche*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000²⁴⁰ avait accepté l'indemnisation intégrale du préjudice subi par un enfant né handicapé dont la mère n'avait pas été mise en mesure de recourir à l'avortement du fait d'une erreur dans le diagnostic prénatal alors qu'elle avait fait connaître sa volonté de le faire au cas où elle aurait contracté la rubéole²⁴¹. Quelques années auparavant le Conseil d'Etat avait rendu un arrêt *Quarez* dans le sens opposé, refusant de reconnaître le préjudice de l'enfant lié à sa propre naissance, par l'exclusion de tout lien de causalité entre le handicap et l'erreur de diagnostic médical mais acceptant l'indemnisation des parents pour les charges liées à un enfant handicapé²⁴². Suite au débat de société²⁴³ provoqué par l'arrêt *Perruche*, confirmé à plusieurs reprises par la suite²⁴⁴, la loi du 4 mars 2002 avait introduit un article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles excluant pour l'enfant l'indemnisation d'un préjudice « *du seul fait de sa naissance* », ajoutant que « *la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse [seulement] à la suite d'une faute caractérisée* ». Par ailleurs, la loi restreignait l'indemnisation des parents au seul préjudice moral, le préjudice matériel étant renvoyé à « *la solidarité nationale* », c'est-à-dire à une indemnisation forfaitaire, plus tard complétée par une « *indemnité de compensation* ».²⁴⁵

Un des effets de la loi du 11 février 2005 fut de faire rétroagir le dispositif restrictif de la loi de 2002 en le rendant applicable « *aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été*

²³⁹ VIGNEAU, D., « La guerre des « trois » aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif « anti-Perruche », *Dalloz*, 2012, p. 323.

²⁴⁰ Cass., ass. plén., 17 novembre 2000, *Perruche*.

²⁴¹ v. rapport de M. le Conseiller Pierre SARGOS.

²⁴² Dans cet arrêt le Conseil d'Etat censura l'erreur de droit commise par la CAA de Lyon qui avait admis l'existence d'un lien de causalité directe entre la faute commise par l'hôpital (dans l'analyse d'une amniocentèse) et le préjudice (la trisomie de l'enfant). Selon le Conseil d'Etat, l'infirmité en cause ne pouvait en effet pas être regardée comme la conséquence de la faute de l'hôpital mais comme une caractéristique inhérente au patrimoine génétique de l'enfant. En l'absence de lien de causalité entre le handicap et la faute commise par l'hôpital, seuls les parents étaient indemnisables, CE, Sect., *Centre hospitalier de Nice c./époux Quarez*, 14 février 1997, req. n° 133.238.

²⁴³ Sur le débat éthique, juridique et sociétal qu'a engendré l'affaire *Perruche* jusqu'à l'intervention du législateur, v. AMANN J.-P., « L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées », *Revue française des affaires sociales*, 2002/3, pp. 125-138.

²⁴⁴ Par 5 arrêts d'assemblée plénière : Cass. Ass. plén., 13 juillet 2001, pourvois n°s 97-17.359, 97-19.282 et 98-19.190 ; Cass. Ass. plén., 28 novembre 2001, pourvois n°s 00-14.248 et 00-11.197.

²⁴⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et décrets des 29 juin et 19 décembre 2005. L'indemnisation du préjudice demeure cependant forfaitaire et non intégrale.

irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation », à savoir aux instances en cours à la date de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, soit le 7 mars 2002²⁴⁶. Le dernier alinéa de l'article L. 114-5 avait par conséquent comme effet de rendre justiciables des restrictions apportées par la loi de 2002 à la jurisprudence *Perruche* les faits générateurs survenus antérieurement à son entrée en vigueur et pour lesquels une action en justice avait pu déjà être intentée, ce qui n'était pas sans bouleverser la sécurité juridique par l'annihilation des créances nées avant cette date pour les enfants handicapés concernés. Saisie de plusieurs recours invoquant l'atteinte au respect des biens garantis par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention, la Cour EDH sanctionna cette rétroactivité dans deux arrêts rendus le 6 octobre 2005²⁴⁷.

Rejetant la consécration d'un principe constitutionnel de réparation intégrale du préjudice, le Conseil constitutionnel, saisi le 14 avril 2010 d'une QPC transmise par le Conseil d'Etat, a également censuré la rétroactivité du dispositif prescrite par la loi de 2005 dans une décision 2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Viviane L*²⁴⁸. Or, les deux juridictions suprêmes n'ont pas interprété la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil de la même manière, faute sans doute pour lui d'avoir suffisamment précisé les effets attachés à son dispositif.

La Cour de cassation comme le Conseil d'Etat avaient, avant l'intervention du Conseil constitutionnel et sur le fondement de la jurisprudence de la Cour EDH, déjà abouti à des solutions différentes. En effet, alors que la Cour de cassation considérait que les dispositions « anti-Perruche » de la loi du 4 mars 2002 n'étaient pas applicables aux naissances antérieures à son entrée en vigueur²⁴⁹, quelle que soit la date de l'introduction de la demande en justice, le Conseil d'Etat déclara dans son arrêt du 14 avril 2010 *Viviane Lazare* (à l'origine de la transmission de la QPC) qu'il « résultait implicitement mais nécessairement du 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur, constitué par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, est antérieur au 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 »²⁵⁰.

Dès lors, la haute juridiction a-t-elle considéré, dans sa décision « retour » du 13 mai 2011, conformément à l'interprétation qu'elle donnait du dispositif « anti-Perruche », que la censure du Conseil constitutionnel était limitée à sa seule application aux procès en cours à la date du 7 mars 2002, et non à l'application à tous les faits antérieurs au 7 mars 2002 et pour lesquels les justiciables ne disposaient pas d'une instance en cours à cette date. Concrètement, l'auteur de la QPC n'a donc pas été en mesure de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel, puisqu'il avait engagé son instance en indemnisation postérieurement au 7 mars 2002. Son pourvoi contre l'arrêt de la CAA de Paris a par conséquent été rejeté, ce qui n'a pas été le cas des autres requérant dont l'action en justice avait été engagée avant le 7 mars 2002²⁵¹.

²⁴⁶ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

²⁴⁷ Cour EDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, Aff. n° 1513/03 ; Cour EDH, 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, Aff. n°11810/03

²⁴⁸ Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC, *Mme Viviane L*. [Loi dite « anti-Perruche »].

²⁴⁹ Cass., 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17325 et Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 2008, pourvoi n°07-12.159.

²⁵⁰ CE, 14 avril 2010, *Viviane Lazare*, req. n°329290 ; THIELLAY, J.-P., *Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel*, Conclusions sur Conseil d'Etat, assemblée, 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele*, req. n°317808 et *Mme Lazare*, req. n°329290, RFDA, n°4-2011, p.781 ; DOMINO, X., BRETONNEAU, A., *Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges*, AJDA, 13 juin 2011, p.1141.

²⁵¹ Notamment pour les deux autres affaires jugées le même jour par le Conseil d'Etat, CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Delannoy et M. Verzele*, req. n°317808. L'interprétation faite par le Conseil d'Etat fit l'objet de critiques par la doctrine, v.

La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation réaffirma sa différence postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel et à l'arrêt « retour » du Conseil d'Etat, dans un arrêt du 15 décembre 2011²⁵². Elle décide en effet, en l'absence de précisions dans le dispositif de la décision du Conseil, d'appliquer les règles de droit commun de l'application des lois dans le temps²⁵³, en maintenant les effets de la jurisprudence *Perruche* pour les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 quand bien même ceux-ci n'auraient pas entamé une action en justice à cette date²⁵⁴, ouvrant dès lors en grand la porte de l'indemnisation intégrale aux intéressés qui pourront agir au moment où ils le souhaiteront²⁵⁵. La chambre civile, profitant de l'absence d'encadrement de l'abrogation décidée par le Conseil constitutionnel, fait donc revivre la jurisprudence *Perruche*, la faisant entrer par la porte laissée ouverte par le Conseil :

*« faute de mention d'une quelconque limitation du champ de cette abrogation, soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables, il ne peut être affirmé qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait effet que dans une mesure limitée, incompatible avec la décision de la cour d'appel de refuser d'appliquer au litige les dispositions de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles ; que le grief n'est pas fondé »*²⁵⁶.

Derrière l'équité affichée de la Cour de cassation cherchant à interpréter les lacunes du dispositif de la décision du Conseil au regard de la CEDH, et le souci de l'intérêt général du Conseil d'Etat, c'est néanmoins à une différence de traitement des justiciables qu'aboutit cette situation, selon que la grossesse à l'origine des enfants intéressés a été suivie à l'hôpital public ou non. Dans la première hypothèse ces enfants se voient refuser toute indemnisation pour « le fait d'être né » alors que dans la seconde ils ont droit à l'indemnisation de leur entier préjudice lié au handicap, sans délai pour introduire une demande en justice dans ce sens. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat, par l'application opposée qu'elles font de la décision du Conseil constitutionnel, créent par conséquent une rupture d'égalité devant les charges publiques entre les justiciables.

Alors que la décision du Conseil aurait pu unifier la jurisprudence divergente des deux juridictions suprêmes, connue à l'époque, elle a offert un terrain de divergences préjudiciable tant aux justiciables qu'à la bonne articulation des ordres et des offices juridictionnels. Depuis l'affaire du naufrage de l'Iris en 1857²⁵⁷ la contradiction est donc toujours présente entre les deux ordres, sans que l'unification des normes de référence des juges ou des offices n'aient réussi à réunir ce qui est né séparé. On aurait pu espérer que, comme pour les religions, les murs qui les séparent ne montent pas jusqu'au ciel, en l'occurrence la Constitution. Tel n'est, semble-t-il, pas le cas. Tant mieux pour le juriste qui se nourrit de la controverse et s'exerce à dénouer les raisonnements juridictionnels pour mieux en faire ressortir les spécificités. Tant pis pour le justiciable dont l'intérêt était pourtant placé au cœur des préoccupations du constituant en 2008. Gageons que l'harmonie soit retrouvée par le dialogue et que les

notamment, MAGNON, X., *Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil Constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ?*, RFDA, n°4-2011, p.770.

²⁵² Cass., 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, pourvoi n°10-27.473.

²⁵³ Ici l'application de la loi en vigueur le jour du fait générateur du préjudice invoqué par le justiciable.

²⁵⁴ En l'espèce les intéressés avaient engagés ces actes les 25 et 31 octobre 2006.

²⁵⁵ Voir l'avis très intéressant de l'avocat général référendaire Pierre CHEVALIER sur l'arrêt de la Cour, N°U1027473.

²⁵⁶ C'est exactement l'interprétation contraire à celle qu'avait fait le Conseil d'Etat le 14 avril 2010.

²⁵⁷ Il s'agissait de deux arrêts contradictoires du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation rendus en matière de responsabilité respectivement les 23 juillet 1857 et 11 août 1858, v. LECOQ P.-A., *Les grands arrêts contradictoires*, Ellipses, Paris, 1997, pp. 9 et s.

rebondissements de l'affaire *Perruche* ne soient bientôt plus qu'une référence historique aux premiers temps du rodage de la QPC.

4) Le risque de discordance dans l'articulation des effets des contrôles de la loi : les péripéties de la garde à vue

Il faut par ailleurs souligner les risques d'incohérences voire de contradictions que fait peser sur le justiciable et sur l'ordre juridique l'absence de véritable articulation entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité. Le gène de la QPC a été en effet introduit dans un milieu processuel préexistant dans lequel chaque juge disposait de la possibilité d'écarter une loi contrevenant à une convention internationale d'effet direct ou au droit de l'Union. Or, la préservation du monopole du contrôle de constitutionnalité au bénéfice du Conseil constitutionnel et sa déconnexion volontaire, matérielle et temporelle, du contrôle de conventionnalité abandonné au juge ordinaire depuis la décision *IVG* de 1975, font qu'une même disposition législative peut, suite à une QPC, dans un premier temps être considérée comme inconstitutionnelle avec réserve des effets passés et abrogation différée et, dans un deuxième temps, être considérée comme inconventionnelle ou euro-incompatible et écartée immédiatement dans le procès, au détriment de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel dont bénéficie la modulation des effets des décisions QPC. Le choix de restreindre ou non les effets d'une déclaration d'invalidité de la disposition législative en cause suppose en effet une mise en balance des intérêts qui se situe à la frontière entre la pondération concrète des éléments du procès, par définition mieux réalisée par le juge ordinaire, et la pondération abstraite d'éléments contextuels d'ordre général, rattachables aux principes et objectifs issus du bloc de constitutionnalité, par nature mieux assurée par le Conseil constitutionnel. La dimension concrète de certains des paramètres à prendre en compte dans la détermination précise des effets passés de la QPC implique en effet la connaissance directe du ou des litiges et la possibilité d'en saisir toutes les données par des moyens matériels et selon des délais dont ne dispose pas le Conseil constitutionnel. On touche ici une des limites les plus importantes de la QPC.

Illustre parfaitement ce risque de discordance l'arrêt d'assemblée plénière rendu par la Cour de cassation le 15 avril 2011 (le lendemain de la promulgation de la loi instituant la nouvelle mouture du régime)²⁵⁸ dans quatre affaires à propos de la garde à vue²⁵⁹. La Cour s'est en effet appuyée sur l'autorité des décisions de la Cour EDH pour donner plein effet à la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 14/22 QPC du 30 juillet 2010 alors que celui-ci en avait à la fois différé l'abrogation au 1^{er} juillet 2011 et exclu les effets passés²⁶⁰. Notons que la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil ne concernait que le régime commun de garde à vue alors que la Cour de cassation s'est prononcé à la fois sur ce régime et sur les régimes dérogatoires, dans la mesure où ils permettaient de différer l'intervention d'un avocat.

Dans un premier temps, le 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'appuyant sur la jurisprudence récente de la Cour EDH²⁶¹, et dans le souci de préserver la « *sécurité juridique* » ainsi que l'objectif de « *bonne administration de la justice* » tels que formulés par le Conseil constitutionnel, décida de censurer certaines des modalités de la garde à vue sur le fondement de la violation de l'article 6 §1^{er} de la CEDH tel qu'interprété par la

²⁵⁸ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JO 15 avril 2011, p. 6610.

²⁵⁹ Cass., ass. plén., 15 avril 2011, pourvois n°s10-30.316, 10-30.313, 10-30.242 et 10-17.049.

²⁶⁰ Cons. Const., 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

²⁶¹ Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, 1466/07.

Cour EDH, tout en différant les effets de cette censure au 1^{er} juillet 2010 en s'appuyant sur la décision 14/22 QPC du Conseil²⁶². Le communiqué diffusé sur le site de la Cour à la suite des trois arrêts de la chambre criminelle est clair :

« Des adaptations pratiques importantes qui ne peuvent être immédiatement mises en oeuvre s'imposent à l'évidence à l'autorité judiciaire, aux services de police judiciaire et aux avocats. La chambre criminelle a donc décidé de différer l'application des règles nouvelles en prévoyant qu'elles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime de la garde à vue ou, au plus tard, le 1er juillet 2011.

Les règles nouvelles ne s'appliquent donc pas aux gardes à vue antérieures à cette échéance.

La chambre criminelle considère que ces arrêts ont aussi pour but de sauvegarder la sécurité juridique, principe nécessairement inhérent au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils assurent enfin la mise en oeuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice, laquelle exige que soit évitée une application erratique, due à l'impréparation, de règles nouvelles de procédure. »²⁶³.

Dans un second temps, le 15 avril 2011, prenant le contre-pied de la chambre criminelle dans son exercice délicat de conciliation, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que le juge comme les autorités administratives, en dépit de l'autorité attachée à la décision du Conseil par l'article 62 al. 3, devaient écarter la disposition en cause en considérant, conformément à l'arrêt *Brusco c/ France* de la Cour EDH²⁶⁴, que l'absence d'un avocat dès le début de la garde à vue devait être considérée comme irrégulière et conduire à l'annulation de la procédure suivie²⁶⁵. Cette position a été confirmée solennellement par le communiqué de presse de la Présidence relatif à ces quatre affaires. Après avoir rappelé l'attendu de principe des arrêts, le communiqué déclare que *« les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »*, que *« Les droits garantis par la CEDH devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable. »²⁶⁶.*

Si le choix de la Cour de faire bénéficier les justiciables des effets de la QPC soulevée en 2010 se défend, l'opposition frontale entre l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel et l'autorité de la chose interprétée par la Cour de cassation n'en demeure pas moins problématique pour la sécurité juridique et pour la sérénité du dialogue entre les trois juridictions²⁶⁷. Il met l'accent sur l'absence d'efficacité de l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, non pas dans leur capacité à garantir les droits et

²⁶² « Attendu que, toutefois, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en oeuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 », Cass., crim. 19 octobre 2010, pourvois n^{os} 10-82.902, 10-85.051, 10-82.306 et 10-80.403.

²⁶³ Souligné par nous, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html

²⁶⁴ Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, 1466/07.

²⁶⁵ Cass., ass. plén., 15 avril 2011, 10-30.316 ; Cass., ass. plén., 15 avril 2011, 10-30.313 ; Cass., ass. plén., 15 avril 2011, 10-30.242 ; Cass., ass. plén., 15 avril 2011, 10-17.049.

²⁶⁶ Souligné par nous, http://www.courdecassation.fr/IMG/File/communiquedeAP_15_avril_2011.pdf

²⁶⁷ V. sur cette question MATHIEU, B., *Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence-autorité-conflits-régulation*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2011/3 n°32, p.61.

libertés fondamentaux puisqu'ils se complètent sur ce point²⁶⁸, mais à assurer l'efficacité concrète de cette garantie par une harmonisation des effets qui y sont attachés.

*

L'enjeu principal de la maîtrise du temps par le Conseil se joue donc pour l'essentiel *a posteriori*, dans « les retours de QPC », c'est-à-dire quant aux effets que les juridictions ordinaires tirent des décisions du Conseil et à la marge de manœuvre dont elles entendent pouvoir bénéficier, notamment dans la mesure où elles ont le monopole de l'appréciation des éléments de fait qui composent le litige et en déterminent la solution. Dans cette phase de « retour » de la QPC, le juge du fond dispose d'une certaine marge de manœuvre pour moduler concrètement la portée du dispositif du Conseil relatif aux effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité, notamment afin de l'adapter au procès. C'est dans l'interprétation de ce dispositif que son office s'exerce pleinement à condition toutefois de ne pas le réécrire. S'il revient au Conseil d'encadrer l'application de ses décisions dans le procès en laissant le moins de place possible à l'arbitraire, la concurrence du contrôle de conventionnalité, placé entre les seules mains du juge ordinaire, remet en question cet encadrement et l'appréciation des paramètres qui conduisent le Conseil à adopter telle ou telle modalité d'application de ses décisions.

§3 : L'articulation complexe de la QPC avec les autres procédures : l'exemple des procédures d'urgence en contentieux administratif

Franck ZERDOUMI²⁶⁹

A l'instar des membres du Conseil d'Etat qui ont eu un jour le privilège de recevoir la visite d'un huron intéressé par le devenir du recours pour excès de pouvoir, les sages de la rue Montpensier recevraient sans nul doute avec bienveillance le même huron, intemporel, à peine un an après l'entrée en vigueur de la QPC.

Notre huron comprendrait à quel point le Conseil constitutionnel a évolué depuis sa création en 1958, comment, au regard de ses objectifs premiers, il a échappé à ses pères fondateurs, et comment sa saisine a connu une véritable démocratisation : d'abord réservée au président de la République, au premier Ministre, au président de l'Assemblée nationale et au Président du Sénat, elle s'est d'abord étendue aux parlementaires en 1974, puis aux justiciables grâce à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, étant entendu qu'une procédure de filtrage a été confiée au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Huit ans avant la réforme de 2008, une autre réforme d'importance révolutionnait le contentieux, non pas constitutionnel, mais administratif : celle des procédures d'urgence. Cette réforme ayant largement montré son efficacité au bout de presque douze ans de pratique jurisprudentielle, il apparaît intéressant d'observer les interactions entre la QPC et lesdites procédures. Dans la mesure où la QPC achève ses deux premières années d'existence, les décisions qui réunissent ces deux thématiques ne sont pas à proprement parler nombreuses.

²⁶⁸ Pour exemple, l'article 575 du CPP subordonnant la recevabilité du pourvoi en cassation de la partie civile à l'existence d'un pourvoi formé par le ministère public avait été jugé en 2002 par la Cour EDH comme conforme à l'article 6 §1^{er} de la Convention alors que le Conseil constitutionnel l'a censuré en 2010 comme contraire aux droits de la défense, Cour EDH, 2ème section, 3 décembre 2002, *Berger c. France*, n° 48221/99 ; Cons. Const., 23 juillet 2010, 2010-15/23 QPC, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres* [Article 575 du Code de procédure pénale].

²⁶⁹ Docteur en Droit public, Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit-Équipe de Recherche en Droit Public).

Cela étant, elles permettent déjà de donner lieu à quelques réflexions dès lors que les deux réformes n'ont pas manqué, chacune en leur temps, et encore à l'heure actuelle, de susciter l'intérêt des juristes les plus éminents.

C'est l'article 61-1 de la Constitution qui permet au justiciable de soulever une QPC, recours indirect incident, devant le juge ordinaire, ce qui implique que le citoyen ne peut pas saisir directement le Conseil. C'est d'ailleurs tout ce qui donne sa spécificité à la QPC : pour que la constitutionnalité d'une loi puisse être contestée, il faut que cette contestation s'inscrive dans le cadre de l'application contentieuse de la loi à un cas particulier.

Le justiciable se trouve ainsi doté d'un nouveau pouvoir, étant entendu qu'il appartient à une catégorie plus large que le citoyen puisqu'il se définit comme étant toute partie à une instance : il peut donc être une personne physique quelles que soient sa nationalité et sa situation, ou une personne morale de droit privé telle qu'une association, une société ou un syndicat. Il peut aussi être une personne morale de droit public, le plus souvent une collectivité territoriale. Il est à noter que, comme l'indique une disposition expresse de la loi organique du 10 décembre 2009, le juge ne peut soulever d'office une QPC.

Un nouveau pouvoir a donc été donné au justiciable, et ce dernier peut l'utiliser devant toutes les juridictions et à n'importe quel moment de la procédure. En ce sens, la loi organique a prévu que la QPC pouvait être soulevée devant toute juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Cette disposition inclut donc les juridictions de première instance, qu'elles soient de droit commun ou spécialisées, ainsi que les juridictions d'appel et, bien entendu, les juges de l'urgence. On peut citer également les juridictions financières, la Cour de Justice de la République et la Cour nationale du droit d'asile.

Dès lors, la QPC peut être appréhendée par des juridictions telles que les tribunaux d'instance, les tribunaux administratifs, les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, les juges des enfants, etc. Mais c'est évidemment le juge de l'urgence qui fera ici l'objet de quelques réflexions. En effet, le juge des référés, qui a connu sa propre révolution avec la loi du 30 juin 2000, a déjà eu à connaître de la QPC, et son appréhension de cette révolution du contentieux constitutionnel est pour le moins intéressante.

A) L'appréhension de la QPC par le juge de l'urgence

Les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif ont connu un véritable renouveau à travers la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. La mise en pratique de cette réforme a permis à la jurisprudence de démontrer son efficacité. Dans le même ordre d'idées, la QPC représente de nouvelles pistes de réflexion qui ne peuvent qu'accroître l'intérêt des théoriciens et des praticiens pour ces deux réformes d'importance.

La première de ces pistes a été mise en exergue par une ordonnance du Conseil d'Etat du 16 juin 2010, *Diakité*. Grâce à cette décision, l'office du juge du référé liberté a été étendu comme juge de la loi²⁷⁰.

1) L'arrêt *Diakité*, premier exemple d'articulation entre la QPC et les procédures d'urgence

Dans cette ordonnance, le juge administratif a apporté quelques précisions quant à l'articulation entre la QPC et les procédures d'urgence. En l'espèce, la requérante, Madame Diakité, de nationalité malienne, avait formulé une demande d'admission au séjour afin de présenter une demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et

²⁷⁰ CE (ord.) 16 juin 2010, *Mme Diakité*, req. n°340250, *AJDA* 2010, p. 1230, obs. S. Brondel et p. 1662, note O. Le Bot.

apatrides²⁷¹. Cette admission au séjour a été refusée par l'Administration préfectorale. A l'appui de son refus, l'Administration s'est fondée sur l'article L. 742-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile²⁷². Cet article dispose que « *L'étranger présent sur le territoire français dont la demande d'asile entre dans l'un des cas visés aux 2° à 4° de l'article L. 741-4 bénéficie du droit de se maintenir en France jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, lorsqu'il s'agit d'une décision de rejet. En conséquence, aucune mesure d'éloignement mentionnée au livre V du présent Code ne peut être mise à exécution avant la décision de l'office.*

En cas de reconnaissance de la qualité de réfugié ou d'octroi de la protection subsidiaire, l'autorité administrative abroge l'arrêté de reconduite à la frontière qui a, le cas échéant, été pris. Il délivre sans délai au réfugié la carte de résident prévue au 8° de l'article L. 314-11 et au bénéficiaire de la protection subsidiaire la carte de séjour temporaire prévue à l'article L. 313-13 ». L'Administration a donc refusé cette admission au séjour au motif que, selon l'OFPRA, le Mali était considéré comme un pays sûr. Cette décision a été contestée par la requérante, qui pour ce faire a introduit une requête en référé liberté. A l'appui de cette requête, Madame Diakité a mis en exergue la contrariété de l'article L. 742-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile avec, d'une part, la Constitution et, d'autre part, le droit de l'Union européenne. Le juge des référés était donc saisi d'un référé liberté relatif à ce refus d'autorisation de séjour, mais parallèlement, il était aussi saisi d'une QPC relative à l'appréciation de la constitutionnalité de l'article L. 742-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Afin de rendre sa décision, le juge des référés du Conseil d'Etat s'est évidemment basé sur le premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 décembre 2009, qui dispose que « *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office ».*

Le juge administratif s'est aussi référé à l'article 23-3 de la même ordonnance, qui dispose que « *Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à la réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.*

Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand

²⁷¹ OFPRA.

²⁷² CESEDA.

l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé ».

Dans son ordonnance du 16 juin 2010, fort de ces dispositions, le juge des référés du Conseil d'Etat a donc indiqué « *qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions organiques avec celles du livre V du Code de justice administrative qu'une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce dernier Code ; que le juge des référés peut en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence ; que, lorsqu'il est saisi d'une telle question, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative sont remplies, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère ; qu'enfin il appartient au juge des référés de première instance d'apprécier si les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat sont remplies et au juge des référés du Conseil d'Etat, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, de se prononcer sur un renvoi de la question au Conseil constitutionnel ».*

En ce qui concerne l'article L. 742-6 du CESEDA, le juge des référés était saisi d'un moyen tiré de son inconstitutionnalité. Il a donc adapté les modalités de la mise en œuvre de la jurisprudence *Carminati*²⁷³, en ce sens qu'il a considéré « *qu'un moyen tiré de l'incompatibilité de dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union européenne n'est de nature à être retenu, eu égard à son office, par le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, qu'en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union ; que les dispositions de l'article L. 742-6 du Code de l'entrée et du séjour ne font pas apparaître une méconnaissance manifeste des directives communautaires invoquées par la requérante et n'ont été déclarées incompatibles avec les règles du droit de l'Union européenne ni par le juge saisi au principal ni par le juge compétent à titre préjudiciel ; que le moyen tiré de leur incompatibilité avec ces règles ne peut donc être retenu ».* Même si cette ordonnance aboutit au rejet de la requête de Madame Diakité et à un refus de transmission de la QPC, ses deux apports principaux concernent le régime juridique de la QPC et le juge administratif des référés. D'une part, une QPC peut être soulevée sur le fondement d'un référé liberté, et d'autre part le juge des référés peut exercer un contrôle de compatibilité de la loi nationale avec le droit de l'Union européenne, et ce pour la première fois.

La loi du 30 juin 2000²⁷⁴ a été accueillie avec enthousiasme par les différents acteurs du droit du contentieux administratif, qu'il s'agisse des membres de la doctrine, des praticiens ou des justiciables. L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs a en effet confirmé que l'institution de véritables procédures d'urgence n'était pas un vœu pieu. La principale caractéristique liée à l'ancien état du droit était relative au manque de moyens juridiques dont disposait le juge des référés pour assurer convenablement son office dans le cadre d'une bonne administration de la justice. Alors que le justiciable avait le droit de prétendre à une protection efficace de ses intérêts, la justice administrative ne disposait pas des moyens nécessaires pour satisfaire à ce besoin. La principale innovation de la réforme résulte de la création du référé liberté. Ce référé a permis une réelle innovation en matière de procédures d'urgence et une nouvelle consécration quant à la protection des libertés. Désormais, si l'Administration porte atteinte à une liberté fondamentale, le justiciable est susceptible d'obtenir une réaction immédiate de la part du

²⁷³ CE 30 décembre 2002, *Carminati*, req. n°240430, *AJDA* 2003, p. 1065, note O. Le Bot.

²⁷⁴ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF*, 1^{er} juillet 2000, p. 9948.

juge des référés. L'intervention du juge des référés est particulièrement intéressante en ce qui concerne les référés d'urgence, dans la mesure où ce sont ces référés qui sont les premiers concernés par la loi du 30 juin 2000, ce qui implique que le juge des référés est désormais un véritable juge de l'urgence. Cela étant, l'apport principal de l'ordonnance *Diakité* est aussi qu'elle a renforcé le juge des référés « dans son office de juge de la loi »²⁷⁵.

2) L'extension de l'office du juge du référé liberté comme juge de la loi

Ce sont les moyens invoqués par Madame Diakité qui ont permis au juge des référés du Conseil d'Etat, dans cette ordonnance du 16 juin 2010, d'étendre considérablement l'office du juge du référé liberté dans la mesure où celui-ci a été appelé à se prononcer, à titre incident, comme juge de la loi. En effet, les exceptions d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité ont été à l'origine de cette décision.

Le Conseil d'Etat affirme donc le caractère opératoire de la QPC en référé liberté et rompt par la même occasion avec la jurisprudence *Carminati*²⁷⁶, en reconnaissant également « au juge des référés la possibilité de contrôler la compatibilité d'une loi avec une règle de droit de l'Union européenne »²⁷⁷. La QPC est ainsi invocable en référé liberté : l'ordonnance du 16 juin 2010 opère en ce sens une première consécration, et ce nouveau caractère permet de compléter la définition de l'office du juge des référés dans ce cas de figure et de le préciser. Désormais, « le justiciable, catégorie plus large que le citoyen puisqu'elle comprend toute partie à une instance, soit des personnes physiques de nationalité française ou non, en situation régulière ou non, soit des personnes morales de droit privé – sociétés, associations, syndicats – ou de droit public – collectivités territoriales »²⁷⁸, peut mettre en œuvre le référé liberté dans le cadre d'une QPC. Cet apport n'est pas négligeable, car la possibilité n'allait pas de soi, si l'on se réfère au référé suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, procédure de référé de droit commun.

En effet, la loi du 30 juin 2000 a supprimé la procédure de sursis à exécution, et l'a remplacée par le référé suspension, car le défaut principal du sursis à exécution était relatif aux pouvoirs qu'il conférait au juge administratif, notamment à ses pouvoirs d'injonction. En raison de la limitation de ces pouvoirs, le juge administratif était souvent dans l'impossibilité de prononcer les mesures conservatoires nécessaires au bon fonctionnement de la justice. Pour autant, le sursis à exécution paralysait l'application d'une décision administrative potentiellement illégale. En conséquence, il permettait de satisfaire les attentes des justiciables. Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, l'article L. 521-1 du Code de justice administrative dispose que « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».

Quel serait l'intérêt de la mise en œuvre de la QPC dans le cadre du référé suspension ? L'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose désormais que

²⁷⁵ Le Bot (O.), Note sous CE (ord.) 16 juin 2010, *Mme Diakité*, AJDA 2010, p. 1663.

²⁷⁶ CE 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati*, Rec. 510, AJDA 2003, p. 1065, note O. Le Bot.

²⁷⁷ Le Bot (O.), Note sous CE (ord.) 16 juin 2010, *Mme Diakité*, AJDA 2010, p. 1664.

²⁷⁸ Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Collection Domat droit public, 9^e éd., 2010, n° 243, p. 243.

« 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 ».

Avec le professeur Olivier Le Bot, on peut estimer que si cet article est soulevé dans le cadre de la procédure de référé suspension et qu'il y a lieu à renvoi devant le Conseil constitutionnel – ce qui ne fut pas le cas dans l'ordonnance *Diakité* – le Conseil donnera sa réponse alors que l'instance sera toujours en cours devant la juridiction. Dès lors, la décision du Conseil sera forcément utile à la résolution du litige²⁷⁹. Dès lors, cette décision pourra être prise en compte par le juge des référés et ce dernier pourra prendre l'initiative d'apprécier, grâce aux lumières du Conseil constitutionnel, s'il doit maintenir la mesure ordonnée, la modifier ou y mettre fin. Il pourra aussi prendre cette décision à la demande des parties. Il convient en effet d'opérer une distinction selon que l'appréciation en question émane du juge des référés ou d'une demande des parties. Dans le premier cas de figure, c'est le juge qui a ordonné la suspension de l'acte attaqué et, alors qu'en temps normal, cette suspension s'étend jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête au principal, il s'agirait ici d'attendre jusqu'à ce qu'il soit statué sur la QPC. Quant à une éventuelle demande des parties, elle peut être liée à l'article L. 521-4 du Code de justice administrative, c'est-à-dire à la procédure de référé réexamen, même s'il est avéré que cette procédure n'a pas connu le succès espéré par ses initiateurs. Cet article dispose que « Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin ». Le référé réexamen voit donc peut-être son intérêt renouvelé grâce à la QPC dans la mesure où l'intervention d'une décision d'annulation par le Conseil constitutionnel représente un élément nouveau au sens de cet article. Les parties peuvent donc mettre en œuvre cette procédure de réexamen. Signalons également que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles on se trouve, une décision du Conseil constitutionnel se prononçant sur la constitutionnalité d'une disposition applicable au litige ne peut qu'apporter des éclaircissements salutaires à la résolution du litige au principal.

Dès lors, quelles sont les différences avec le référé liberté, au cœur de l'ordonnance du 16 juin 2010 ? Précisons d'abord quelques éléments inhérents à ce référé. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative dispose que « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

La principale différence entre le référé suspension et le référé liberté tient évidemment au délai. Alors que dans le cadre du référé suspension, la réponse à la QPC arriverait alors que le litige est toujours pendant devant la juridiction, en cas de référé liberté, elle arrivera alors que le litige a pris fin, eu égard au délai extrêmement bref dans lequel le juge des référés se prononce. En effet, dans le cadre du référé liberté, le juge des référés dispose d'un délai de quarante-huit heures pour statuer. A l'instar du référé suspension, ce délai exclut qu'il soit sursis à statuer en attendant la décision du Conseil constitutionnel. Dès lors, la question s'est posée de savoir quel intérêt le justiciable pouvant avoir à invoquer une QPC en référé liberté. De toutes les façons, quoi que le juge des référés fasse, il mettra fin au litige : s'il accueille la requête défavorablement et qu'il la rejette, ou s'il ordonne une mesure de sauvegarde. Cette mesure met fin dans la pratique à toute contestation dès lors qu'elle est prononcée ou lorsqu'elle est exécutée, c'est-à-dire dans les jours ou les heures qui suivent ledit prononcé.

²⁷⁹ Le Bot (O.), Note sous CE (ord.) 16 juin 2010, *Mme Diakité*, AJDA 2010, p. 1664.

C'est pourquoi la question s'est posée de savoir où était l'intérêt de soulever une QPC dans le cadre de ce litige inhérent au référé liberté. Le juge des référés a répondu à cette question dans l'ordonnance du 16 juin 2010. Pour ce faire, il affirme clairement, comme cela a été mentionné plus haut, qu'une QPC peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Bien entendu, tout l'intérêt de cette affirmation réside dans le raisonnement du Conseil d'Etat et dans les éléments qui l'ont conduit à rendre cette décision.

Il convient d'abord d'insister sur le fait que la QPC soulevée dans cette affaire n'a pas été transmise au Conseil constitutionnel. Cela étant, on peut envisager que dans un litige en référé liberté à l'origine d'un renvoi, une déclaration d'inconstitutionnalité sera un jour prise en compte. Le fait est que, les procédures d'urgence portant désormais bien leur nom, la disposition litigieuse aura été appliquée par la décision de justice puisqu'il n'aura pas été sursis à statuer et que les délais de recours seront expirés. Dès lors, que pourrait faire le Conseil constitutionnel ? Désormais, l'article 62 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « 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 ». Conformément à cet article, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il prononce une déclaration d'inconstitutionnalité, peut indiquer les effets de cette déclaration sur la décision de justice qui est à l'origine du renvoi. Une possibilité est également ouverte au justiciable. Celle-ci a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision du 3 décembre 2009 : « Considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ; que, sous cette réserve, l'article 23-3 n'est pas contraire à la Constitution »²⁸⁰.

Le justiciable a donc la possibilité d'introduire une nouvelle instance afin qu'il soit tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel. Quant à l'Administration, elle peut, plusieurs mois après l'intervention du juge du référé liberté, saisir le juge qui a prononcé la mesure de sauvegarde à son encontre, sur le fondement du référé réexamen déjà évoqué. Cette nouvelle saisine du juge correspond à une hypothèse dans laquelle il y aurait encore quelque chose à remettre en cause et permettrait à l'Administration d'obtenir le réexamen de la mesure ordonnée par le juge. Quand bien même la déclaration d'inconstitutionnalité ne produirait aucun effet sur le litige qui est à son origine, elle présentera au moins l'avantage et l'intérêt de retirer de l'ordre juridique une disposition inconstitutionnelle. Les recours à venir pourront ainsi se dérouler dans un meilleur environnement. L'essentiel est que l'ordre public constitutionnel soit préservé, même si concrètement la question posée dans le litige concerné ne présente pas un très grand intérêt.

Dans le même ordre d'idées, l'article 23-9 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 décembre 2009, prévoit que « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». L'ordonnance *Diakité* a donc admis l'invocation de la QPC en référé liberté. Elle a aussi précisé l'office du juge du référé liberté

²⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *JORF*, 11 décembre 2009, cons. 18.

lorsqu'il est saisi d'une telle question. Cette précision a déjà été évoquée : le juge des référés de première instance doit apprécier si les conditions de transmission d'une QPC au Conseil d'Etat sont remplies. Quant au juge des référés du Conseil d'Etat, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, il doit se prononcer sur un renvoi de ladite question au Conseil constitutionnel. A l'instar de tout autre juge, le juge des référés doit donc statuer prioritairement sur la question de constitutionnalité, dès lors qu'il a l'intention de faire droit à la requête ou la rejeter parce qu'elle ne répond pas à une ou plusieurs des conditions d'octroi, exception faite de la condition d'urgence. Justement, l'ordonnance du 16 juin 2010 met en exergue une exception directement liée aux procédures d'urgence : si le juge des référés rejette la requête introduite sur le fondement du référé liberté pour défaut d'urgence, il n'est pas tenu d'examiner le bien-fondé de la QPC. L'idée a déjà été mentionnée : le juge des référés peut rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence, y compris lorsqu'une QPC est soulevée devant lui.

Le fait est que l'urgence constitue, avec le provisoire, l'essence des référés, et dans la mesure où, dans la loi du 30 juin 2000, l'urgence n'a pas été clairement définie, il apparaît nettement que le législateur a préféré laisser ce soin au juge administratif. Le problème inhérent à l'interprétation de l'urgence par le juge administratif est qu'il a dû définir cette notion au fur et à mesure des décisions qu'il rendait, donc au cas par cas. Dès lors, le juge administratif devait examiner concrètement la situation du requérant et les circonstances qui y étaient liées, afin de déterminer si la condition d'urgence était bien remplie. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Confédération nationale des radios libres*, le commissaire du gouvernement Touvet suggérait donc au Conseil d'Etat de s'inspirer du juge civil des référés, afin d'apprécier et définir sa conception propre de l'urgence. Afin de définir la notion, le juge administratif, dans cet arrêt, a donc estimé que « *la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre* ». En l'espèce, « *il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire* ». Dans cette affaire, le juge administratif a fait montre de sa volonté d'accompagner l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, dans le même état d'esprit que les membres du groupe de travail qui étaient à l'origine de la réforme. Il a ainsi procédé à une nouvelle création de la notion d'urgence, pour évoluer vers une maîtrise de la notion.

Qu'il s'agisse du référé suspension, du référé liberté ou du référé conservatoire, ces référés sont soumis à une condition d'urgence. Mais dans la mesure où cette condition n'a pas été définie par le législateur au moment de la rédaction de la loi du 30 juin 2000, il appartient au juge administratif d'interpréter l'urgence, et par conséquent de la définir. Dès lors, le juge doit prolonger la volonté du législateur qui, en substituant la condition d'urgence à celle de préjudice difficilement réparable, a voulu montrer sa volonté de donner à l'urgence une acception plus favorable au requérant. La décision *Confédération nationale des radios libres* est donc une illustration de cet assouplissement, et de la nouvelle définition de l'urgence telle qu'elle doit être pour le juge administratif. D'une part, le Conseil d'Etat a donné une première interprétation, voire une définition de l'urgence et, d'autre part, il a mis en exergue les premiers éléments relatifs aux conditions de mise en œuvre du référé suspension, à peine la réforme entrée en vigueur. Mais la question de principe posée par l'arrêt restait la définition de la condition d'urgence.

En ce qui concerne les éléments caractéristiques de l'urgence, ils sont suffisants lorsqu'un préjudice difficilement réparable est démontré. Dans ce domaine, la décision

Confédération nationale des radios libres a mis en exergue deux éléments cumulatifs : la gravité du préjudice et son imminence.

En l'occurrence, le juge a montré que l'assouplissement des conditions d'obtention du référé suspension ne se traduirait en aucun cas par un quelconque laxisme, puisqu'il a estimé que les conséquences financières de la décision attaquée n'étaient pas assez graves pour justifier d'une quelconque urgence. Dans la mesure où il se livrait pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la réforme à une appréciation importante de la condition d'urgence, il apparaissait nécessaire qu'il ne transforme pas cette notion en fausse condition. Cette définition donnée par le juge administratif dans cette décision – et qui n'a pas été substantiellement modifiée depuis – s'est donc accompagnée d'une certaine fermeté dans l'appréciation de l'urgence, et c'est une caractéristique supplémentaire de la notion. A l'époque, le vice-président du Conseil d'Etat, Monsieur Renaud Denoix de Saint-Marc, avait donné son approche de l'urgence dans les termes suivants : « *L'urgence est la clé des nouvelles procédures. Le Conseil d'Etat est et demeurera exigeant sur ce point. Le juge administratif ne doit pas se laisser gagner à la main. L'urgence est appréciée globalement et objectivement, compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque affaire. En particulier, les exigences du service public et, plus encore, celle de l'ordre public doivent être prises en considération. L'impatience du requérant ne crée pas l'urgence, ni sa trop longue temporisation à l'égard des agissements administratifs dont il se plaint* »²⁸¹.

L'objet de cette digression relative à l'urgence est d'insister sur l'idée que cette notion est prioritaire par rapport à la QPC. D'un point de vue procédural, dès lors que le juge rejette la requête en référé pour défaut d'urgence, le mémoire distinct en QPC pourra ne pas être examiné, d'autant qu'il est considéré comme un moyen de la requête introduite devant le juge et non une requête séparée. La condition d'urgence a donc cette particularité unique de précéder l'examen de la QPC, et donc de bénéficier d'une inversion dans l'ordre d'examen des moyens. Cette inversion a son importance car elle ne s'applique pas aux autres conditions nécessaires en matière de référé liberté, à savoir l'atteinte à une liberté fondamentale et l'illégalité manifeste. En d'autres termes, ces deux autres conditions sont examinées après la QPC. S'il fallait donc établir un ordre entre les différents moyens examinés en matière de référé liberté accompagné d'une QPC, on aboutirait à l'examen successif de l'urgence, la QPC, l'atteinte à une liberté fondamentale et l'illégalité manifeste, ces deux derniers éléments pouvant être mis au même niveau de vérification. L'ordonnance du 16 juin 2010 est d'ailleurs une démonstration manifeste de cet examen : le juge des référés se prononce d'abord sur la QPC, puis sur les autres conditions – autres que l'urgence – exigées par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. La dernière précision dans ce domaine a déjà été énoncée : le juge du référé liberté exerce l'ensemble de ses pouvoirs, y compris lorsqu'il est saisi d'une QPC. Toutes ses prérogatives sont maintenues, que sa saisine se conclue par une transmission ou un renvoi. On se réfère ici à nouveau à l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 décembre 2009 et aux mesures provisoires et conservatoires qui y sont reconnues au juge. L'autre article fondamental en la matière est donc évidemment l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, dans la mesure où c'est cet article qui détermine les pouvoirs particuliers du juge du référé liberté, dès lors que les conditions inhérentes à ce référé sont remplies. Quelques décisions moins importantes ont mis en contact le juge des référés avec la QPC. Elles méritent, bien entendu, d'être évoquées.

²⁸¹Denoix de Saint Marc (R.), *Les procédures d'urgence : premier bilan*, AJDA, 2002, p. 1.

B) Le juge de l'urgence et la QPC : quelques éléments de réflexion

Quatre mois après la très intéressante décision qu'il a rendue illustrant l'articulation entre la QPC et le référé liberté, le juge administratif des référés a été amené à se pencher sur deux cas de référé suspension : la décision *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux* et l'ordonnance *Benzoni*²⁸². Cela étant, la QPC semble mieux à même d'être mise en perspective avec la notion de liberté fondamentale.

1) La QPC et le référé suspension

Dans une décision du 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*²⁸³, l'organisation requérante attaquait l'article 123 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires²⁸⁴. Cette organisation soutenait que différents moyens étaient de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité d'un décret du 2 juin 2010. Selon elle, ce décret était illégal dans la mesure où il n'avait pas été contresigné par le ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville. Pour l'organisation, le décret était contraire aux dispositions de l'article 123 de la loi du 21 juillet 2009 en ce sens que son article 2 semblait impliquer que les unions régionales des médecins exerçant à titre libéral seraient tenues de transférer aux unions régionales des professionnels de santé le reliquat de la contribution perçue en application du Code de la santé publique, alors qu'une telle application ne résultait pas de l'article 123 de la loi. Autre élément mis en exergue par l'organisation requérante, le décret attaqué méconnaissait le principe de sécurité juridique dans la mesure où il avait omis de fixer des mesures transitoires afin d'assurer de manière satisfaisante la succession des unions régionales des médecins libéraux et des unions régionales des professionnels de santé tout en procédant à l'abrogation immédiate des dispositions réglementaires applicables antérieurement. Par ailleurs, selon l'organisation, l'abrogation des dispositions réglementaires relatives aux unions régionales des médecins libéraux résultant de l'article 4 du décret contesté était contraire au principe de continuité du service public. En ce qui concerne les droits et libertés garantis par la Constitution, selon l'organisation, à supposer que la définition des mesures transitoires dépasse le champ de compétence du pouvoir réglementaire, ces droits et libertés étaient méconnus par l'absence de définition de mesures transitoires par le législateur. Quant à la condition d'urgence, l'organisation l'estimait remplie dans la mesure où l'interruption des missions assumées par les unions régionales des médecins libéraux et insusceptibles d'être immédiatement reprises par les unions régionales des professionnels de santé portait une atteinte grave et imminente aux intérêts publics dont les statuts de la conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux lui confiaient la défense, c'est-à-dire la contribution à l'amélioration de la gestion du système de santé et à la promotion de la qualité de soins. Au titre de la QPC soulevée à l'appui de ses conclusions dans le cadre du référé suspension, l'organisation requérante invoquait, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et, d'autre part, elle soutenait que les dispositions de l'article 123 de la loi du 21 juillet 2009 portaient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution puisque cet article ne

²⁸² CE (ord.) 19 novembre 2010, *M. Benzoni*, req. n°344014.

²⁸³ CE (ord.) 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, req. n°343527.

²⁸⁴ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juillet 2009, p. 12184.

comportait pas de dispositions transitoires adéquates pour régir, s'agissant des médecins, la substitution des unions régionales des professionnels de santé aux unions régionales des médecins libéraux, ce qui méconnaissait la garantie des droits telle qu'issue de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du principe de protection de la santé résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, du principe de sécurité juridique, du principe de continuité du service public ou du droit au travail résultant du cinquième alinéa du Préambule de 1946.

A ces questions, le Conseil d'Etat a répondu par une absence de caractère sérieux. D'une part, il est impossible d'invoquer en tant que tel l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. D'autre part, « *le législateur a défini les règles applicables au transfert des biens, droits et obligations des unions régionales des médecins libéraux aux nouvelles unions régionales des professionnels de santé rassemblant les médecins* ». Or, « *il n'apparaît pas, en l'état de l'instruction devant le juge des référés, qu'il aurait incombé au législateur, en vertu des principes constitutionnels invoqués, d'édicter d'autres dispositions aux fins d'explicitier ou d'aménager la transition entre les unions régionales des médecins libéraux et les nouvelles unions régionales des professionnels de santé rassemblant les médecins* ». Il apparaît donc certain que le juge des référés du Conseil d'Etat est compétent pour examiner une QPC, mais dans cette décision du 21 octobre 2010, il semble affirmer qu'il ne renverra pas la QPC en cas de rejet de la requête en référé²⁸⁵. Moins d'un mois plus tard, le juge administratif des référés du Conseil d'Etat se trouvait à nouveau saisi d'une QPC et d'un référé suspension dans une ordonnance du 19 novembre 2010, *Benzoni*²⁸⁶. Le requérant demandait au Conseil d'Etat de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L. 232-21, L. 232-22 et L. 232-23 du Code du sport. En effet, ces articles sont relatifs à la lutte contre le dopage, et précisément aux sanctions administratives liées à cette lutte. L'article L. 232-21 du Code du sport dispose donc en substance que le sportif convaincu de dopage encourt des sanctions disciplinaires prononcées par des fédérations sportives : « *A cet effet, les fédérations adoptent dans leur règlement des dispositions définies par décret en Conseil d'Etat et relatives aux contrôles organisés en application du présent titre, ainsi qu'aux procédures disciplinaires et aux sanctions applicables, dans le respect des droits de la défense. Ce règlement dispose que l'organe disciplinaire de première instance de ces fédérations se prononce, après que l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations, dans un délai de dix semaines à compter de la date à laquelle l'infraction a été constatée. Il prévoit également que, faute d'avoir statué dans ce délai, l'organe disciplinaire de première instance est dessaisi de l'ensemble du dossier. Le dossier est alors transmis à l'instance disciplinaire d'appel qui rend, dans tous les cas, sa décision dans un délai maximum de quatre mois à compter de la même date.*

Les sanctions disciplinaires prises par les fédérations sportives peuvent aller jusqu'à l'interdiction définitive de participer aux manifestations prévues à l'article L. 232-9 ». Cet article disposait également que « *Les fédérations agréées informent sans délai l'Agence française de lutte contre le dopage des décisions prises en application du présent article* ».

Les pouvoirs de cette agence sont quant à eux précisés par l'article L. 232-22 du Code du sport. Cet article dispose que l'Agence française de lutte contre le dopage exerce un pouvoir de sanction disciplinaire dans certaines conditions, et que la saisine de l'agence n'est pas suspensive, sauf décision contraire de celle-ci. Quant aux sanctions prononçables par l'Agence, elles sont énoncées par l'article L. 232-23 du Code du sport, et peuvent se traduire, à l'égard des sportifs, par un avertissement, une interdiction temporaire ou définitive de

²⁸⁵ V. Magnon (X.), Bernaud (V.), Foucher (K.), Mignard (J.-P.) et Renoux (T.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Pratique et contentieux*, Litec, 2010, n° 106, p. 183.

²⁸⁶ CE (ord.) 19 novembre 2010, *M. Benzoni*, req. n°344014.

participer aux manifestations organisées par les fédérations agréées ou autorisées par la fédération délégataire compétente.

Quant aux personnes participant à l'organisation des manifestations ou aux entraînements, elles peuvent faire l'objet des mêmes sanctions, auxquelles il faut ajouter une interdiction temporaire ou définitive d'organiser une manifestation et une interdiction temporaire ou définitive de participer à l'organisation des entraînements y préparant. Ces sanctions sont prononcées dans le respect des droits de la défense, et leur produit pécuniaire est recouvré comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine. Alors que dans la décision *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, le demandeur était une personne morale de droit privé, Monsieur Benzoni agissait dans cette affaire en tant que personne physique. Cela étant, le juge administratif des référés du Conseil d'Etat a rejeté sa requête pour irrecevabilité, dans la mesure où le défaut d'urgence devant le juge des référés empêchait l'examen de la QPC. Dès lors, dans cette ordonnance, le référé n'est pas amené à s'articuler avec la QPC. Cependant, cette étude peut trouver une forme de complément à travers la mise en exergue des relations entretenues par la notion de liberté fondamentale, dans le cadre du référé liberté, avec la Constitution et le contentieux constitutionnel.

2) La QPC et la notion de liberté fondamentale

La QPC, ne serait-ce que par son objet, peut et doit être mise en perspective avec la notion de liberté fondamentale. En ce sens, il est possible d'établir un lien entre les deux éléments dans la mesure où l'évolution desdites libertés permet l'observation d'un parallèle avec les décisions rendues par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel et participe de l'évolution de la QPC. Ainsi, la procédure du référé liberté a permis au Conseil d'Etat de faire référence à un principe constitutionnel nouveau, l'indépendance des universités, principe lié à l'approfondissement de l'autonomie des universités. Dans une ordonnance de référé du 11 mai 2009, *M. Hocine Z*²⁸⁷, les faits de l'espèce – et le Conseil d'Etat – ont permis la mise en exergue de deux libertés fondamentales : l'indépendance des enseignants chercheurs et l'indépendance des universités, le tout en lien étroit avec la loi LRU du 10 août 2007²⁸⁸. Quinze mois après cette ordonnance, le Conseil constitutionnel rendait une décision QPC dans laquelle il a jugé que ladite loi ne portait pas atteinte au principe constitutionnel d'indépendance des enseignants chercheurs, ni au principe d'égalité d'accès aux emplois publics²⁸⁹. Le juge du référé liberté et la formation du Conseil constitutionnel se sont ainsi retrouvés autour d'une liberté fondamentale chère à la communauté universitaire.

L'articulation entre la QPC et les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif peut aussi être directement mise en perspective avec l'acceptation, par l'ordre administratif, des principes jurisprudentiels dégagés par le Conseil constitutionnel²⁹⁰. En ce sens, l'exemple du référé liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative est encore une fois à évoquer, dans la mesure où il a subtilement fait évoluer les relations entre le juge administratif et le Conseil constitutionnel. Le principe n'a pas changé : « *il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel* »²⁹¹. Cela étant, le Conseil d'Etat applique évidemment la Constitution, ce qui

²⁸⁷ CE 11 mai 2009, *M. Hocine Z*, req. n° 327356, *AJDA* 2010, p. 58, note F.-X. Fort.

²⁸⁸ Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, *JORF*, 11 août 2007, p. 13468.

²⁸⁹ Conseil constitutionnel n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *AJDA* 2010, p. 1557, obs. S. Brondel et *AJDA* 2011, p. 1791, note M. Verpeaux.

²⁹⁰ V. Drago (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Collection Thémis droit, 3e éd., 2011, n° 704, p. 658.

²⁹¹ CE 26 février 2003, *M. Joël X.*, req. n°241385, *LPA* 28 juin 2005, n° 127, p. 12, note L. Domingo.

le rapproche nécessairement des principes et des interprétations mis en exergue par le Conseil constitutionnel, en ce sens qu'il évoque régulièrement les droits fondamentaux issus de textes internationaux et européens tels que la Convention européenne des droits de l'homme, en attendant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette évocation a souvent été mise en perspective avec ce que nombre d'auteurs considèrent comme un paradoxe. En effet, d'un côté, le juge administratif applique des textes internationaux relatifs aux droits fondamentaux et par ailleurs il lui est interdit d'appliquer les droits fondamentaux constitutionnels. Ce problème est en réalité pratiquement résolu, en ce sens que, dans la pratique, le juge administratif prend en considération les principes constitutionnels sans le dire explicitement. Et c'est justement la jurisprudence relative au référé liberté qui en est l'illustration. En effet, le juge administratif, dans son interprétation de la notion de liberté fondamentale, se réfère largement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et à la Constitution.

L'étude des conclusions des commissaires du gouvernement sur les décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière de référé liberté s'avère enrichissante quant à différents éléments propres à étoffer la définition de la notion de liberté fondamentale. Les premiers mois d'application du référé liberté témoignaient de débuts discrets et prudents quant à l'appréciation et la définition de la notion. L'arrêt *Commune de Venelles et Morbelli* n'avait, à proprement parler, apporté aucun élément de définition sur la notion²⁹², malgré les excellentes conclusions du commissaire du gouvernement Laurent Touvet. Cela étant, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat avait directement fait référence à la Constitution, en considérant que « *le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière* ». Nombre de décisions permettent donc de rattacher la notion de liberté fondamentale à celle de liberté constitutionnellement garantie. C'est ainsi que dans une ordonnance du 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur contre Consorts Marcel*²⁹³, le Conseil d'Etat avait reconnu l'existence de la condition d'urgence. En l'espèce, les requérants avaient été dépossédés de leurs titres d'identité, et le Conseil d'Etat a reconnu l'urgence de la restitution de ces titres, dans la mesure où ils étaient indispensables pour accomplir certains actes de la vie courante. La liberté fondamentale mise en exergue dans cette ordonnance était donc la liberté d'aller et venir.

La liberté d'opinion, quant à elle, a été mise en exergue dans l'arrêt *Casanovas* du 28 février 2001²⁹⁴. Dans cet arrêt, on a appris que le principe du référé et la notion de liberté fondamentale s'appliquaient également au droit de la fonction publique. En l'espèce, il s'agissait d'un fonctionnaire, sapeur-pompier, qui alléguait l'atteinte à sa liberté d'expression et d'opinion. Cette liberté est donc applicable aux rapports entre l'Administration et ses agents. En l'occurrence, le Conseil d'Etat a considéré que « *la décision par laquelle le préfet de Meurthe-et-Moselle et le président de la communauté urbaine du grand Nancy ont mis fin au stage de capitaine des sapeurs-pompiers de M. Casanovas a été prise non en raison des opinions que l'intéressé a pu manifester en dehors du service mais en raison de son insuffisance professionnelle* » et que « *dans ces conditions, elle ne porte atteinte à aucune liberté fondamentale* ».

Un des domaines dans lesquels s'applique le pouvoir du juge d'adresser des injonctions à l'Administration en matière de référé liberté est celui du droit des étrangers. Depuis l'entrée

²⁹² CE Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, Rec. 18, concl. L. Touvet, RFDA 2001, p. 378, concl. L. Touvet et p. 861, note M. Verpeaux, CJEG 2001, p. 161, concl. L. Touvet, AJDA 2001, p. 153, chron. M. Guyomar et P. Collin, DA 2001, n° 155, obs. L. Touvet, LPA 12 février 2001, n° 30, note N. Chahid-Nourai et C. Lahami-Dépinay.

²⁹³ CE (ord.) 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, Rec. 167, DA 2001, n° 1555-3°.

²⁹⁴ CE Sect. 28 février 2001, *Casanovas*, Rec. 107, RFDA 2001, p. 399, concl. P. Fombeur, AJDA 2001, p. 971, note I. Legrand et L. Janicot, D. 2002, p. 2229, obs. R. Vandermeeren.

en vigueur de la loi du 30 juin 2000, une abondante jurisprudence existe en la matière. C'est ainsi que dans la célèbre ordonnance du 12 janvier 2001, *Hyacinthe*²⁹⁵, le Conseil d'Etat a prononcé un non-lieu à statuer et, surtout, il a consacré le droit d'asile et son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié. En l'espèce, Madame Hyacinthe, de nationalité haïtienne, était arrivée à l'aéroport d'Orly le 30 novembre 2000, enceinte de huit mois, afin de rejoindre son compagnon, de même nationalité qu'elle et demandeur d'asile. Détentrice d'un faux passeport, elle fut appréhendée par la police aux frontières, puis convoquée en comparution immédiate. D'une part, l'audience dut être reportée de dix jours en raison de la grève des avocats et, d'autre part, le procureur crut comprendre qu'elle était enceinte de six mois et non de huit. Il ordonna donc son placement à la maison d'arrêt de Fresnes²⁹⁶. Le 3 décembre, elle accouchait dans cette prison, et le 19 décembre, le tribunal correctionnel de Créteil la condamnait à une peine d'un mois d'emprisonnement avec sursis et à deux ans d'interdiction du territoire français pour entrée et séjour irréguliers en France et usage de faux documents. Elle a donc interjeté appel de cette décision. A la fin de sa détention provisoire, Madame Hyacinthe a tenté d'obtenir le statut de réfugié, à l'instar de son compagnon, d'où la procédure de référé liberté. Dans un premier temps, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté sa demande, mais la situation s'est améliorée avec l'ordonnance du 12 janvier 2001 du juge administratif des référés du Conseil d'Etat. En effet, la haute juridiction a constaté que « *l'intéressée qui entendait revendiquer, tout comme son compagnon l'avait fait précédemment, le bénéfice du statut de réfugié, a été mise dans l'impossibilité par les services de la préfecture de la Seine-Saint-Denis de présenter une demande d'admission au titre de l'asile* ». Madame Hyacinthe souhaitait donc obtenir une autorisation provisoire de séjour, et les services de la préfecture ont refusé d'enregistrer sa demande d'admission et de lui fournir les documents correspondants, pour défaut de passeport. L'objectif de la requérante et de ses défenseurs était notamment d'obtenir que le juge délivre au préfet, donc à l'Administration, une injonction d'enregistrer la demande d'admission au titre de l'asile. Pour justifier sa présence sur le territoire français, Madame Hyacinthe invoquait le droit constitutionnel d'asile et le droit à la vie familiale. Par ailleurs, le Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés était intervenu en faveur de la requérante en invoquant les mêmes moyens ainsi qu'une violation de la Convention de Genève sur les réfugiés. Le Conseil d'Etat a considéré que le Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés avait intérêt à l'annulation de l'ordonnance attaquée et a donc déclaré son intervention recevable.

En ce qui concerne le mémoire en défense, présenté par le ministre de l'intérieur, la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative n'était pas remplie « *car le refus de délivrance d'un récépissé n'entraîne pas pour l'intéressée le prononcé d'une mesure d'éloignement concomitante* ». Comme il s'entend d'une décision en matière de référé liberté, la notion de liberté fondamentale était bien au cœur de cet arrêt. Le Conseil d'Etat a donc estimé que « *la notion de « liberté fondamentale » au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, englobe, s'agissant des ressortissants étrangers qui sont soumis à des mesures spécifiques réglementant leur entrée et leur séjour en France, et qui ne bénéficient donc pas, à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire, le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers* » et a considéré que « *dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, l'autorité administrative a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* ». Le juge administratif évoque bien ici un

²⁹⁵ CE (ord.) 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, Rec. 12, AJDA 2001, p. 589, note J. Morri et S. Slama, DA 2001, n° 102.

²⁹⁶ Zappi (S.), *Le ministère de l'intérieur condamné pour entrave au droit d'asile*, *Le Monde*, 16 janvier 2001, p. 11.

droit constitutionnel. Finalement, le Conseil d'Etat a admis l'intervention du Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés mais a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions à fin d'injonction présentées par la requérante en raison notamment des mesures prises par le ministre de l'Intérieur. En effet, ce dernier, craignant sans doute les retombées négatives d'une telle affaire ayant attiré l'attention des médias, avait enjoint au préfet, le jour même de l'introduction de la requête, d'enregistrer la demande d'asile présentée par Madame Hyacinthe. Dans cette décision, la suspension du refus du titre de séjour et l'injonction de le délivrer auraient été ordonnées si l'Administration n'avait pas décidé, le jour même de l'introduction de la requête, donc en cours de procédure, d'enregistrer la demande d'asile de la requérante. En refusant le titre de séjour nécessaire pour demander l'asile, l'Administration a porté une atteinte grave au droit de le demander. De plus, le Conseil d'Etat a rappelé dans son ordonnance que « *selon le deuxième alinéa de l'article 10 de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952, l'admission au titre de l'asile ne peut être refusée au seul motif que l'étranger est démuné des documents et des visas* ».

Après plus de deux ans d'application de la QPC, les décisions relatives à son articulation entre les procédures d'urgence restent peu nombreuses. Les procédures d'urgence évoluent, la QPC également, mais les deux se croisent plus qu'elles ne s'articulent. Les libertés universitaires sont mises en exergue par le Conseil d'Etat²⁹⁷ puis par le Conseil constitutionnel²⁹⁸. La liste des libertés fondamentales, quant à elle, s'est enrichie. Ainsi, désormais l'accès des enfants à une scolarisation adaptée en fait partie²⁹⁹, ainsi que les libertés d'expression et de réunion des usagers du service public de l'enseignement supérieur³⁰⁰. Quant à la QPC, elle ne cesse d'apporter de nouveaux éléments de réflexion et d'évolution, tels que la mise à l'écart de son champ d'investigation des lois de programmation par le Conseil d'Etat³⁰¹. Cela étant, la question demeure : alors que la procédure de QPC en offre la possibilité, pourquoi est-elle si rarement articulée avec les procédures d'urgence ? La réponse tient sans doute aux différents domaines dans lesquels s'exerce la QPC, en ce sens qu'ils nécessitent rarement l'ajout d'une procédure de référé.

**

L'introduction du gène de la QPC dans le procès ordinaire pose de manière évidente la question de son efficacité comparée, notamment par rapport aux contrôles de conventionnalité et d'eurocompatibilité qui bénéficient de l'antériorité et de la rapidité mais qui ont été placés en position d'infériorité processuelle par le législateur organique qui a accordé à la première une priorité d'examen. La QPC, en tant que mécanisme hybride de protection des droits et libertés fondamentaux, se situe en définitive entre une priorité affichée et une subsidiarité pratique. Plus que l'efficacité substantielle de la QPC, difficilement évaluable, c'est son efficacité structurelle, dans le cadre de son intégration dans le procès principal, qui sera envisagée ici.

²⁹⁷ CE 11 mai 2009, *M. Hocine Z*, req. n° 327356, *AJDA* 2010, p. 58, note F.-X. Fort.

²⁹⁸ Conseil constitutionnel n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *AJDA* 2010, p. 1557, obs. S. Brondel, *AJDA* 2011, p. 1791, note M. Verpeaux.

²⁹⁹ CE (ord.) 15 décembre 2010, *Ministre de l'Education nationale, de la recherche et de la vie associative*, req. n°344729, *AJDA* 2010, p. 2453, obs. R. Grand.

³⁰⁰ CE (ord.) 7 mars 2011, *Ecole normale supérieure*, req. n°347171, *AJDA* 2011, obs. S. Brondel.

³⁰¹ CE 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs, Fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, req. n°340512, *AJDA* 2011, p. 1527, note M.-C. de Montecler, *AJDA* 2012, p. 1047, note C. Groulier.

Section 2 : Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? [Contrôles de l'Eurocompatibilité et de conventionnalité de la loi]

Edouard DUBOUT³⁰²

Tenter d'évaluer l'efficacité de la QPC nécessite d'identifier les objectifs qui ont présidé à son adoption afin de savoir dans quelle mesure ils ont été satisfaits, voire pourraient l'être mieux. On objectera que pareille évaluation est difficilement réalisable et qu'en tout état de cause tel n'est pas l'objet de la science du droit dont la fonction demeure essentiellement d'expliquer le fonctionnement d'un système juridique et non de porter un jugement de valeur sur celui-ci. Nonobstant, il est devenu fréquent de raisonner en termes d'efficacité dans le discours juridique dans une perspective légitimatrice des règles et mécanismes qui composent le système³⁰³. Or, il est un objectif régulièrement mis en avant afin de légitimer l'introduction de la QPC dans le système juridique français : celui de l'amélioration de la protection des droits fondamentaux. C'est sous cet angle que la question de l'efficacité de la QPC sera posée³⁰⁴.

Une forme de rideau de fumée entoure la fonction exacte que cherche à remplir l'introduction de la QPC dans le paysage constitutionnel français. Si l'on se fie aux débats préparatoires et de l'aveu même d'un de ses géniteurs, « *pragmatiquement, sous l'angle de la protection effective des droits fondamentaux, il n'est nul besoin impérieux d'instituer un contrôle de constitutionnalité a posteriori* »³⁰⁵. A dire vrai, davantage que sous forme de mécanisme de protection des droits, c'est bien plutôt en tant que moyen de remédier à une anomalie dans la hiérarchisation des normes que le besoin d'instaurer la QPC s'est fait sentir. L'incongruité provenait de ce que la combinaison de l'absence du contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire et du refus de contrôle de conventionnalité des lois par le juge constitutionnel aboutissait à rendre les traités mieux protégés que la Constitution dans le système interne. Et pourtant, en définitive, le discours dominant qui entoure son adoption met en avant l'amélioration de la protection des droits comme la justification principale d'un mécanisme de QPC qui en fait même son unique objet. Il s'agirait pour les justiciables de se « réapproprier » leur Constitution. Plus profondément, l'instauration de la QPC participerait d'un mouvement de modernisation de l'Etat de droit en insufflant une conception renouvelée et substantialiste de la démocratie telle qu'elle découle de la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois au regard des droits fondamentaux.

Or, si chacun s'accordera sur le fait que la QPC grandit rapidement et s'enrichit constamment, qu'elle contribue activement à la protection des droits fondamentaux s'avère plus discutable³⁰⁶. Nul doute que quantitativement le succès de la nouvelle procédure est indéniable. Il permet notamment d'apurer l'ordre juridique de certaines lois inconstitutionnelles, et de renforcer la légitimité de celles qui passent son épreuve avec succès. En revanche, on peut émettre des réserves sur le point de savoir si, qualitativement,

³⁰² Professeur à l'Université Paris Est, SDIE (Sources du Droit, Institutions, Europe).

³⁰³ Voy. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 354 p.

³⁰⁴ Pour une analyse de l'efficacité sous l'angle de la stratégie des conseils juridiques, D. LEVY, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité. Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA*, 2011, pp. 1251 et s. Voy. également X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771.

³⁰⁵ D. DE BECHILLON, *RFDC*, 2008, hors-série, spéc. p. 198

³⁰⁶ P. WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques : réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Droits et libertés en questions – Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 277-282.

cette nouvelle procédure a entraîné une réelle amélioration de la protection des droits. A peine d'être démontré, ce *hiatus* entre développement de la procédure et accroissement de la protection est signifiant dans le cadre d'une étude portant sur la modification du procès et de l'architecture juridictionnelle qu'entraîne l'introduction de la QPC dans le système juridique français. Il suggère l'idée selon laquelle l'apport de ce nouveau mécanisme n'est pas tant à rechercher sous l'angle matériel que sous l'angle institutionnel. En d'autres termes, le constat selon lequel la QPC ne modifie pas sensiblement le degré de protection des droits fondamentaux dans l'ordre interne invite à penser que l'essentiel de son influence sur le procès porte davantage sur la forme que sur le fond.

Deux angles d'analyse peuvent être empruntés afin d'essayer d'approfondir cette impression et d'en confirmer ou infirmer l'éventuelle réalité. Le premier angle envisageable part du constat de la forte proximité, pour ne pas dire similarité, du *contenu* des droits garantis par les juges ordinaires et les juges constitutionnels. L'interprétation des droits conventionnels offrant le plus souvent une protection équivalente à celle des droits constitutionnels et pouvant parfois même s'avérer plus exigeante, l'apport de la QPC peut paraître limité. Il faut alors comparer les standards afin d'évaluer l'efficacité « substantielle » du mécanisme de protection. Pareille analyse ne sera pas menée ici en ce qu'elle déborde le cadre du présent rapport³⁰⁷. Une telle étude impliquerait en effet de procéder à une analyse comparée minutieuse de l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnels et européens, étude qui, en soi, mériterait une nouvelle recherche collective. On formulera néanmoins deux remarques. Dans la mesure où la protection conventionnelle est assurée par les juges judiciaire et administratif, l'efficacité substantielle de la QPC peut se concevoir à travers la protection supérieure qu'offriraient les droits et libertés constitutionnels. A cet égard, il n'est pas apparu de développements majeurs marquant un approfondissement visible des droits. Même le principe d'égalité ne s'est pas révélé un gage d'une protection supérieure³⁰⁸. En revanche, une forme d'efficacité substantielle s'est manifestée par une accélération de la diffusion de la protection conventionnelle. Mécaniquement, l'afflux d'affaires drainées par la QPC a permis au Conseil constitutionnel de prendre des décisions audacieuses, telles celle relative à l'impartialité du juge des enfants, que n'auraient probablement pas assumé le juge judiciaire ou le juge administratif³⁰⁹.

Le second angle par lequel aborder la question de l'efficacité relative de la QPC en termes de protection des droits fondamentaux est d'envisager la *manière* dont ils sont garantis par le

³⁰⁷ Des éléments de réflexion pourront néanmoins être trouvés dans la Deuxième partie du Rapport, notamment en ce qui concerne les changements que la QPC apporte dans les relations entre le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes.

³⁰⁸ Une protection supérieure a été octroyée par l'application du principe d'égalité dans l'affaire de la décrystallisation des pensions des anciens combattants issus des colonies, déclarée conventionnelle par le Conseil d'Etat (CE, sect. avis, 18 juil. 2006, n° 286122, Ka) et inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. 2010-1-QPC, 28 mai 2010, Consorts L). Le rapporteur public Courèges concluant à la transmission de la QPC a souligné qu'avait été écarté « *le moyen d'inconventionnalité au bénéfice de la marge d'appréciation que l'article 14 de la Convention réserve au législateur national. Or, cette marge d'appréciation ne se retrouve pas en tant que telle dans votre ordre constitutionnel* », CE, 14 avr. 2010, n° 336753, Labane, *AJDA* 2010, p.1018. En revanche, dans le cadre des servitudes publiques, le Conseil constitutionnel a validé le transfert d'office, sans indemnité juste et préalable, dans le domaine public communal de la propriété de voies privées ouvertes à la circulation publique sous réserve de l'indemnisation d'une charge spéciale et exorbitante (Cons. const., déc. 2010-43-QPC, 6 oct. 2010, *Epx A*). Cette réserve d'interprétation permet d'intégrer la protection conventionnelle minimale alors qu'était attendue la protection supérieure du régime commun de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques (Jérôme Tremeau, « *La constitutionnalité des transferts d'office des voies ouvertes à la circulation publique* », *AJDA* 2011, p.223).

³⁰⁹ Le Conseil s'est saisi d'office pour sanctionner, dans son volet pénal, l'impartialité du juge des enfants caractérisée par sa double fonction d'instruction et de jugement (Cons. const., déc. 2011-147 QPC, 8 juil. 2011, *M. Tarek J*). Il a ainsi intégré l'essence de l'arrêt Adamkiewicz du 2 mars 2010, dans lequel la Cour EDH n'interdit pas en tant que telle la double fonction et applique le critère de « *l'usage ample des fonctions d'instruction* ».

juge. L'approche s'intéresse cette fois à l'adéquation du système de contrôle mis en place aux contraintes issues de la protection des droits fondamentaux en tant que normes d'une structure particulière. Elle invite à s'interroger sur l'efficacité « structurelle » du mécanisme de protection. Dans le cadre du présent rapport attaché au réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle, c'est sous cet angle que sera évalué l'impact de la nature incidente de la QPC sur l'efficacité du procès constitutionnel en termes de protection des droits fondamentaux

L'idée qui sera éprouvée consiste à soutenir que la spécificité des normes de protection des droits fondamentaux requiert un certain nombre de conditions procédurales et techniques que le système actuel de contrôle issu de la QPC, tel qu'il est organisé par le législateur organique et tel qu'il est utilisé par le juge constitutionnel, ne remplit que partiellement. Les conséquences qui sont tirées par le Conseil constitutionnel de la nature incidente de la QPC pourraient entraîner une forme d'inadéquation entre ce que requiert structurellement un contrôle de « fondamentalité » et la manière dont il est effectué actuellement. Il est possible de l'éclairer sous un angle théorique en avançant que certaines contraintes de jugement découlant de la nature même des droits fondamentaux semblent ignorées par le contrôle issu de la QPC, de manière telle qu'il se justifie de s'interroger sur sa réelle efficacité du point de vue de leur protection. A grands traits, la nature incidente de la QPC est généralement avancée pour justifier la mise en place d'un contrôle essentiellement abstrait, alors que la protection des droits fondamentaux requerrait plutôt un contrôle concret de leur respect. La question principale se résume par conséquent au fond à celle de l'adéquation entre le *moment* et la *nature* du contrôle. Pour le dire plus explicitement et radicalement : est-ce que l'instauration d'un examen *a posteriori* du respect des droits fondamentaux peut se satisfaire d'un contrôle *in abstracto* de la loi tel qu'il est effectué historiquement dans le cadre du procès constitutionnel français ? Il ne s'agit pas de prendre parti ici sur un prétendu « modèle » de justice constitutionnelle plutôt qu'un autre³¹⁰, mais davantage d'essayer de penser la cohérence d'ensemble du discours de justification de l'introduction de la QPC dans le contexte juridictionnel français et européen. Des raisons à l'(in)efficacité structurelle relative de la QPC dans la protection des droits peuvent être trouvées dans les ambivalences de la procédure de contrôle d'une part (§1), et dans les insuffisances de la technique de contrôle d'autre part (§2).

³¹⁰ G. TUSSEAU, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique - Modelli di giustizia costituzionale : saggi di critica metodologica*, Bononia University Press, 2009, 200 p.

§1 : Les ambivalences de la procédure de contrôle

Afin de tenter de jauger l'efficacité structurelle du procès constitutionnel issu de la QPC en termes de protection des droits fondamentaux, l'étude des décisions liées à sa mise en œuvre nous renseigne avant tout sur l'interprétation des conditions de recevabilité des demandes. En ce qu'elle commande le déclenchement même du contrôle, l'organisation de l'accès au juge constitutionnel fixe la place du mécanisme dans le système institutionnel et procédural. Or, à bien des égards il apparaît difficile de situer clairement un mécanisme habité par une double ambivalence. D'une part, la procédure met en place un contrôle de nature mixte ou « hybride », mais que les acteurs juridictionnels auront tendance à vouloir interpréter comme étant essentiellement objectif ce qui rend la protection des droits plus abstraite que concrète (A). D'autre part et partiellement conséquemment, malgré sa dénomination formelle, la procédure de contrôle apparaît davantage subsidiaire que prioritaire ce qui limite nécessairement son apport (B).

A) Une procédure de contrôle subjective ou objective ?

La nature de la procédure de QPC est à la source de son ambivalence. Elle détonne assez largement dans le paysage constitutionnel européen³¹¹. De son hybridité provient la plupart des difficultés que soulèvent son introduction dans le système juridique et sa réalisation dans le système juridictionnel. En soi le caractère hybride d'une procédure n'est guère critiquable et il est rare en réalité d'être en présence d'un idéal-type de procédure de contrôle, mais il engendre une forme d'ambivalence potentiellement nuisible à une protection efficace des droits fondamentaux. Surtout, contrairement aux expériences étrangères, il apparaît que le Conseil constitutionnel semble faire le choix d'objectiver le plus possible le mécanisme de contrôle *a posteriori* sur le modèle de celui développé *a priori*. La question est de savoir si des normes conférant des droits essentiellement subjectifs peuvent, sans contradiction majeure, faire l'objet d'une procédure de contrôle principalement objective.

1) Le choix de l'objectivisme.

L'objectivité de la procédure de contrôle ne résulte pas seulement de sa conception mais également d'un choix de politique jurisprudentielle, d'une conception qu'ont les juges de leur office. Même si certains éléments de subjectivisme ne peuvent être totalement ignorés, ils apparaissent volontairement relativisés.

La forme incidente de la QPC plaide évidemment en faveur de l'objectivité de la procédure contrôle. En d'autres termes, elle a pour fonction de confronter abstraitement une norme à une autre qui lui est supérieure, et non de trancher concrètement un litige afin de savoir si les droits fondamentaux du requérant ont été ou non violés *in casu*. En ce sens le contentieux de la QPC se présente comme « objectif », c'est-à-dire comme un procès fait à un acte en vue de faire respecter le Droit objectif, et non le respect des droits subjectifs des personnes³¹². La question posée est ainsi dotée d'une « vie propre », censée être indépendante du litige qui l'a vu naître. Tout au plus celui-ci sert-il d'élément déclencheur, mais il s'efface ensuite pour

³¹¹ M. FROMONT « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la QPC », *ADE*, 2009, vol. VII, à paraître.

³¹² Dans le même sens, S. SCHMIT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, vol. 72, spéc. p. 719.

laisser place à un contrôle de pure hiérarchie normative. Formellement, la présence d'un mémoire distinct, relativement détaché du contexte d'espèce, l'atteste. Matériellement, les droits protégés ne sauraient provenir que d'un fondement constitutionnel, et non conventionnel, manifestant l'attention portée au respect de la hiérarchie des normes au détriment de l'unification de la protection des droits. Néanmoins, lors de la confection de la QPC, le constituant et le législateur organique ont expressément introduit des éléments de subjectivation du contrôle. Tout d'abord, le principal d'entre eux est évidemment qu'il ne porte que sur des droits et libertés. L'objet de la protection est bien avant tout l'intérêt du justiciable et non pas seulement celui du droit en général. L'exemple de l'incompétence négative illustre bien cette orientation de la procédure vers la protection du justiciable : ce n'est que si elle entraîne une atteinte aux droits fondamentaux que la méconnaissance de sa compétence par le législateur est susceptible d'être contrôlée *a posteriori*³¹³. On relèvera également que l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi n'est reçu comme norme de référence qu'en lien avec la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnel³¹⁴. Pareillement, le caractère insuffisamment subjectif et normatif des dispositions de la Charte de l'environnement rend hésitante la reconnaissance de leur faculté à être invoquée dans le cadre d'une QPC³¹⁵. De façon plus contestable, alors qu'il constitue une norme de référence du contrôle *a priori*, l'article 88-1 ne suffit pas en tant que tel à fonder que sa méconnaissance porte atteinte à un droit ou une liberté³¹⁶. Etrange renversement de l'histoire qui voit un contrôle de constitutionnalité être institué à l'égard des seules normes constitutionnelles d'organisation des pouvoirs avant de se développer au profit des seules normes constitutionnelles de protection des droits, marquant ainsi le tournant du constitutionnalisme moderne. Ensuite, la part de subjectivisme de la procédure est confirmée par le caractère discrétionnaire du choix du requérant de saisir ou non le Conseil constitutionnel, sans que le juge ne puisse le faire d'office dans le seul intérêt du droit. Qualifiée de « *monstruosité* »³¹⁷, il s'agit là d'une exception française, qui ne se retrouve pas en droit comparé. Or, comme il n'est pas concevable de faire dépendre l'intégrité du système juridique de la contingence des stratégies des requérants, il faut bien en conclure que telle n'est pas la finalité unique de la nouvelle procédure. En outre, la publicité des audiences, la présence du requérant, et l'attention apportée au principe du contradictoire, même imposée par les exigences européennes, confèrent une dimension de contentieux subjectif au contrôle. Enfin, l'attention attachée aux effets de l'abrogation et la possibilité de modulation *rationae temporis* ne peut se comprendre qu'au regard des incidences concrètes du contrôle, illustrant la difficulté pour le juge constitutionnel de s'élever pleinement dans un contrôle purement objectif placé au-delà de toutes considérations factuelles.

Si la combinaison entre les modèles objectif et subjectif de procédure de contrôle semblait *ab initio* possible au regard de l'hybridité du mécanisme élaboré, tout semble fait par les acteurs juridictionnels pour que la réforme soit essentiellement conçue comme un déplacement temporel du moment du contrôle et non comme une modification structurelle de sa nature³¹⁸.

³¹³ CE, 23 avril 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 327166 ; *AJDA* 2010, p. 1355, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi : « le Conseil d'État considère que présentent un caractère sérieux les moyens tirés de ce que l'habilitation donnée par le législateur au pouvoir réglementaire pour fixer des délais en matière fiscale méconnaît la compétence confiée au seul législateur par l'article 34 de la Constitution et viole, en conséquence, des droits et liberté ».

³¹⁴ CE, 28 mars 2012, n° 356227, à propos du principe d'égalité.

³¹⁵ CE, 24 avril 2012, juris-data n° 2012-008276 à propos de l'article 7 de la Charte posant un objectif de participation du public.

³¹⁶ Cons. const., 3 février 2012, n° 2011-217 QPC.

³¹⁷ M. FROMONT, « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la QPC », préc., spéc. p. 15.

³¹⁸ En ce sens également D. BOTTEGHI et A. LALLET, chr. sous CE, Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots*, *AJDA*, 2010, p. 2416, qui caractérisent le contrôle *a posteriori* comme « n'étant en fait, dans son fonctionnement, qu'un contrôle *a priori* recréé à partir d'un contentieux existant ».

Le maître mot est celui de continuité entre le contrôle *a priori* et *a posteriori* marquant une volonté de préserver envers et contre tous le « caractère imperturbablement objectif du contrôle de constitutionnalité »³¹⁹. Les membres du Conseil constitutionnel ne s'en cachent pas et certains indices tirés de la jurisprudence en attestent dès le stade de la recevabilité que ce soit, par exemple, au travers de l'admission des interventions tierces de la part d'association dont le but est relativement éloigné de l'objet de la disposition querellée³²⁰, ou encore en acceptant de déclarer applicable au litige une disposition législative qui telle qu'appliquée dans les conditions de l'espèce ne pouvait encourir la censure³²¹. Dans une logique qui n'est pas sans rappeler la spécificité du contentieux administratif de l'excès de pouvoir, le procès est bien celui fait à un acte et non la résolution d'un litige concret, qui s'efface derrière la question de pur droit. De manière plus générale, et c'est là que réside probablement la difficulté principale pour ce qui est de l'efficacité de la protection des droits fondamentaux, le choix jurisprudentiel de l'objectivité découle de l'indifférence quasi-totale que le Conseil constitutionnel affiche vis-à-vis des circonstances de l'espèce. Aucun développement ne leur est accordé, de même qu'ils n'interfèrent que le moins possible dans l'interprétation retenue tant de la disposition législative contrôlée que de la disposition constitutionnelle protégée. On peut assez aisément en inférer une volonté d'objectiver une procédure afin de mettre en place un contrôle *in abstracto* de norme à norme qui ne se prête peut-être pas totalement à un examen *a posteriori* de la loi à l'occasion d'un litige concret.

2) Les apories de l'objectivisme.

Quelles contradictions entraînent le choix d'une procédure de contrôle principalement objective de droits essentiellement subjectifs, et peuvent-elles être considérées comme cause de diminution de l'efficacité de leur protection au stade de la recevabilité ? La contradiction est théorique en ce qu'elle pose la question de la justification même du contrôle qui est censée lui donner sens. Elle peut être étayée par une illustration pratique issue de l'interprétation de la notion de changement de circonstances qui autorise à penser que l'efficacité du respect des droits fondamentaux pourrait en pâtir.

L'argument théorique consiste à mettre en avant la corrélation qui devrait être opérée entre la conception que l'on retient du fondement du Droit, notamment comme découlant de l'Etat (droit objectif) ou de la personne (droits subjectifs), et la forme de contrôle de constitutionnalité adoptée. Sans prendre parti pour une conception plutôt qu'une autre, on se contentera de noter que le choix d'une approche n'est pas indifférent au discours de justification qui sous-tend tout contrôle de constitutionnalité. Or, en dépend la cohérence des arguments avancés pour tenter de faire accepter l'idée, contestable en soi, que la volonté des représentants élus doit être contrôlée par des juges qui ne le sont pas. *Grosso modo*, dans une conception objective du contrôle de constitutionnalité l'argument principal sera celui du respect de la hiérarchie des normes et de la primauté de la constitution sur la loi, tandis que dans une conception subjective du contrôle l'attention sera placée sur le terrain du pouvoir des juges et de la transformation de la démocratie au profit des droits et libertés des individus³²². Le problème est que les deux discours de justification ne peuvent être totalement fusionnés sans contradiction intrinsèque, dès lors que la finalité poursuivie n'est pas la même. Comme

³¹⁹ A. VIALA, « De la puissance à l'acte: la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, spéc. p. 975

³²⁰ Cons. const., 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC, sur l'intervention de l'association Groupes informations asiles à propos des soins psychiatriques sous contraintes.

³²¹ CE, 19 mars 2012, n° 352843.

³²² M. TROPER, « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, pp. 113-137.

l'a parfaitement démontré M. Troper, on ne saurait affirmer dans le même temps que ce qui justifie le contrôle de constitutionnalité est à la fois destiné au respect de la hiérarchie des normes et au respect des droits, tout simplement parce que ce n'est pas la même posture à l'égard du système juridique et de son fondement qui est adoptée. C'est pourquoi, il soutient qu'« aucune des justifications n'est convaincante dès lors qu'on prétend tenir compte de tous les arguments possibles »³²³. Davantage, il peut être avancée l'idée selon laquelle si l'on privilégie un discours objectiviste de justification du contrôle de constitutionnalité, cela implique nécessairement, à un moment ou à un autre, de minorer l'importance de l'argument subjectiviste tiré de la protection des droits. Il convient d'essayer d'étayer cette impression par un exemple pratique.

Pour ne prendre qu'une illustration, le caractère objectif du contrôle n'autorise, en principe, à vérifier le respect des droits et libertés qu'une seule fois. En vertu de l'article 23-2 de la LO seul un changement de circonstances de droit ou de fait permet de relativiser l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et de soumettre une nouvelle fois à son contrôle une disposition déjà « spécialement » examinée par lui³²⁴. Cela questionne déjà sous l'angle de l'autorité de la chose jugée qui ne vaut en principe qu'à identité de parties, ce qui laisserait supposer que les parties au procès constitutionnel sont toujours considérées comme identiques malgré la grande diversité des requérants (Président, Premier Ministre, parlementaires, collectivités, personnes morales, personnes physiques, etc...). Surtout sous l'angle qui nous préoccupe de la protection efficace des droits et libertés, on conviendra aisément qu'il paraît totalement illusoire que le Conseil constitutionnel soit en mesure de s'assurer de manière unique et définitive que soient évitées toutes les atteintes potentielles qu'une disposition législative pourrait entraîner à l'égard des droits fondamentaux³²⁵. Condamné au rôle de l'oracle qui ne parle qu'une fois suivant la métaphore de P. Wachsmann, la conception objective de la procédure et le contrôle abstrait qui en découle oblige le juge à anticiper une violation future, privé qu'il sera en principe de pouvoir se prononcer une nouvelle fois par la suite³²⁶. Cette thèse dite de l'imprévisibilité, généralement développée pour critiquer le contrôle *a priori* de constitutionnalité, est accentuée par le choix de faire revêtir aux décisions du Conseil une autorité prédictive et irréversible attachée à la conception objective et abstraite du contrôle exercé. La prégnance de l'approche objective est confortée par l'interprétation stricte à laquelle se livrent les juges du changement de circonstances qui, seul justifie de rouvrir le procès en constitutionnalité de la loi censé s'être définitivement refermé. Tandis qu'une partie des observateurs a paru espérer dans l'exception du changement de circonstances un moyen relativement souple de réouverture du contrôle³²⁷, l'étude du corpus jurisprudentiel révèle plutôt une certaine réticence à l'admettre entraînant des difficultés sous l'angle de l'efficacité de la protection des droits et libertés. S'agissant du changement de circonstances de droit, il faut distinguer selon qu'il concerne le contexte de la disposition législative querellée ou celui de la disposition constitutionnelle invoquée. Dans le premier cas, la jurisprudence requiert une modification substantielle de la disposition elle-même ou de l'environnement normatif dans lequel elle s'insère. Il faut que ce changement provoque un risque nouveau pour les droits et libertés constitutionnels, ce qui peut paraître difficile à

³²³ *Idib.*, spéc. p. 136.

³²⁴ Cons. const., 2 juillet 2010, n° 2010-9 QPC.

³²⁵ Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in DRAGO, G., FRANÇOIS, B., MOLFESSIS, N. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, spéc. p. 335.

³²⁶ P. WACHSMANN, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus politicum*, 2012, n° 7, 18 p.

³²⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010, spéc. pp. 246 et s. ; P. GERVIER, « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2012, n° 1, pp. 90-112.

établir dès le stade de la recevabilité³²⁸. Dans le second cas de changement de circonstances de droit lié cette fois au contexte constitutionnel qui nous intéresse plus particulièrement ici, l'hypothèse qui ne fait pas débat est celle de la modification textuelle ou jurisprudentielle du sens de la Constitution, notamment par introduction d'une nouvelle disposition³²⁹ ou formulation d'un nouveau principe³³⁰. Cette hypothèse demeure rare, et la question essentielle est plutôt de savoir si un changement d'interprétation de la Constitution pourrait justifier le réexamen d'une disposition législative. Cela semblerait justifié en partant de l'idée réaliste désormais largement admise selon laquelle l'interprétation fait corps avec la disposition. Il n'est toutefois pas certain que le Conseil constitutionnel fasse sien ce point de vue. En tout état de cause, seule la survenance d'une saisine fondée sur une *autre* disposition législative que celle ayant donné lieu au premier contrôle de constitutionnalité, sera en mesure d'introduire un changement d'interprétation et partant un éventuel changement de circonstances de droit pouvant justifier le réexamen de la disposition déjà contrôlée. Il faut donc nécessairement que le Conseil se prononce sur une autre loi et dégage à cette occasion une nouvelle interprétation de la norme constitutionnelle avant qu'il ne puisse revenir sur la première dont il a déjà connu, ce qui évidemment limite fortement la possibilité d'adapter le contrôle de constitutionnalité aux changements d'interprétation. Cela est problématique du strict point de vue de la protection des droits fondamentaux. Dans le contentieux qui leur est propre, il est admis que des changements de contexte social rendent progressivement contraire aux droits et libertés certaines mesures qui auparavant leur paraissaient conformes sur le fondement d'une interprétation *évolutive* des droits. Cette technique d'interprétation se justifie par la fonction d'incarnation des valeurs sociales qu'exercent les droits fondamentaux. Or, l'on sait bien que la teneur de ces valeurs évolue avec la société au regard notamment des progrès technologique ou des modes de vies. C'est pourquoi, l'interprétation évolutive, peu pertinente dans une perspective objective de hiérarchie des normes, est particulièrement adaptée à une optique subjective de protection des droits³³¹. Le problème est donc qu'une fois le brevet de constitutionnalité délivré, la nature objective du contrôle paralyse en quelque sorte l'interprétation évolutive inhérente à la protection des droits fondamentaux. Enfin, plus rare encore est la reconnaissance d'un changement de circonstances de fait. Au jour de cette étude, seul un cas peut être relevé s'agissant de l'évolution de la pratique de la garde à vue³³². Alors que les juridictions suprêmes avaient pu paraître plus souples³³³, le Conseil constitutionnel a adopté une position particulièrement stricte en refusant de statuer pour défaut de changement de circonstances de fait sur une atteinte supposée à l'autonomie des collectivités territoriales en raison du changement de contexte et de l'augmentation de leurs

³²⁸ Ainsi, par exemple, le fait que certains pouvoirs auparavant exercés par la CNIL soient confiés par la loi au CSA ne suffit pas à caractériser un tel changement, CE, 13 janvier 2011, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendante*, req. n° 347030 et 347721. De façon plus contestable, la survenance d'une déclaration avérée d'inconventionnalité de la loi est en tant que telle indifférente et incapable d'en justifier un nouvel examen de constitutionnalité au regard d'un changement de circonstances de droit, CE, 19 juillet 2011, n° 347223 et CE, 19 septembre 2011, n° 346012. Voy. néanmoins de façon plus nuancée, C. Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n° 12-40.010. Ce qui fait qu'une loi inconventionnelle continuera d'être constitutionnelle et partant d'exister dans l'ordre interne, Cons. const., 3 février 2012, n° 2011-217 QPC et l'avis de la C. Cass., 6 juin 2012, n° 9002 sur le délit d'entrée ou de séjour irrégulier.

³²⁹ CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, req. n° 338505, à propos de l'ajout de l'article 66-1 interdisant la peine de mort.

³³⁰ En ce sens D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, préc., spéc. p. 247.

³³¹ S. C. PREBENSEN, « Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1123-1137. Il n'est pas rare que des mesures restrictives qui ont pu paraître justifiées à une époque aient par la suite été considérées comme prohibées, comme le manifestent certains revirements de jurisprudence de la Cour EDH, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap – Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour EDH », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 335-350

³³² Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC.

³³³ CE, 20 avril 2011, n° 346204.

charges³³⁴. L'explication en est aisée et provient de ce que la procédure étant essentiellement conçue comme objective, le contrôle qui en découle est opéré de manière la plus abstraite possible. Les faits n'étant pas pris en compte dans l'appréciation de la constitutionnalité, l'on voit mal en quoi leur changement pourrait interférer au point de justifier un nouvel examen de constitutionnalité. En outre, il semblerait qu'une certaine temporalité minimale soit requise pour caractériser un changement de contexte factuel général³³⁵. Là aussi cela est contestable : certains événements soudains peuvent parfaitement amener à devoir reconsidérer en profondeur les équilibres entre droits et libertés, comme par exemple une attaque terroriste. En tout état de cause, le changement des circonstances de fait ne s'apprécie que de manière globale, et en aucun cas les nuances dans les faits *particuliers* de l'espèce à l'occasion de laquelle la QPC a pris naissance ne sauraient influencer la décision du Conseil constitutionnel.

L'exemple de la manière d'interpréter le changement de circonstances qui seul permet au Conseil constitutionnel de connaître à nouveau d'une disposition législative déjà jugée conforme à la Constitution montre bien que la conception objective de la procédure de contrôle n'est pas pleinement adaptée à l'accès à une protection efficace des droits et libertés. Elle pourrait même lui être nuisible en immunisant en quelque sorte une disposition législative qui aurait été abstraitement jugée conforme à leur respect, mais qui servirait concrètement par la suite de fondement à une atteinte circonstanciée. Pour cette raison en partie, la QPC apparaît davantage comme une procédure subsidiaire que prioritaire de protection des droits fondamentaux.

B) Une procédure de contrôle prioritaire ou subsidiaire ?

La priorité affichée par la QPC est également, à l'exception de la Belgique, une spécificité de la procédure française de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La difficulté est que la question n'est pas vraiment prioritaire en pratique. Ce décalage entre l'affichage et la réalité est-il pour autant critiquable sous l'angle de l'efficacité de la protection des droits fondamentaux ? Dire d'une nouvelle procédure qu'elle ne protège les droits fondamentaux que subsidiairement n'est en soi guère problématique. Bien au contraire, cela pourrait signifier qu'ils le sont déjà suffisamment par ailleurs et que le système antérieur est déjà largement suffisant. En revanche, présenter une procédure comme prioritaire sur d'autres suppose pour elle d'offrir un degré de protection plus élevé en ce qu'elle se donne à voir comme l'outil principal de protection des droits et libertés du système juridique. Or, là aussi l'ambivalence est palpable. Bien que censé être prioritaire le contrôle des droits fondamentaux issu de l'article 61-1 risque fort de n'être que doublement subsidiaire : au regard des contrôles de conventionnalité d'une part, et au sein du contrôle de constitutionnalité d'autre part. En ce sens et plus particulièrement sur le second point, son efficacité prête à discussion.

1) Subsidiarité au regard des contrôles de conventionnalité.

La priorité de la QPC a été pensée en lien avec la coexistence de contrôles européens de respect des droits fondamentaux afin d'essayer de lui assurer un certain effet utile. Tout

³³⁴ Cons. const., 30 juin 2011, n° 2011-142/145 QPC

³³⁵ H. PORTELLI, *Rapport n°637 du Sénat, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi organique relatif à l'article 61-1 de la Constitution*, 29 septembre 2009, spéc. pp. 42-43. Cette position semble confirmée par le conseil constitutionnel dans sa jurisprudence relative aux gardes à vue.

d'abord, on relèvera son aspect ouvertement artificiel. Si une priorité a été conférée au contrôle de constitutionnalité, la seule explication possible est qu'il n'en jouissait pas naturellement, ce qui déjà interroge sa véritable efficacité. Ensuite, la priorité est, on le sait, davantage formelle que réelle, comme vidée de sa substance.

Sous l'angle du respect du droit de l'Union européenne, et notamment de la Charte des droits fondamentaux désormais en vigueur, la rivalité des procédures de renvoi est manifeste. Elle peut tenir soit de manière générale à ce qu'une disposition législative entrant dans le champ du droit de l'Union porte atteinte aux droits et libertés protégés par le droit de l'Union tels qu'interprétés par la Cour de justice, soit de manière plus spécifique à ce qu'une loi de mise en œuvre du droit de l'Union encourt le même grief du fait que la mesure européenne qu'elle applique ou transpose soit elle-même soupçonnée d'invalidité. Rappelons que dans le premier cas, les juridictions nationales statuant en dernière instance ont, sauf acte clair, l'obligation de saisir la Cour de justice ; tandis que dans le second cas, tout juge national doit interroger la même Cour de justice sauf si la validité du droit de l'Union dont la loi assure la mise en œuvre lui apparaît manifeste. Malgré un effort d'évitement de ce conflit de saisine dans le projet de loi organique, son abandon dans le texte final entraîne une contrariété frontale avec la priorité revendiquée par la QPC. Il ne pouvait manquer d'y avoir un perdant et c'est semble-t-il le droit de l'Union qui l'a emporté. La désormais célèbre jurisprudence *Melki et Abdelli* est suffisamment explicite pour conclure que la priorité reconnue à la QPC demeure toute relative, voire virtuelle³³⁶. Il en ressort que le juge national saisi du litige demeure en mesure de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle afin qu'il soit statué sur le respect des droits fondamentaux par la loi au regard du standard européen de protection concomitamment ou postérieurement à la QPC. La pratique subséquente des juridictions suprêmes judiciaires et administratives le confirme pleinement³³⁷. Or, et c'est là un point plus important, la Cour de justice, bien que statuant elle aussi par la voie préjudicielle, opère un contrôle *concret* du respect des droits fondamentaux au regard des circonstances de l'espèce. Peu lui importe d'ailleurs la nature, réglementaire ou législative de la mesure qui est à l'origine de sa saisine, ce qui est relevant est la manière dont elle est appliquée afin de savoir si elle a pu servir de support à une atteinte injustifiée ou disproportionnée aux droits fondamentaux dont la Cour de justice assure le respect. Partant, le contrôle étant différent, on ne saurait considérer que la QPC puisse l'épuiser à elle seule, bien au contraire.

Sous l'angle du respect de la CEDH, l'articulation des contrôles est plus difficile à envisager dès lors que les procédures ne sont pas de même nature : par exception pour la procédure interne, par action pour la procédure européenne³³⁸. En l'état de la jurisprudence de la Cour EDH, il semblerait que la QPC ne figure pas, en tant que procédure incidente soumise à un « filtre », parmi les voies de droit devant nécessairement être épuisées afin de porter une requête devant elle³³⁹. Une évolution n'est toutefois pas à exclure totalement au regard notamment de ce que le requérant dispose du choix discrétionnaire de soulever ou non l'inconstitutionnalité de la loi. C'est par conséquent en fonction d'une option stratégique qu'il décidera de se placer sur le terrain conventionnel et/ou constitutionnel. A fondements équivalents, il pourra être tenté de s'adresser au Conseil constitutionnel, particulièrement en dernière instance, au regard de la rapidité avec laquelle il statue comparativement à la juridiction européenne. En ce cas, la rédaction de la loi organique en vertu de laquelle la

³³⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdelli*, aff. C 188/10 et C 189/10.

³³⁷ Par exemple, CE, 8 octobre 2010, n° 338505.

³³⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de *constitutionnalité* et contrôle de *conventionnalité* », *RFDA*, juillet 2009 n° 4, pp. 787-799.

³³⁹ Cour EDH, 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c/ Italie*, req. n° 22774/93. D. SYMZCAK, « La comptabilité de la saisine prioritaire avec la Convention européenne des droits de l'homme », *ADE*, 2009, vol. VII, à paraître.

question de constitutionnalité est prioritaire, incite les juridictions ordinaires et suprêmes saisies du litige à suspendre l'examen du grief tiré d'une méconnaissance de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela pose un certain nombre de difficultés. On peut admettre qu'en cas d'abrogation de la loi, le requérant obtiendra satisfaction et n'éprouvera plus le besoin en principe de se tourner vers Strasbourg, si ce n'est peut-être pour obtenir une satisfaction équitable à la condition que la qualité de victime lui soit reconnue. En revanche, comme cela est statistiquement le cas dans l'immense majorité des requêtes QPC, si la loi est déclarée conforme à la Constitution, éventuellement sous réserve, ou que le bénéfice pour le procès principal de la déclaration d'inconstitutionnalité est refusé au requérant par le Conseil, le contrôle de conventionnalité peut revivre devant le juge *a quo*. Deux conséquences problématiques en découlent. La première est de savoir dans quelle mesure la décision du Conseil constitutionnel exerce une influence, voire une forme d'autorité, sur celle du juge en charge de du contrôle de conventionnalité. La Cour de cassation n'a pas hésité à s'appuyer sur la Convention pour écarter immédiatement une loi pourtant expressément maintenue temporairement en vigueur par le Conseil constitutionnel, remettant en cause par là l'intérêt porté par le juge constitutionnel à la sécurité juridique³⁴⁰. La seconde est que la priorité d'examen expose le Conseil constitutionnel à un désaveu direct de sa jurisprudence par la Cour EDH. Or, comme cela a été noté, le contrôle concret auquel se livre cette dernière permettra souvent d'aller au-delà des seules considérations abstraites du Conseil et donc d'offrir une protection plus adaptée aux intérêts du requérant. Ainsi, il a déjà été relevé des hypothèses dans lesquelles la protection conventionnelle est plus étendue que la protection constitutionnelle³⁴¹. Sous l'angle de la protection efficace des droits fondamentaux, il est possible d'émettre l'idée que si la QPC est bien temporellement prioritaire par rapport au contrôle du respect de la CEDH, elle ne l'est pas vraiment substantiellement. Il en ressort que la nature de la procédure, incidente ou directe, des contrôles européens de fondamentalité, est relativement indifférente à leur articulation avec la QPC. Entre davantage en ligne de compte la nature concrète du contrôle opéré. Par conséquent, sous cet angle, il n'existe pas de réelle rivalité entre les procédures interne et européennes, mais bien plutôt une forme de complémentarité entre contrôle abstrait et contrôle concret, à la condition toutefois de ne pas y voir une quelconque hiérarchie qui prendrait la forme d'une priorité procédurale que rien, au fond, ne justifie. La rivalité, en revanche, devient interne au contrôle de constitutionnalité.

2) Subsidiarité au sein du contrôle de constitutionnalité.

Pour des raisons tenant à l'autorité de chose jugée et à la sécurité juridique, une forme de priorité peut être reconnue au contrôle de constitutionnalité *a priori* au détriment de la QPC qui lui apparaîtrait subsidiaire. Ce n'est donc qu'en démontrant une réelle valeur ajoutée structurelle du contrôle *a posteriori* par rapport au contrôle *a priori* que pourrait être infirmée l'idée selon laquelle le premier est subsidiaire au second. En découle une distinction importante sur les différentes manières de considérer la disposition législative examinée.

Le risque encouru par la liaison des deux formes de saisine *a priori* et *a posteriori* est évident : il tient à la paralysie pure et simple du second au profit du premier. En effet, le contrôle issu de l'article 61, par définition antérieur à celui découlant de l'article 61-1 bénéficie assurément d'une priorité temporelle. Si l'on écarte le contentieux qui devrait progressivement être épuré des dispositions législatives qui n'avaient pas fait l'objet d'un

³⁴⁰ C. Cass. 15 avril 2011, n° 10-30-316.

³⁴¹ Comp. par exemple à propos du droit à la sûreté, Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, req. n° 37104/06 et Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC. De manière générale, voy. *infra* l'analyse des rapports entre le conseil constitutionnel et les juridictions européennes.

contrôle de constitutionnalité et à l'égard desquelles seule la QPC permet d'en vérifier la validité, se pose inévitablement la question de l'articulation entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* en ce qui concerne les dispositions législatives adoptées postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme. On ne peut écarter totalement la mise en place d'une stratégie des acteurs politiques et institutionnels qui consisterait à saisir de manière systématique le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 afin d'empêcher qu'il puisse l'être sur le fondement de l'article 61-1 et d'immuniser en quelque sorte la loi qu'ils cautionnent bien plus qu'ils ne la contestent. Pris dans les affres du contrôle abstrait d'une loi polémique aux nombreuses incertitudes que seule sa mise en œuvre concrète permettrait de lever, le pari est aisé de croire que le conseil constitutionnel se réfugiera derrière un contrôle minimum plaçant la loi à l'abri de toute critique future. Conjugué avec la technique des « saisines blanches » qui oblige le Conseil à statuer sur l'ensemble de la loi au regard de l'ensemble de la constitution, l'effet est radical : la loi jugée constitutionnelle le sera intégralement et définitivement, quelque soit la manière dont elle pourra être interprétée, voire appliquée. L'exemple couramment avancé est celui de la loi sur la dissimulation du visage dans les lieux publics qui pose d'importantes difficultés au regard des droits et libertés, et dont il est loin d'être certain qu'elle satisfasse aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Saisi sans grief précis par les présidents des deux chambres le Conseil constitutionnel l'a jugée, sous une réserve évidente des lieux de cultes ouverts au public, conforme à la Constitution³⁴², empêchant par là toute remise en cause ultérieure sauf changement de circonstances. Or, tel était probablement le but des auteurs de la saisine sur un texte qu'ils approuvaient pleinement. Le résultat est que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne sera plus en mesure d'offrir une protection de la liberté religieuse et/ou d'aller et venir, voire du principe d'égalité, lorsque se poseront les questions essentielles de la définition du lieu public, du degré de dissimulation, de la sévérité des sanctions, etc... C'est à ce stade que doit être interrogée l'efficacité comparative des deux types de contrôle au regard de la protection des droits fondamentaux. L'argument développé est simple : si le contrôle *a posteriori* n'ajoute rien au contrôle *a priori*, alors il devient largement inutile. Comme l'écrit avec bon sens Y. Gaudemet, il aurait suffi de mieux assurer le contrôle préventif en élargissant par exemple la saisine à d'autres organes, comme au Défenseur des droits ou au Conseil constitutionnel lui-même, pour faire en sorte que les quelques lois continuant d'échapper à tout contrôle y soient soumises pour que l'on parvienne au même résultat³⁴³. Le problème est que le contrôle *a priori* a été conçu comme un moyen de préserver la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire comme portant sur des normes d'organisation institutionnelles. Certes, il a été élargi depuis 1971 à des normes de protection des droits, mais tant les délais que l'impossibilité de prévoir les contrariétés potentielles en réduisait considérablement l'efficacité en termes de protection de ce second type de normes. La thèse déjà évoquée de l'imprévisibilité des atteintes aux droits et libertés que la loi pourrait en pratique engendrer justifierait alors l'adjonction du contrôle *a posteriori* de façon supplémentaire au contrôle *a priori*.

Pareille posture soulève bon nombre d'interrogations en termes de théorie et de connaissance des normes selon que l'on s'intéresse à leur élaboration, à leur interprétation ou à leur application. La première est bien connue. Sans entrer dans les détails d'un débat ressassé depuis l'émergence de l'école réaliste, l'idée générale est de se demander s'il est concevable d'identifier la signification d'une norme en s'en tenant à sa seule *rédaction*, ou s'il convient de s'attacher à son *interprétation*. Ainsi que l'a pertinemment souligné A. Viala,

³⁴² Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC.

³⁴³ Y. GAUDEMET, *La question prioritaire de constitutionnalité. Etude critique*, Les Editions du CRIDON, 2011, spéc. p. 12.

l'introduction de la QPC autorise le Conseil constitutionnel à connaître de la loi « *en acte* », c'est-à-dire, selon cet auteur, telle qu'elle est interprétée par les juridictions suprêmes, mais pour autant le contrôle demeure abstrait ainsi que le souligne l'auteur³⁴⁴. Certes, il n'est pas contestable que le contrôle *a posteriori* offre un avantage certain par rapport au contrôle *a priori* consistant à affiner le degré de précision du sens de la disposition contestée et, partant, à diminuer le risque d'imprévisibilité inhérent au contrôle *a priori*. C'est la raison pour laquelle il ne semblerait pas inopportun de scinder plus radicalement les deux formes de contrôle en évitant notamment que le premier ne soit en mesure de paralyser le second, ce qui pourrait justifier, comme ce fut le cas en Espagne, de renoncer à la saisine préventive afin d'éviter la concurrence des contrôles de constitutionnalité et son instrumentalisation par les acteurs politiques au détriment de la protection des droits des citoyens³⁴⁵. Encore faudrait-il que le juge constitutionnel lui-même ait une conception de son office qui le fasse se départir lors de l'exercice de son contrôle *a posteriori* des limites structurelles du contrôle *a priori*. Ici surgit la seconde interrogation qui nous intéresse afin de déterminer en quoi et à quelles conditions le contrôle *a posteriori* s'avère ou non plus efficace en termes de protection des droits que le contrôle *a priori*. Que le contrôle porte sur l'*interprétation* de la loi est une chose, mais qu'il tienne compte de l'*application* de la loi en est une autre³⁴⁶. C'est sous cet angle que se fait sentir la différence entre le contrôle abstrait et concret. Bien que portant sur la loi interprétée, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel reste abstrait car conçu de façon objective. En cela, sa valeur ajoutée par rapport au contrôle préventif demeure faible. Il est possible de soutenir que la protection des droits fondamentaux est étroitement tributaire du *contexte factuel* d'espèce, c'est-à-dire de la manière dont non seulement la loi est rédigée et interprétée, mais également de la façon dont elle est appliquée concrètement à la situation du requérant. Pour ne prendre qu'un exemple, une disposition législative incriminant des propos racistes ou négationnistes qui aurait passé avec succès un premier contrôle de constitutionnalité, est-elle pour autant définitivement à l'abri de toute atteinte à la liberté d'expression ? Cela dépendra de par exemple la teneur des propos, de la manière dont ils ont été formulés, de l'auditoire, de la personne qui les formule, de leur intérêt pour le débat public, etc..., bref du contexte factuel de l'affaire. L'expérience italienne de la question incidente de constitutionnalité, de laquelle s'inspire largement la QPC française, montre bien qu'initialement ignorée du jugement de constitutionnalité la prise en compte des faits de l'espèce s'est progressivement avérée incontournable avant de devenir même déterminante dans la solution délivrée³⁴⁷. On en vient probablement au point crucial de cette tentative d'évaluation de l'efficacité structurelle du contrôle opéré dans le cadre de la QPC. La question sensible est celle de savoir si les droits fondamentaux peuvent être contrôlés en dehors du contexte factuel de leur réalisation concrète. Il peut être soutenu que la signification d'un droit fondamental ne préexiste pas à la relation dans laquelle il est invoqué, précisément parce que les droits fondamentaux servent à encadrer des relations d'autonomies concurrentes³⁴⁸. Comme l'écrit J. Lenoble, « *le sens d'un droit fondamental ne se définit que dans un rapport à une prétention contraire à un droit concurrent* »³⁴⁹. Il ne trouve sa signification véritable que contextualisé, c'est-à-dire concrètement appliqué à un cas d'espèce. Or, rien n'interdit

³⁴⁴ A. VIALA, « De la puissance à l'acte: la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, spéc. p. 971.

³⁴⁵ P. WACHSMANN, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », préc., spéc. p. 15.

³⁴⁶ Voy. en ce sens l'intervention de R. PONSARD, « Interpréter et appliquer : l'apport paradoxal de l'application des normes à leur interprétation. Contribution à l'analyse d'une justification de l'introduction en droit français de la procédure dite de la « question prioritaire de constitutionnalité » », lors du colloque de l'AFDC des 16, 17 et 18 juin 2011.

³⁴⁷ J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les « faits » », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, spéc. p. 127.

³⁴⁸ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, rééd. 1998, spéc. p. 48.

³⁴⁹ J. LENOBLE, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Paris, Les Ed. du Cerf, 1994, spéc. p. 84.

d'opérer un contrôle concret au sein même d'une procédure incidente. En d'autres termes, il n'y a pas de relation d'automatisme entre le contrôle portant sur une norme au cours d'une procédure préjudicielle et la nature de celui-ci. L'exemple du contrôle développé par la Cour de justice de l'Union européenne à travers les renvois préjudiciels dont elle est saisie le montre parfaitement. Il est même envisagé d'étendre ce mode de saisine à la Cour EDH³⁵⁰. Il y a donc bien une part de volontarisme jurisprudentiel dans le choix de l'objectivation de la procédure de contrôle qui découle sur un examen abstrait de la loi obérant toute prise en compte des faits pourtant nécessaire à la détermination de la portée des droits fondamentaux.

Le choix d'une conception objective du contrôle issu de la procédure est manifeste sous l'angle de l'examen de la recevabilité. Certaines difficultés en découlent au moment de penser l'articulation de la QPC avec les contrôles préexistants de conventionalité et de constitutionnalité *a priori*. Contrairement à ce que l'on pourrait penser et tant que le choix de l'objectivation et de l'abstraction du contrôle sera fait, c'est davantage avec le second qu'au regard des premiers qu'une concurrence procédurale est envisageable. En ce sens, le risque est bien que le contrôle *a posteriori* soit utilisé de manière subsidiaire et non prioritaire. Seule finalement, une évolution vers un contrôle plus concret permettrait de placer la QPC au centre du système national de protection des droits fondamentaux. Pour cela, une adaptation de la technique de contrôle s'avère nécessaire afin de remédier aux insuffisances qu'elle présente pour le moment.

§2 : Les insuffisances de la technique de contrôle

Après s'être penché sur leur recevabilité, le second enseignement qu'apporte l'étude du corpus jurisprudentiel retenu découle de la façon avec laquelle le Conseil constitutionnel tranche sur le fond les questions qui lui sont posées. Son évaluation est délicate et ne doit pas ignorer l'existence d'une culture juridictionnelle nationale au sein de laquelle s'insère l'office du Conseil constitutionnel français. Pour autant, il n'est pas interdit de penser que les droits fondamentaux que la QPC a pour objet de protéger requièrent l'utilisation d'outils de jugement qui engendrent une certaine contrainte sur l'exercice de la fonction de juger. Normes en partages dans l'espace juridique européen, les droits fondamentaux contribuent largement au rapprochement non seulement du contenu des droits constitutionnels, mais aussi de la manière de les interpréter et d'en contrôler le respect. La méthode de contrôle employée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC, marquée essentiellement du sceau de la continuité déjà soulignée avec le contrôle *a priori*, contraste assez singulièrement avec les techniques du contrôle de fondamentalité généralement utilisées par les juges constitutionnels et conventionnels à au moins deux points de vue. Le premier porte sur la place et l'attention accordées à la technique de pondération qu'est le recours à la proportionnalité. Le second découle des choix opérés dans la technique de motivation qui conditionne *in fine* la légitimité du contrôle du juge sur l'activité législative. Dans les deux cas, l'étude de la jurisprudence montre l'attachement du Conseil constitutionnel à observer un formalisme rigoureux qui correspond à la conception abstraite qu'il a du contrôle qu'il opère. On peut néanmoins douter qu'elle coïncide pleinement avec une exigence d'efficacité de la protection des droits fondamentaux.

³⁵⁰ Voy. la perspective évoquée lors de la conférence de Brighton sur l'Avenir de la Cour EDH.

A) L'insuffisance de la technique de pondération : quelle proportionnalité ?

L'évaluation qui suit de l'efficacité de la QPC sous l'angle de la technique de contrôle employée par le Conseil constitutionnel se fonde sur un présupposé qu'il conviendra de démontrer préalablement : celui de l'inhérence de la technique de proportionnalité au contrôle du respect des droits fondamentaux. Certes, l'intuition est palpable de ce que les droits fondamentaux appellent intrinsèquement une pondération à l'aide d'une mesure de proportionnalité, encore convient-il de voir pour quelle(s) raison(s) le recours à cet instrument s'avère ou non indispensable. En suite de quoi, il conviendra d'observer comment le Conseil constitutionnel procède à l'utilisation de cette technique dans le cadre du contrôle abstrait qu'il entend développer à travers la QPC.

1) Inhérence de la pondération.

De nombreux auteurs ont souligné l'inhérence de la technique de proportionnalité au contrôle de fondamentalité. Notamment P. Muzny, écrivant à propos du respect de la Convention européenne des droits de l'homme, n'hésite pas à avancer que « *la proportionnalité est consubstantielle aux droits fondamentaux, car à leur instar sa mise en œuvre nécessite une opposition de variables en vue de régir leur conciliation* »³⁵¹. La Cour constitutionnelle allemande n'exprime pas autre chose en énonçant que « *le principe de proportionnalité découle directement de l'essence des droits fondamentaux* »³⁵². Des arguments tant théoriques qu'empiriques peuvent être mobilisés en ce sens.

Il existe un soubassement théorique solide à l'idée d'inhérence de la technique de proportionnalité au contrôle des droits fondamentaux, qui tient notamment à la spécificité de ces normes. La question de la spécificité essentielle des normes posant des droits et/ou libertés fondamentaux demeure l'une des plus débattues³⁵³. Sans entrer en détail dans ce débat, considérons simplement qu'une manière d'y répondre est d'établir une distinction au sein des normes juridiques entre les règles et les principes. La plupart des théoriciens modernes du droit adoptent une telle distinction notamment afin de souligner la spécificité de certaines normes constitutionnelles, mais néanmoins les approches divergent sur la manière d'opérer cette distinction. L'une d'elles consiste, dans la lignée des travaux de R. Alexy, à soutenir l'existence d'une différence dans la structure même des normes selon qu'elles établissent une prescription qui doit nécessairement être respectée ou non de façon binaire sans variation de degrés (règles), ou selon qu'elles établissent une prescription qui ne puisse que tendre vers son respect le plus grand possible en fonction du contexte (principes)³⁵⁴. Dans cette lecture, contrairement aux règles, les principes obéissent à une logique très particulière d'*optimisation*. Dit autrement, on peut considérer qu'il s'agit de normes « *défectibles* », qui prises telles quelles ne délivrent pas le sens du comportement à adopter et la solution du litige³⁵⁵. Là encore ce n'est pas le lieu de s'attarder sur cette proposition intéressante du discours sur le droit qui cherche néanmoins à transcrire une réalité juridique que chacun pressent : certaines dispositions revêtent une texture normative différente et méritent à ce titre

³⁵¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, t. I, spéc. p. 90.

³⁵² BVerfGE 65, 1 [44]

³⁵³ E. PICARD, « Droits fondamentaux », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 544-549.

³⁵⁴ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2010, spéc. pp. 44 et s.

³⁵⁵ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. Champeil-Despalts, Paris, Dalloz-Sirey, spéc. p. 233

d'être désignées comme « principes ». Nous nous contenterons ici d'adopter cette posture de distinction afin de souligner que les droits et/ou libertés fondamentaux se rangent alors assez aisément dans la catégorie des principes. En effet, un droit ou liberté fondamentale est incapable, pris en tant que tel, de donner une solution au litige : il doit être adapté afin d'en tirer une autre norme, indéfectible cette fois (soit une règle), qui permettra d'arriver à un balancement équilibré des prétentions en présence. Si l'on suit cette distinction théorique entre règles et principes pour décrire la spécificité des normes de protection des droits fondamentaux, l'on est conduit à considérer que le contrôle de proportionnalité est proprement inhérent à leur structure normative particulière³⁵⁶.

Cette spécificité essentielle des droits fondamentaux comme principes déficients obligeant à procéder à leur pondération est assez aisément vérifiable empiriquement³⁵⁷. On peut même émettre la suggestion qu'une fois considéré comme applicable un droit fondamental ne peut pas être appliqué sans procéder à sa pondération. Le plus souvent, il s'agira d'en pondérer le respect au regard d'un objectif d'intérêt général concurrent. Cela pose un problème en termes de hiérarchie des normes, au point que certains auteurs ont exprimé l'idée que l'intérêt général doit lui-même être considéré comme une norme de valeur constitutionnelle³⁵⁸. On comprend aisément la préoccupation qui est à l'origine de cette suggestion malgré les difficultés qu'elle pose. Elle est symptomatique d'une recherche de pondération inhérente au respect des droits et libertés constitutionnels qui sinon paralysaient totalement l'œuvre législative. Toutefois, l'inhérence de la pondération est encore davantage observable dans ce que l'on désigne comme étant des conflits de droits. Ainsi, l'hypothèse est classique, la liberté d'expression doit-elle notamment composer avec le respect de la vie privée sans que l'une l'emporte automatiquement sur l'autre³⁵⁹. De même, la liberté de la femme doit se conjuguer avec l'intérêt de l'enfant comme l'illustre la conciliation entre le droit d'accoucher anonymement avec celui de connaître ses origines³⁶⁰. Un même droit fondamental peut d'ailleurs faire l'objet de prétentions parfaitement opposées comme, par exemple cela a été le cas devant la Cour EDH, en matière d'autonomie personnelle entre le droit de procréer avec celui de ne pas procréer³⁶¹. Même les droits considérés comme « intangibles » au regard de leur libellé se plient à cette logique d'optimisation et de pondération. L'illustrent les cas « difficiles » pour reprendre la terminologie dworkinienne de mise en balance par exemple du droit à la vie et de l'interdiction des mauvais traitements en cas de maladie incurable et douloureuse, ou à l'inverse du recours à ces mauvais traitements afin d'éviter un danger mortel pour d'autres. Un même droit « intangible » peut également faire l'objet d'un arbitrage entre prétentions contraires : faut-il par exemple admettre la légitime défense d'une personne ayant entraîné la mort d'une autre³⁶², ou encore doit-on sacrifier la vie de certaines personnes pour épargner celle d'autres personnes en cas de détournement terroriste d'avions³⁶³ ? En pareilles situations l'on voit bien que l'arbitrage à effectuer est délicat et qu'il ne peut que prendre la forme d'une pondération. En ce sens, l'on peut affirmer que même les droits fondamentaux considérés comme les plus essentiels, appellent à être pondérés par une technique de proportionnalité afin de déterminer leur véritable sens et portée.

³⁵⁶ R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, préc., spec. p. 67 et s.

³⁵⁷ D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2004, 193 p.

³⁵⁸ B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, 108 p.

³⁵⁹ Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC.

³⁶⁰ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.

³⁶¹ Cour EDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

³⁶² Cour EDH, 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c/ Italie*, req. n° 23458/02.

³⁶³ BVfGe 115, 118 [2005].

2) Carence dans la pondération

En acceptant cette idée d'une inhérence de la technique de proportionnalité au contrôle du respect des droits fondamentaux, l'évaluation de son efficacité invite à examiner si et de quelle manière le juge constitutionnel français procède dans le cadre de la QPC. De ce point de vue, l'étude des décisions rendues fait apparaître quelques sources d'interrogation, voire de préoccupation, tant quantitativement que qualitativement.

Il est difficile de dire précisément à quelle fréquence le Conseil constitutionnel recourt au test de la proportionnalité dans le cadre de l'examen d'une QPC. Une explication à ce flou statistique tient notamment à l'imprécision terminologique dont on peine à dire si elle est volontairement entretenue ou non. A titre d'illustration, le juge constitutionnel français n'emploie pas toujours le vocable de la proportionnalité alors même que sur le fond il est invité à procéder à une pondération. Tel sera notamment le cas lorsqu'il estime qu'entre les exigences contradictoires en présence « *le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* »³⁶⁴, voire « *manifestement déséquilibrée* »³⁶⁵, ou encore lorsqu'il juge qu'une disposition législative « *ne peut être regardée comme portant une atteinte excessive* » à un droit ou une liberté protégés par la Constitution³⁶⁶. Parfois le langage se fait encore plus évasif, par exemple lorsque le juge sans citer le principe de proportionnalité fait référence à des atteintes « *importantes* »³⁶⁷ ou « *substantielles* »³⁶⁸ au droit à un recours effectif. Manque de rigueur également l'établissement d'un degré éventuellement différent de contrôle, selon que la disproportion doit ou être « *manifeste* », au regard du droit ou de la liberté concernée. Alors que l'exigence de disproportion « *manifeste* » semble requise en matière pénale, ce qui peut sembler paradoxal puisque le terme y est expressément mentionné, d'autres libertés n'y semblent pas soumises mais avec parfois certaines hésitations³⁶⁹. Au total, les hypothèses de recours explicite au respect de la proportionnalité en tant que telle ne sont pas courantes. Au nombre de onze à la date de rédaction de cette étude, elles découlent généralement de l'invocation d'une atteinte au principe de nécessité et de proportionnalité des sanctions³⁷⁰. Sinon, à trente cinq reprises la proportionnalité apparaît dans sa forme négative, le juge constitutionnel se demandant si au regard des objectifs poursuivis le législateur a porté ou non une atteinte « *disproportionnée* » aux droits et libertés que la Constitution garantit. Pour partie, elles concernent à nouveau des questions de proportionnalité des sanctions pénales ou fiscales déjà mentionnées. Au total, le recours explicite à la technique de la proportionnalité n'a abouti qu'à deux déclarations d'inconstitutionnalité en matière d'atteinte au droit de propriété³⁷¹, et à quatre décisions de conformité sous réserve³⁷². Enfin, il est des cas, en matière bioéthique et familiale notamment, où le Conseil constitutionnel se refuse

³⁶⁴ Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC à propos du placement en garde à vue.

³⁶⁵ Cons. const., 18 octobre 2010, n° 2010-55 QPC, à propos de la prohibition des machines à sous ; Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-139 QPC à propos des conditions d'exercice de certaines activités artisanales.

³⁶⁶ Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, à propos de la liberté du mariage.

³⁶⁷ Cons. const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC, à propos de la loi anti-Perruche.

³⁶⁸ Cons. const., 13 avril 2012, n° 2012-231/234, à propos des frais d'instance.

³⁶⁹ Alors qu'une disproportion « *manifeste* » ne semble en principe pas requise pour caractériser une atteinte à la liberté d'entreprendre (Cons. const., 3 décembre 2010, n° 2010-73 QPC, sur les paris hippiques, ou encore Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC sur le monopole d'importation des viandes) ; elle apparaît néanmoins dans l'importante décision Cons. const., 18 octobre 2010, 2010-55 QPC, relative à la prohibition des machines à sous.

³⁷⁰ Au 26 juin 2012, onze références trouvées : n° 2010-55 QPC, n° 2010-70 QPC, n° 2010-84 QPC, n° 2010-103 QPC, n° 2010-104 QPC, n° 2010-104/105 QPC, n° 2011-117 QPC, n° 2011-124 QPC, n° 2011-199 QPC, n° 2011-220 QPC.

³⁷¹ Cons. const., 13 janvier 2012, n° 2011-208 QPC, à propos de la confiscation de marchandises en douane ; Cons. const., 20 janvier 2012, n° 2011-212 QPC à propos de la réunion à l'actif des biens du conjoint en cas de procédure collective.

³⁷² S'agissant également du respect du droit de propriété (Cons. const., 2 décembre 2011, n° 2011-201 QPC à propos du plan d'alignement), ainsi que du principe de responsabilité (Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC à propos de la faute inexcusable, et Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-127 QPC, à propos de la faute inexcusable pour les marins) et conjointement à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle (Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC à propos du licenciement de salariés protégés).

explicitement à procéder à tout examen de la proportionnalité, notamment dans les hypothèses mettant en conflit deux droits ou libertés constitutionnellement garantis. Il se refuse alors à « substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini » entre des droits et libertés contradictoires³⁷³. Or, précisément en pareille situation « difficile », nous avons vu que seul le recours à la proportionnalité permet d'essayer de pondérer les intérêts contradictoires en cause. A défaut, on ne peut que conclure que le Conseil constitutionnel n'exerce tout simplement pas le contrôle de constitutionnalité. Le paradoxe est le suivant : plus il y a un risque d'atteinte aux équilibres essentiels qui forment la mécanique interne du système de protection des droits fondamentaux, moins le contrôle de leur respect est exercé. L'argument évoqué est celui de la déférence à l'égard de la marge d'appréciation politique du législateur. Il ne semble toutefois guère convaincant. C'est au contraire à travers un examen très fin des circonstances factuelles du cas d'espèce que la pondération peut être effectuée sans remettre en cause de manière frontale la conception politique de l'arbitrage à opérer qu'a effectuée le législateur. En privilégiant un contrôle abstrait, le Conseil constitutionnel se met dans l'impossibilité d'effectuer un véritable contrôle de proportionnalité contextualisée et se pose en concurrent, plutôt qu'en complément, de l'arbitrage nécessairement abstrait auquel le législateur a procédé sur le fondement de sa légitimité électorale. Comme l'écrit justement P. Moor, « la manière la plus idoine pour le juge de ne pas s'immiscer indûment dans les questions d'opportunité consiste à fonder son jugement sur les spécificités de la cause, sur ce qui lui est tout à fait propre – par conséquent s'intéresser particulièrement aux faits »³⁷⁴.

Prétendre que le contrôle abstrait ne permet qu'imparfaitement d'utiliser la technique de la proportionnalité afin de procéder à la nécessaire pondération des droits fondamentaux est une impression qu'il convient d'essayer de vérifier plus avant. Bien entendu la proportionnalité n'est pas étrangère au juge constitutionnel français³⁷⁵, mais la question décisive est de savoir si son utilisation pourrait évoluer avec le déplacement du moment du contrôle. On identifie classiquement trois étapes dans le contrôle de proportionnalité au sens large : celle du contrôle de la légitimité du but poursuivi, celle du contrôle de la nécessité de la mesure litigieuse pour atteindre ce but, et enfin celle du contrôle de proportionnalité *stricto sensu* tenant à la mise en balance des intérêts contradictoires en présence. La première étape ne pose pas de difficulté en ce sens qu'elle s'accommode parfaitement d'une perspective abstraite afin d'évaluer la pertinence de l'objectif poursuivi par le législateur. Contrairement à ce que l'on observe dans d'autres contentieux, notamment celui porté devant la Cour EDH où elle prend souvent les allures de simple formalité, cette appréciation de la légitimité du but poursuivi tend à prendre une importance croissante et à faire l'objet d'un raffinement progressif dans la jurisprudence récente³⁷⁶. Son évolution n'est cependant pas liée à l'introduction de la QPC, mais bien plutôt à la difficulté pour le Conseil d'effectuer les autres étapes du contrôle de la proportionnalité. La deuxième étape est généralement présentée comme la plus centrale au regard de la fréquence avec laquelle elle épuise bien souvent le contrôle de proportionnalité. En se demandant si la disposition querellée est bien nécessaire au but poursuivi, le juge doit déterminer si des mesures moins attentatoires au droit ou à la liberté auraient pu être

³⁷³ Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC sur l'adoption ; Cons. const., 30 septembre 2011, 2011-173 QPC sur les expertises génétiques sur personne décédée ; Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC sur l'accès aux origines et à la même date, n° 2012-249 QPC sur le prélèvement de cellules.

³⁷⁴ P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe - Mélanges offerts à Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2002, spéc. p. 340.

³⁷⁵ Notamment, V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, pp. 227-267 ; « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, n° 70, pp. 269-295 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, 542 p.

³⁷⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus politicum*, 2012, n° 7, spéc. pp. 2 et s.

suffisantes pour parvenir à l'objectif recherché. A ce stade déjà, le contrôle purement abstrait découlant de la conception objectiviste de la procédure n'est que partiellement adapté. Il est en effet difficile de dire sans en mesurer les conséquences concrètes si une mesure apparaît ou non nécessaire. Le contexte de l'espèce offre un cadre adapté afin d'estimer si, dans la situation particulière, une mesure moins contraignante aurait ou non suffi. Nous n'affirmerons pas qu'un contrôle abstrait est en lui-même incapable de répondre au test de la nécessité, mais considérons seulement qu'il le rend plus difficile à réaliser. Par exemple, la résolution de la question de savoir s'il est nécessaire ou non d'enfermer quelqu'un en état d'ivresse afin de protéger l'ordre public ou si des mesures moins contraignantes suffiraient, dépendra pour beaucoup du degré d'alcoolémie en cause, de la faculté de récupération, du comportement ou de l'âge de la personne, etc... Ces circonstances permettront en quelque sorte de *révéler* une éventuelle disproportion latente découlant d'une trop grande rigidité du dispositif litigieux pourrait empêcher les autorités en charge de son application de tenir compte. Reste alors la troisième étape de la proportionnalité au sens strict. Plus subjective, elle est également plus rare en ce qu'elle intervient en dernière analyse. Une mesure, bien que parfaitement nécessaire pour atteindre un objectif, par exemple interdire le voile intégrale en vue de protéger la sécurité et/ou la dignité des personnes, peut parfaitement être jugée trop intrusive dans sphère d'un droit ou d'une liberté, en l'occurrence le droit à l'auto-détermination des personnes ou à la liberté religieuse. C'est à ce stade qu'une véritable pondération, ou mise en balance, est nécessaire. Or, elle ne peut pas être effectuée de façon abstraite mais uniquement au cas par cas. Dit autrement, il ne peut s'agir d'une hiérarchisation statique mais uniquement *dynamique*, variable selon les cas. Ainsi, par exemple, l'interdiction du voile intégral sera ou non proportionnée au sens strict, c'est-à-dire pondérée au regard de son intrusion dans la sphère de liberté individuelle, selon que la personne qui le porte le fait volontairement ou consciemment (au regard de son âge par exemple), selon le degré ou le mode de « *dissimulation* » du visage (une burka, un tchador, un simple foulard), ou encore selon le lieu plus ou moins « *public* » dans lequel elle le porte (un service public, la rue, une voiture). Une infinité de situations pouvant se présenter, il ne semble guère possible de se prononcer de façon abstraite sur cette mise en balance qui évolue en fonction des faits de la cause. Certes, la technique de la réserve d'interprétation permet, dans une certaine mesure, d'envisager des situations plus concrètement afin d'affiner la mise en balance, mais elle demeure d'une généralité telle qu'elle s'avère incapable d'appréhender l'ensemble de la réalité sociale dont seul un contrôle d'espèce peut tenir compte. Ainsi, la réserve tenant à l'impossibilité d'interdire le voile intégral sur les lieux de culte peut être perçue comme une amorce de contrôle de proportionnalité au sens strict, mais elle demeure incomplète à défaut de pouvoir envisager les situations concrètes qui seules offrent un cadre appropriée à la pondération juridictionnelle des intérêts.

Si l'on adopte le point de vue consistant à voir dans les droits fondamentaux constitutionnels des normes principielles appelant intrinsèquement une pondération sous forme d'une technique de proportionnalité, on est conduit à considérer que le contrôle abstrait ne permet qu'imparfaitement d'y recourir. Ce faisant le juge constitutionnel, loin de compléter l'action législative par un affinement de l'arbitrage abstrait auquel elle procède nécessairement, se place en instance concurrente de résolution d'un conflit de valeurs. Se pose alors la question de la légitimité du juge constitutionnel pour y procéder et de motifs qui le poussent à se décider.

B) L'insuffisance de la technique de motivation : quelle légitimité ? ³⁷⁷

On peut parfaitement admettre que le juge constitutionnel soit une instance appropriée d'arbitrage de conflits d'intérêts constitutionnels contradictoires et même que le contrôle de constitutionnalité contribue à la progression du contenu, et partant du concept, de la démocratie bien que cela suscite certaines difficultés. Le propos n'est pas de prendre parti pour ou contre cette opinion, ni même de savoir comment devrait être composée cette instance afin de poursuivre au mieux cet objectif. Plus modestement, il s'agit d'observer en quoi l'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la loi pourrait inciter le juge constitutionnel à modifier la manière avec laquelle il argumente afin de contrôler la volonté du législateur au regard du respect des droits fondamentaux. Il faut alors voir en quoi la motivation contribue à la légitimité de la décision de justice constitutionnelle, et partant de l'instance qui la rend, avant d'y confronter la technique essentiellement formaliste utilisée par le Conseil constitutionnel français dans le cadre de la QPC.

1) Exigence de motivation.

Le contrôle de constitutionnalité des lois fait de la juridiction qui l'exerce une enceinte d'arbitrage politique. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien fondé de ce phénomène, mais uniquement de montrer en quoi cette nouvelle fonction requiert d'adopter certaines techniques d'argumentation et de motivation afin que son exercice débouche sur une solution acceptée par le corps social dont la résolution du conflit doit régir le fonctionnement. Un effort particulier de motivation s'impose ainsi au juge constitutionnel à la fois en tant qu'organe participant au processus politique de façon générale, et en tant qu'organe politique particulier, différent du législateur.

Il est extrêmement difficile de définir précisément ce qu'est la démocratie, notion fluctuante qui évolue au grès des époques, des disciplines et des auteurs³⁷⁸. Malgré des conceptions différentes et évolutives, le concept reste quant à lui invariablement mobilisé pour essayer de décrire, ou prescrire, un mode d'exercice du pouvoir par adoption de normes juridiques selon un procédé délibératif afin de parvenir à une décision perçue comme juste par ses destinataires que ce soit au moyen d'arguments procéduraux ou substantiels. Si l'on part de l'idée que l'irruption des juridictions constitutionnelles dans le processus législatif contribue à renouveler, voire à améliorer pour certains, la démocratie³⁷⁹, il faut bien en conclure qu'elles participent à la délibération politique en ce qu'elles examinent l'arbitrage effectué par l'organe de représentation majoritaire. La question qui se pose donc est celle de savoir en quoi les juridictions constituent-elles ou non des enceintes adaptées à la délibération politique afin notamment de tenir compte d'intérêts éventuellement lésés. Outre le problème de la composition de la juridiction et de la compétence des juges, une façon d'y répondre est d'observer de quelle manière s'effectue la prise de décision lors de l'exercice de cette fonction sous l'angle de la motivation. Certes, quelque part, la juridiction constitutionnelle est une enceinte de dépolitisation, voire de dédramatisation, du débat politique qui est traduit en langage juridique, mais ce mouvement n'est pas unidirectionnel et en retour, il est également peu douteux qu'en ayant pour objet de contrôler le respect des droits fondamentaux par la loi le discours juridique du juge se trouve alourdi d'une charge axiologique qu'il peut

³⁷⁷ Voir aussi sur cette question DELANLSSAYS, T., *Supra*.

³⁷⁸ La question demeure sans cesse reposée, voy. par exemple le colloque tenu à Montpellier les 24 et 25 mai 2012 sur le thème de *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ?*

³⁷⁹ Sur les difficultés que ce discours entraîne, M. TROPER, « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, spéc. pp. 123-137.

difficilement ignorer. Assumer cette fonction politique devrait amener l'organe qui l'exerce à faire preuve de transparence et d'encouragement à la discussion dans le processus l'amenant à sa prise de décision, c'est-à-dire à se donner à voir comme une nouvelle enceinte de délibération politique. C'est pourquoi, il peut être soutenu que le juge en charge de contrôler le respect des droits fondamentaux par le législateur se trouve en tant qu'organe exerçant une fonction politique astreint à une obligation supplémentaire de motivation de sa décision qu'un organe juridictionnel « classique ». Or, l'on sait que la motivation des décisions de justice est d'ores et déjà une exigence qui pèse sur les juridictions, fussent-elles composées au nom de la souveraineté populaire³⁸⁰. De façon générale, l'absence ou la faiblesse de motivation de la décision de justice constitutionnelle donne l'impression de recourir à un argument d'autorité conduisant à double forme d'absolutisme : du juridique sur le politique, et du juridictionnel sur le législatif.

Plusieurs avantages peuvent être retirés d'une motivation forte des jugements constitutionnels dont le principal est la compréhension de la décision et partant son acceptation par ses destinataires. Or, une décision acceptée sera plus facilement appliquée, participant à la nécessaire effectivité des normes constitutionnelles sans laquelle la conciliation du légal et du légitime n'est plus assurée au risque du renversement du régime politique. On comprend néanmoins aisément que le juge constitutionnel ne peut pas s'ériger en organe totalement concurrent du législateur. L'importance de la motivation, et de la manière d'y procéder, tient alors à la division du travail entre le législateur et le juge. Ce ne sont pas les mêmes arguments qui seront formulés, ou du moins, pas sous la même forme et pas selon le même raisonnement. A défaut, le juge constitutionnel s'apparenterait à une forme d'organe d'appel de la volonté législative majoritaire qui créerait un risque de concurrence insoluble entre la volonté représentée du peuple actuel et la volonté initiale, directe ou indirecte, du peuple constituant. Afin de passer pour légitime, elle doit tendre vers une certaine forme d'objectivité politique, voire de « neutralité », dans l'argumentation bien qu'il soit constant qu'aucune forme de vérité préexistante ne puisse être supposée. Comme l'écrit G. Calves en exposant les thèses de H. Welscher, « *ce qui distingue un tribunal d'un "pur organe de pouvoir", c'est la nécessité où il se trouve de devoir justifier ses décisions en donnant des raisons* ». Et d'ajouter, « *une motivation détaillée permet de s'assurer que le juge a statué en droit ou, en tout cas, d'ouvrir une discussion sur les raisons de son choix* »³⁸¹. La manière de motiver sert alors de moyen de meilleure articulation entre les différents organes participant au processus de prise de décision dans un système « démocratique ». Plutôt que de mettre en opposition juge et législateur au regard de leur fonction de représentation (du peuple constituant pour le juge et du peuple actuel pour le législateur), ce qui mène à une impasse théorique et pratique, il faut bien davantage les envisager comme complémentaires au regard de leur mode de raisonnement et de motivation. Notamment, comme cela a été vu, le recours à la technique de proportionnalité contextualisée au regard d'un cas précis place la discussion sur un terrain différent et permet de mobiliser des arguments que le législateur n'avait pas envisagés. On peut donc avancer l'idée que le juge constitutionnel en charge de faire respecter des droits fondamentaux à l'égard du législateur a non seulement une obligation de motivation de sa décision, mais également une obligation de motiver différemment du législateur (ce qui ne signifie évidemment pas que la solution soit nécessairement différente de celle à laquelle le législateur est parvenue). La difficulté est qu'en l'état, le juge constitutionnel français se

³⁸⁰ Bien qu'en pareil cas l'exigence paraisse plus nuancée, Cour EDH, 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05.

³⁸¹ G. CALVES, « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus politicum*, 2010, n° 5, spéc. p. 27

contente d'une motivation principalement formelle qui le place dans une situation embarrassante.

2) Carence de la motivation.

Denis Barranger a qualifié d'« *hyper-formaliste* », la manière de motiver ses décisions par le Conseil constitutionnel français, en ce sens que l'utilisation de la méthode syllogistique le fait raisonner à partir de proposition générale et abstraite desquelles sont déduites des solutions particulières³⁸². Il peut être avancé que cette manière de rendre la justice constitutionnelle pour reprendre la formule de l'auteur n'est pas adaptée à ce qu'implique une protection efficace des droits fondamentaux au regard de son manque de force de conviction. L'idée est que l'efficacité de la protection des droits tient pour partie à la légitimité de la solution des juges.

Il a été relevé que comparativement à la plupart de ses homologues européens en charge du respect des droits fondamentaux par le législateur, le Conseil constitutionnel français adopte une technique de motivation « *faible* », principalement formelle consistant à délivrer une appréciation au moyen de formules brèves et rituelles. Le raisonnement est alors essentiellement déductif, ce qui crée en matière de protection des normes indéfinies comme les droits fondamentaux certaines difficultés lorsqu'aucun argument déductif ne fournit de justification suffisamment satisfaisante³⁸³. L'introduction de la QPC n'a pratiquement rien changé, et hormis la question de l'effet dans le temps de la décision, rien ne distingue sous l'angle de la motivation une décision rendue *a priori* ou d'une décision rendue *a posteriori*. Le formalisme est tel qu'il en est presque impossible de connaître ce qui a pu guider les juges dans l'expression de leur choix de confirmer ou d'infirmer une disposition législative. Ce n'est que de façon aléatoire et rétrospective, dans le cadre d'ouvrages publiés à titre personnel, qu'il arrive parfois que l'un des membres du Conseil expose les raisons qui l'ont amené à adopter une décision³⁸⁴. La pratique des commentaires aux *Cahiers* si elle permet de glaner parfois quelques informations sur le raisonnement suivi, ne contribue guère à augmenter la légitimité de l'institution. Bien au contraire à défaut de pouvoir attribuer un statut clair à ce type de commentaires, le risque est d'augmenter la confusion sur ce qui constitue le sens exact d'une décision et de l'état du droit : soit le commentaire est attribué au Conseil lui-même et on est en présence de deux décisions pour un même organe, soit il est considéré comme émanant d'un service distinct et en ce cas il y a dualité d'organe pour une même affaire. Au final, on conviendra aisément que la motivation des décisions du Conseil constitutionnel demeure largement obscure. Certes, la motivation peut n'être parfois qu'un simple habillage de convictions personnelles plus profondes qui alimentent l'idée que la justice constitutionnelle donne naissance à un régime juristocratique, mais ce qui importe en définitive est que les destinataires aient le sentiment que les différents intérêts qu'ils portent devant le juge ont bien été pris en considération et examinés en profondeur selon un mode de justification qui leur semble légitime et rationnel. C'est pourquoi, quoi qu'on en pense, l'apparence dans la manière de rendre la justice est déterminante : même si elle n'est pas sincère, seule une bonne argumentation est à même de fournir une justification suffisante à l'acceptabilité de la décision de justice³⁸⁵.

³⁸² D. BARRANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n° 7, spéc. p. 5.

³⁸³ N. McCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, spéc. pp. 62 et s.

³⁸⁴ D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, 452 p., P. JOXE, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides, 2010, 245 p., et les remarques de M. TROPER, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *La Vie des idées*, 2010, disponible en ligne.

³⁸⁵ N. McCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, préc., spéc. p. 17

Même rendu sous forme syllogistique, le jugement comprend toujours une part de pouvoir discrétionnaire d'interprétation³⁸⁶, dont il convient de justifier l'exercice. Tant que la fonction exercée se contentait, comme cela était le cas à l'origine pour le Conseil constitutionnel français, de consister à trancher des litiges entre organes constitutionnels sous l'angle de la séparation des pouvoirs, on peut éventuellement comprendre que la motivation soit faible, c'est-à-dire principalement technique et procédurale. On peut également admettre, bien que cela soit déjà plus discutable, qu'un contrôle *a priori* du respect des droits fondamentaux par la loi, par définition abstrait, puisse se dispenser de motivation approfondie. Est même compréhensible à cet égard, sans pour autant la partager, la position des opposants à la publication des opinions personnelles des juges dans le cadre d'un contrôle de ce type³⁸⁷. En revanche, il nous semble que le passage à un contrôle *a posteriori* déclenché à l'occasion d'un litige concret contraint le juge constitutionnel à davantage motiver sa décision au regard des faits de l'espèce sans recourir à la technique formaliste et syllogistique consistant à se placer sur le terrain de considérations abstraites afin d'en déduire une solution concrète. Encore une fois, la nature spécifique des droits fondamentaux le requiert, car « *les utiliser comme des majeures d'un syllogisme judiciaire, c'est les traiter comme des vérités dont le contenu et même les implications sont évidents par eux-mêmes, si évidents qu'en confrontant cette majeure à la mineure (la disposition législative contrôlée) la déduction se découvre de soi-même sans démonstration ou explication* »³⁸⁸. Au contraire, la texture normative spécifique des droits fondamentaux et la découverte de leur sens nécessite une motivation. On peut même souhaiter que les juges soient en mesure d'exposer à travers la publication de leurs opinions individuelles les raisons particulières qui les ont amenés à se prononcer en faveur ou en défaveur de la constitutionnalité de la loi telle qu'appliquée au litige. Loin de fragiliser la décision de justice, cet effort de transparence et de sincérité a le mérite de la franchise et permet éventuellement d'anticiper les évolutions à venir de l'interprétation des droits fondamentaux constitutionnels. La société démocratique moderne s'appuie encore davantage qu'avant sur la raison et la persuasion comme source de légitimité et d'autorité. L'efficacité est alors tributaire, pour partie, du public que l'on cherche à convaincre³⁸⁹. La force de protection des droits fondamentaux, y compris contre une opinion majoritaire formulée dans la loi par la voix des représentants élus, gagnerait grandement à exposer ouvertement les motivations qui amènent les juges à exercer leur fonction de contre-pouvoir. Si l'on entend que les citoyens puissent se réapproprier leur constitution, encore convient-il de leur expliquer ouvertement les enjeux et les façons d'en déterminer le sens dans les situations qui les concernent directement.

*

En guise de conclusion : arguments et contre-arguments en faveur d'une évolution vers un contrôle plus concret du respect des droits et libertés que la Constitution garantit

L'intérêt principal que présente l'étude du procès constitutionnel issu de la QPC sous l'angle de l'efficacité de sa contribution à la protection des droits fondamentaux est certainement de faire le lien entre la manière d'assurer l'effectivité par le contrôle et l'architecture juridictionnelle française. En effet, il a été vu que le choix d'une conception objective de la

³⁸⁶ M. TROPER, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, spéc. p. 205.

³⁸⁷ F. LUCHAIRE et G. VEDEL, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? "Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, p. 111.

³⁸⁸ D. BARRANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., spéc. p. 7.

³⁸⁹ Sur ce point, voy. les travaux de C. PERELMAN, et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de Université libre de Bruxelles, 2008, 740 p.

procédure et du contrôle abstrait qui en découle présente certains inconvénients en termes de protection des droits fondamentaux en ce que les contraintes liées à la nature spécifique de ces normes et aux techniques de protection qu'elles requièrent, notamment de pondération et de motivation, ne sont pas pleinement prises en compte. Toutefois, d'autres contraintes que celles d'une protection efficace des droits fondamentaux peuvent aussi entrer en considération et justifier ce choix du contrôle abstrait de leur respect dans le cadre de la QPC. Trois arguments principaux peuvent être avancés en ce sens, mais pris un à un, ils ne paraissent pas entièrement convaincants.

Le premier argument favorable au maintien du contrôle abstrait est celui de la cohérence de la jurisprudence et de la continuité entre le contrôle *a priori* et *a posteriori*. Le premier étant par définition abstrait, il condamnerait le second à l'être sous peine de faire voler en éclat l'unité de l'œuvre jurisprudentielle. Néanmoins, comme cela a été vu cette argumentation se fait aux prix d'une nécessaire subsidiarité du contrôle *a posteriori* qui contredit ouvertement la dénomination même de la nouvelle procédure de QPC. Dès lors, si l'on veut que son introduction constitue bel et bien un bouleversement du constitutionnalisme français, il conviendrait de marginaliser davantage le contrôle *a priori* plutôt que de vouloir le prolonger dans un contrôle *a posteriori*. A partir du moment où une procédure différente a été mise en place, attendue depuis longue date, il peut paraître incohérent de vouloir calquer sa mise en œuvre sur les modalités de contrôle déjà existant : inéluctablement le passage d'un contrôle antérieur à un contrôle postérieur à l'entrée en vigueur de la loi impose une forme de rupture dans le constitutionnalisme, sauf à vider de toute portée la réforme.

Le deuxième argument, le plus fréquemment mobilisé, met en avant la déférence due à l'égard du législateur. Il s'agit d'un argument démocratique très solide, étroitement attaché à l'identité constitutionnelle légicentrique française. Or, il est apparu au cours de l'analyse qu'en définitive un contrôle abstrait est en réalité plus attentatoire à la souveraineté législative que ne le serait un contrôle concret. En se rapprochant du contexte factuel de chaque cas d'espèce, le juge en charge du respect des droits fondamentaux s'éloigne en même temps de l'arbitrage général de valeurs qu'opère le législateur. Le recours à une technique de proportionnalité contextualisée et à une motivation au regard des circonstances de l'espèce lui permettrait au contraire d'affiner la volonté législative en corrigeant les imperfections nées de l'application de la loi, en évitant de se trouver face au dilemme entre immixtion ou abstention. C'est également en optant pour cette façon de compléter la volonté législative plutôt que de la concurrencer que le Conseil constitutionnel rendra le contrôle de constitutionnalité véritablement prioritaire par rapport au contrôle de conventionnalité avec lequel, cette fois, il sera en mesure de rivaliser pleinement afin de restituer aux normes et juridictions européennes leur fonction de complément du système juridique national. Certes alors, le contrôle de conventionnalité perdant de son importance et redevenant subsidiaire, le rôle des juridictions qui en ont la charge s'en trouverait affecté.

On en vient au troisième argument contre la mise en place d'un contrôle concret. Moins ouvertement avancé, il constitue probablement le cœur du problème. Il tient au respect de l'office des juridictions suprêmes judiciaire et administrative. Voici finalement la contrainte principale qui justifie que le Conseil constitutionnel se maintienne dans un contrôle abstrait de constitutionnalité dans le cadre de la QPC, malgré sa faible contribution à la protection des droits fondamentaux. Pareille ambition de ne pas transformer le Conseil constitutionnel en une juridiction suprême qui chapeauterait celles des deux ordres de juridiction et de faire comme si le contrôle exercé à l'occasion d'un litige concret porté devant elles pouvait rester sans influence sur leur rôle, peut paraître largement illusoire. Ne serait-ce que parce que le

contrôle porte sur la loi telle qu'interprétée, les juridictions suprêmes ont déjà bien compris qu'elles sont plus véritablement maîtresses de son maniement. C'est pourtant cette illusion que semble consciemment ou non caresser le Conseil constitutionnel. Le propos ici n'est toutefois pas de porter un jugement de valeur sur cette attitude qui peut se comprendre pour des raisons historiques ou même pratiques, dès lors notamment qu'il est constant que ces juridictions remplissent de manière globalement satisfaisante leur fonction de protection des droits fondamentaux sur le fondement des normes conventionnelles en coopération avec les juridictions européennes. Il s'agit juste de souligner le lien qui existe et qu'entend explorer le présent rapport entre la manière de construire le procès constitutionnel et la manière de concevoir l'architecture juridictionnelle.

Conclusion partie I

Emmanuel Cartier³⁹⁰

La nature hybride de la QPC en fait une procédure en partie concrète. Cette dimension n'a échappé ni aux justiciables et à leurs défenseurs, ni au juge ordinaire, ni même au Conseil constitutionnel qui, bien qu'il s'en défende officiellement, est obligé de prendre en compte cette particularité lors de la détermination des conditions de réintroduction de ses déclarations d'inconstitutionnalité dans le procès ordinaire. De la même manière, la détermination de l'objet de son contrôle par la référence à la doctrine dite du « droit vivant », l'oblige à prendre en compte l'application même de la loi dans le cadre du procès, même si elle se limite à l'interprétation constante faite par les seules juridictions suprêmes, à l'exclusion des autres juridictions. La seule raison pour laquelle le contrôle abstrait a été conservé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* semble être finalement la volonté de préserver l'office des juridictions ordinaires en matière de contrôle de conventionnalité ou d'eurocompatibilité. L'abandon du contrôle abstrait, s'il offrirait à l'évidence un gain d'efficacité structurelle au procès constitutionnel, aurait aussi comme conséquence de mettre directement en concurrence les deux types de contrôles pour, *in fine*, n'avoir d'autre solution que, soit de confier au Conseil constitutionnel le contrôle de conventionnalité, soit de confier au juge ordinaire le contrôle de constitutionnalité.

Dans les deux hypothèses, le Conseil constitutionnel ne pourrait se maintenir. On passerait dès lors à un tout autre système, entre la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Finalement le mécanisme de la QPC, par sa nature, semble à même de préserver l'architecture juridictionnelle existante, c'est-à-dire une architecture reposant sur un tryptique avec à côté des deux ordres juridictionnels et administratifs un ordre constitutionnel. Ce tryptique est aujourd'hui encore ancré dans notre tradition nationale, fruit de compromis et sans doute aussi d'une certaine frilosité politique. Cet ordre constitutionnel par le lien d'incidence qu'il a créé avec les deux autres ordres via la QPC, tend à modifier leurs rapports et par conséquent les rapports entre leurs juridictions suprêmes. Sans aller jusqu'à supprimer complètement le dualisme juridictionnel, qui repose sur un fonds de principes ayant pour certains valeur constitutionnelle, il en modifie la structure, le contenu et sans doute aussi la signification historique et juridique. Il s'agit dès lors non pas d'une disparition mais d'une véritable mutation génétique dont la caractéristique présente est d'être en cours, deux années seulement après l'introduction du gène de la QPC. L'analyse est donc tributaire de cette caractéristique et les conclusions ne peuvent être que provisoires. Elles nous éclairent cependant sur la manière dont certains systèmes relativement anciens, tels le dualisme juridictionnel français, peuvent s'adapter à la nouveauté tout en produisant eux-mêmes de nouvelles façons de préserver leur identité.

³⁹⁰ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

PARTIE II-L'IMPACT DE LA QPC SUR L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE :UNE MUTATION DU DUALISME JURIDICTIONNEL AU SEIN D'UNE STRUCTURE TERNAIRE

L'architecture juridictionnelle française est caractérisée par un dualisme dont les racines remonteraient à l'Ancien-Régime¹ mais qui sera formalisé par les révolutionnaires lors de l'adoption de la loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 renforcée par le décret du 16 fructidor an III². Cette séparation entre autorités administrative et judiciaire ne prendra une dimension juridictionnelle que lors du passage du système de justice retenue à un système de justice déléguée, sur le fondement de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, dans lequel le Conseil d'Etat tranche désormais les litiges administratifs, comme son homologue judiciaire, « souverainement », « au nom du peuple français »³. L'ordre juridictionnel administratif va dès lors s'édifier à côté de l'ordre judiciaire en s'en inspirant sans jamais se confondre avec lui, qu'il s'agisse du calquage progressif de l'architecture juridictionnelle administrative sur celle de l'ordre judiciaire, de l'introduction de règles et principes processuels équivalents à ceux en vigueur devant le juge judiciaire ou de la réception d'une partie du droit civil au sein du droit administratif afin d'en élaborer certaines règles ou de systématiser celles existantes⁴. Cette séparation cherchera à s'appuyer par ailleurs sur la *summa divisio* droit public/droit privé élaborée à l'époque médiévale à partir d'un extrait du *Digeste* et réinterprétée par les publicistes français au XIXe siècle⁵.

L'introduction tardive d'un contrôle juridictionnel ou quasi-juridictionnel *a priori* de la constitutionnalité de la loi par le constituant en 1958 n'a pas altéré cette séparation, en dépit du phénomène de « constitutionnalisation des branches du droit »⁶ qui a suivi l'émancipation

¹ L'actuelle séparation des autorités administrative et judiciaire résiderait dans l'édit de Saint Germain-en-Laye de 1641, adopté à l'initiative de Richelieu désireux de séparer les affaires de l'administration de la justice et de ses gens et consacrant finalement avant l'heure la règle selon laquelle « juger l'administration c'est encore administrer » : « Déclarons que notre dite cour de parlement de Paris et toutes nos autres cours n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses (...) de prendre, à l'avenir, connaissance d'aucune des affaires (...) qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule si ce n'est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres patentes », v. MONNIER, F., « Justice administrative », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF-Lamy, coll. Quadrige, 2003, p. 896.

² « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions ».

³ PACTEAU, B., *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, Léviathan, 2003, pp. 196 et s.

⁴ Sur cette question passionnante voir PLESSIX, B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2003, 878 p.

⁵ BIGOT, G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 19.

⁶ Expression consacrée, empruntée à Louis Favoreu. Il s'agit non pas du changement de rang des normes composant les différentes branches du droit mais du domaine dans lequel le Conseil est amené à exercer son contrôle en appliquant le bloc de constitutionnalité. Intervenant dans toutes les branches du droit, il est ainsi amené à y décliner certains principes constitutionnels tels le principe d'égalité ou à y appliquer des principes qui sont propres à certaines de ces branches tels la légalité des délits et des peines ou la non rétroactivité de la loi pénale. Dans *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, l'auteur présente d'ailleurs les décisions du Conseil par grands domaines du droit constitutionnel, « social », « pénal », « local », « économique », « juridictionnel », « budgétaire », « des libertés », etc. v. FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », *RFDC*, 1990, p. 72 ; FAVOREU, L., « L'apport du Cons. const. au droit public », *Pouvoirs*, 1991. Voir aussi MATHIEU, B. et VERPEAUX, M., dir., *La constitutionnalisation des branches du droit*. Aix-en-Provence : PUAM, 1998, 201 p. En réalité, comme l'a bien démontré Georges Vedel, le mouvement n'a pas été à sens unique. S'il a été descendant, la Constitution énonçant des règles et principes qui ont trouvé une portée spécifique dans telle ou telle branche du droit, il a aussi été ascendant, ces mêmes

du contrôle de constitutionnalité dans les années 70⁷. Le Conseil constitutionnel a même consacré un bloc de compétence au profit du juge administratif sur la base d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision *Conseil de la concurrence* du 23 janvier 1987⁸, après avoir consacré le principe d'indépendance des juridictions administratives et judiciaires dans sa décision *validation d'actes administratifs* du 22 juillet 1980⁹. La présence du Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas des caractéristiques d'une Cour suprême, confère à l'architecture juridictionnelle française et, à partir du moment où on s'accorde sur la nature juridictionnelle du Conseil, un caractère ternaire. A côté des ordres juridictionnels administratif et judiciaires a en effet été érigé progressivement un ordre juridictionnel constitutionnel que la QPC ne modifie pas en soi. En effet, dans la mesure où, d'une part cette procédure a été introduite comme une voie d'action autonome, enfermée dans le cadre d'un contrôle abstrait, structurellement et substantiellement calqué sur le contrôle *a priori*, et pour lequel le Conseil constitutionnel dispose encore d'un monopole, et d'autre part que le Conseil ne dispose pas de la faculté de remettre en cause directement les jugements des juridictions ordinaires, on ne peut pas parler *a priori* d'un bouleversement de notre architecture juridictionnelle. Or, la QPC comporte, en raison de son caractère hybride, des contradictions propre à cette architecture ternaire. En effet, le caractère abstrait que le constituant a voulu lui donner est contrebalancé par son attachement à la fois substantiel et formel au procès principal et dans la mesure où, par la détermination des effets qu'il entend attacher à ses déclarations d'inconstitutionnalité, le Conseil est amené à réintroduire sa décision dans la dimension concrète du procès en adressant des quasi injonctions aux juges amenés à faire application de la disposition législative en cause¹⁰.

Par ailleurs, l'exercice du filtrage ultime par les juridictions suprêmes les amène à exercer un même office sur la base des mêmes textes et des mêmes critères juridiques. Par conséquent, loin de s'ignorer, les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel se complètent dans une interdépendance structurelle où le second joue le rôle de chef d'orchestre sans pour autant en avoir ni le titre ni les attributs, précisant le cadre d'un filtrage qui conditionne de manière évidente l'efficacité de la QPC. Cette configuration particulière des rapports interjuridictionnels doit par ailleurs prendre en compte l'existence de juges externes placés dans une position de supériorité dans leur propre domaine tels la Cour EDH et la CJUE, dont les juridictions ordinaires sont en principe tenues d'appliquer les décisions sans pour autant être placées dans une situation de subordination institutionnelle comme à l'égard d'une Cour suprême. L'introduction du gène de la QPC dans le droit français nécessite par conséquent, à moyen terme, une remise en perspective de notre architecture juridictionnelle. Au moment de l'introduction de la QPC dans le paysage processuel cette remise en perspective pouvait *a priori* emprunter deux voies opposées qui constituent les deux hypothèses de travail ayant animé notre démarche :

branches du droit étant à l'origine d'un fonds de catégories et de concepts juridiques fondamentaux dans lesquels la Constitution et notamment son juge ont puisé pour construire la normalisation constitutionnelle, VEDEL, G., préface de STIRN, B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, 5ed., 2006, 170 p.

⁷ Nous faisons bien entendu référence ici à la décision dite *Liberté d'association* du 16 juillet 1971 (71-44 DC) par laquelle le Conseil a consacré la possibilité de faire reposer son contrôle sur le préambule de la Constitution de 1958 et les textes auxquels il renvoie, ainsi qu'à la loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 qui ouvrit la saisine du Conseil à 60 députés ou 60 sénateurs.

⁸ Cons. Const., 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*.

⁹ Cons. Const., 22 juillet 1980, 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

¹⁰ Voir, CARTIER, E., « La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : la question des effets des décisions QPC », *Supra*, Partie I, Chapitre 2, Section 1.

- d'une part le renforcement des spécificités des deux ordres accompagné d'une asymétrie conséquente de la pratique de la QPC par réaction à l'introduction peu consensuelle de cette procédure dans l'ordre judiciaire ;
- d'autre part le nivellement des spécificités propres à chacun des juges et à leur contentieux, contribuant à une recomposition des deux ordres autour d'une même fonction et d'une même approche des droits et libertés fondamentaux.

Dans la première hypothèse la QPC est facteur de spécification des offices juridictionnels propres à chaque ordre juridictionnel. Dans la seconde hypothèse elle apparaît comme un mécanisme de collaboration et d'harmonisation juridictionnelle, à l'instar de ce qu'a pu faire, à une moindre échelle, le renvoi préjudiciel devant la CJUE dans l'ordre communautaire¹¹, et ce à quoi aspire aujourd'hui le système de la CEDH¹².

C'est par une analyse raisonnée et rigoureuse de la jurisprudence croisée des deux ordres juridictionnels des deux première années d'application de la QPC et par un éclairage comparé que nous avons confronté ces deux hypothèses pour aboutir à des conclusions qui ne peuvent être que provisoires compte tenu de la jeunesse du mécanisme et de la nécessité d'une phase de « rodage » dans sa mise en oeuvre¹³. Son introduction aboutit comme nous l'avions pressenti à un réagencement dynamique des rapports entre les juridictions qui rend encore plus problématique l'absence de centralisation juridictionnelle et de mécanisme de coordination entre les différents systèmes de protection des droits et libertés fondamentaux (**Chapitre 1**). Ce réagencement inter-juridictionnel invite à s'interroger sur la mutation du dualisme juridictionnel aujourd'hui (**Chapitre 2**).

Emmanuel Cartier

¹¹ BRACONNIER, S., « La prise en compte du droit européen par les juridictions : quelle influence sur le dualisme juridictionnel ? », in VAN LANG, A., dir., *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites*, Actes du colloque organisé à La Rochelle les 30 et 1^{er} octobre 2005, Dalloz, Paris, 2007, pp. 25 et s.

¹² La conférence de Brighton sur l'Avenir de la Cour EDH évoque en effet l'idée d'un mécanisme de renvoi préjudiciel des juridictions nationales vers la Cour, voir DUBOUT, E., *Supra*.

¹³ DOMINO, X., BRETONNEAU, A., « QPC : deux ans, l'âge de raison ? », *AJDA* 2012, p. 422.

CHAPITRE 1 : un réagencement dynamique des rapports entre juridictions

Les juridictions entretiennent des rapports hiérarchiques entre elles lorsqu'elles se situent dans le même ordre. Ces rapports sont placés au service à la fois de l'harmonisation du droit qu'elles ont à appliquer, et du justiciable qui, en cas d'insatisfaction, bénéficie, sauf exceptions, de voies d'appel permettant de faire rejurer son litige et d'une voie de cassation permettant de sanctionner les erreurs de droit ayant pu être commises par le juge du fond. Or, la QPC a pour vocation de transcender les frontières établies entre les ordres juridictionnels puisqu'elle concerne toutes les juridictions dépendantes de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat¹ en exigeant du juge qu'il ajoute à son office ordinaire celui du filtrage des QPC puis, le cas échéant, de leur réception, une fois que le Conseil s'est prononcé. Le rôle qu'a conféré le constituant aux deux juridictions suprêmes est capital dans la structuration de ce nouveau « dialogue » dans la mesure où il revient à en faire un dialogue « au sommet », en le refusant entre le juge *a quo*, saisi de l'affaire au fond, et le juge constitutionnel, contrairement à ce que connaissent les Etats n'ayant pas opté pour ce système (tels l'Italie), ou l'ayant supprimé (tels l'Allemagne ou l'Autriche)². Les juridictions française du fond sont ainsi confinées à un dialogue de second plan ou tout du moins médiatisé, se contentant d'enregistrer le monologue du Conseil constitutionnel.

La QPC est ainsi propice à instaurer un nouveau type de dialogue entre juridictions dans une structure qui conserve pour l'instant un caractère ternaire. Il convient dès lors d'envisager les relations interjuridictionnelles qui en découlent, en prenant en compte trois questions : d'une part la diversité et la complexité des nouvelles frontières juridictionnelles qui constituent le cadre de ce dialogue (**Section 1**) ; d'autre part l'ambiguïté du réagencement auquel celui-ci aboutit pour les juridictions suprêmes (**Section 2**) ; enfin la question de l'objet du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel qui perturbe la conception ternaire des ordres juridictionnels [la loi ou l'application de la loi ?] (**Section 3**).

Emmanuel Cartier

¹ Sont à écarter uniquement le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage puisque le Conseil constitutionnel a lui-même considéré qu'il était compétent en tant que juge électoral, pour soulever, à la demande des parties, une exception d'inconstitutionnalité à laquelle par conséquent il répond dans la même décision, v. Cons. Const., 12 janvier 2012, 2011-4538 SEN Sénat, Loiret.

² A l'inverse, la Belgique qui connaît un modèle similaire de filtrage des questions préjudicielles semble connaître une véritable « guerre des juges », voir VERDUSSEN, M., « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en Belgique : quelques écueils », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine des citoyens*. PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 109-126.

Section 1 : Diversité et complexité des nouvelles frontières juridictionnelles

La « frontière » peut être définie comme « *la limite d'un territoire qui en détermine l'étendue ou par extension une zone séparant des domaines abstraits ou concrets.* »³. Emprunté à la géographie, le concept de frontière comporte aussi une dimension juridique évidente puisqu'elle délimite le domaine d'application *rationae loci* du droit et *in fine* de la souveraineté des États, par définition territorialisée. Plus techniquement la frontière délimite une compétence, qu'elle soit absolue comme la souveraineté ou limitée comme celle d'un organe habilité à édicter des normes, générales ou concrètes. Les frontières juridictionnelles comportent plusieurs niveaux. Les premières frontières juridictionnelles sont celles qui délimitent concomitamment la compétence des États c'est-à-dire l'étendue de leur souveraineté, le pouvoir judiciaire étant une expressions de la souveraineté. Les juridictions nationales ont donc comme frontières les limites de l'Etat. Ces frontières nationales sont néanmoins poreuses dans la mesure où, d'une part, les juridictions pénales des États se voient parfois reconnaître une compétence extraterritoriale notamment dans le cadre de la poursuite de crimes relevant du droit international auxquels est conféré un caractère universel⁴, et, où d'autre part les États ont accepté de reconnaître, sur la base de traités multilatéraux, la compétence régionale de certaines juridictions supra-étatiques telles la Cour EDH, la CJUE, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou la CPI. Les secondes frontières juridictionnelles sont celles établies par les États eux-mêmes au sein de leur ordre juridique. Elles sont *a minima* territoriales et matérielles mais résultent parfois aussi d'une séparation reposant sur la volonté de séparer les affaires administratives des affaires judiciaires qui a historiquement donné naissance au modèle du dualisme juridictionnel⁵. Ainsi, la grande majorité des États de l'Union connaissent un système juridictionnel dual, historique ou plus contemporain pour certains⁶. L'architecture particulière de ces différentes frontières juridictionnelles n'est pas sans poser de problèmes dans la mesure où elle ne comporte pas de système de centralisation juridictionnelle avec une Cour suprême. Elle aboutit par conséquent, pour les États connaissant le dualisme juridictionnel, à une juxtaposition des ordres et des offices juridictionnels dans laquelle les conflits de compétences sont tranchés par une juridiction spéciale dont c'est la seule fonction et qui n'a pas le statut de Cour suprême⁷⁻⁸.

³ *Le Grand Robert*, éd. 2011.

⁴ Cette compétence, reconnue par certains traités et par la législation interne des États concernés leur permet d'enquêter et de poursuivre les auteurs de crimes relevant du droit international, tels les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les génocides et la torture. En France le Code de procédure pénale prévoit l'exercice de cette compétence pour les crimes précédents ainsi que pour la piraterie, le détournement, la corruption des fonctionnaires des États membres de l'UE et les infractions commises au moyen de matières nucléaires, Code procédure pénale, art. 689, 689-1, 689-2, 689-3, 689-4, 689-5, 689-6, 689-7, 689-8, 689-9 et 689-10, COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, 5^e éd., Paris : Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, p. 354-355.

⁵ BRAIBANT, G., « Monisme(s) ou dualisme(s) », *Revue administrative* 2000, n° spécial n° 2, p. 7.

⁶ Sur les 27 États-membres de l'UE seuls Malte, Chypre, l'Irlande, la Grande-Bretagne, la Slovaquie, le Danemark et la Norvège connaissent le monisme juridictionnel, soit 7 sur 27. Sur les 20 États connaissant un système dual, 15 disposent par ailleurs d'une juridiction administrative suprême autonome. Voir AGUILA, Y., « La justice administrative en Europe », *La Lettre de la Justice administrative*, juillet 2007, n° 16, p. 1.

⁷ Le Tribunal des conflits (TC) a été expressément exclu des « juridictions » devant lesquelles une QPC pouvait être soulevée, notamment parcequ'il n'est pas sensé pouvoir statuer au fond. On notera que cette affirmation est inexacte dans la mesure où la loi du 20 avril 1932 habilite le TC à trancher au fond lorsqu'une contrariété de jugement aboutit à un déni de justice, v. MARTIN, Ph., « Rapports introductifs », in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur la justice et le procès, le 1^{er} octobre 2008 à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Dalloz, Paris, 2009, p. 10.

⁸ On notera que certains États ont choisi de confier cette compétence au juge constitutionnel. Ainsi, l'article 138 de la Constitution autrichienne confie cette fonction à la Cour constitutionnelle ainsi que celle consistant à trancher les conflits de compétence entre la Cour administrative et la Cour constitutionnelle elle-même.

La présence en France d'une juridiction constitutionnelle est venue compliquer les choses pour deux raisons. D'une part celle-ci n'a pas les moyens juridiques d'imposer le respect de ses décisions aux juridictions des deux ordres, en dépit de l'autorité dont elles disposent sur la base de l'article 62 alinéa 3 C.. D'autre part le Conseil constitutionnel a refusé toute articulation de ses compétences avec le contrôle de conventionnalité ou d'eurocompatibilité, laissés aux juridictions ordinaires⁹. Les frontières juridictionnelles françaises et l'architecture qu'elles dessinent sont par conséquent à la fois diverses et complexes. Cette situation oblige les juridictions à établir, en dehors d'une structure juridictionnelle unifiée, ce qu'il est convenu d'appeler un « dialogue » qui repose à la fois sur des échanges informels faits de persuasion et d'autorité morale et sur des procédures formalisées entrouvrant les frontières telles les questions préjudicielles. Cette situation n'a pas été modifiée par l'introduction de la QPC qui se contente d'ajouter une question préjudicielle d'un genre nouveau dans le paysage juridictionnel. Néanmoins, la QPC, par son inscription dans le procès et par les fonctions qu'elle attribue au juge ordinaire comme aux juridictions suprêmes des deux ordres, a initié une nouvelle phase dans ce qu'il est convenu d'appeler le « dialogue des juges », remettant en perspective l'identité et la singularité des offices juridictionnels, réinterrogeant les différents rapports interjuridictionnels internes (§1) et externes (§2) qu'entretiennent les juridictions suprêmes.

Emmanuel Cartier

§1 : Les juridictions suprêmes dans l'ordre interne

Bertrand WARUSFELL¹⁰

A) Les juridictions suprêmes et le juge du fond

La QPC instaure un nouveau partage des tâches entre les différents degrés de juridiction. Cette nouvelle répartition des tâches est, à bien y regarder, antinomique de celle pratiquée dans un contentieux de droit commun :

- alors que dans un contentieux classique, l'intervention de la juridiction suprême n'est qu'optionnelle (sauf le cas particulier de l'intervention du Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort) en cas de pourvoi en cassation, cette intervention est en revanche obligatoire lorsqu'un juge du fond lui transmet une QPC ;
- inversement, alors que le principe du double degré de juridiction impose (sauf – là encore – quelques contentieux très spécifiques relevant des seules Cours d'appel) qu'une juridiction d'appel ne se voit confier que la réformation de décisions de première instance, la QPC n'est pour sa part jamais examinée par une pluralité de juges du fond : elle n'est posée qu'à l'occasion d'un seul niveau d'instance avant son éventuelle transmission à la juridiction suprême compétente.

Pour autant la logique contentieuse de droit commun ne disparaît pas tout à fait puisque l'éventuelle contestation d'un refus de transmission peut, quant à lui, faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation dans les conditions du droit commun « à l'occasion d'un recours

⁹ Principe rappelé pour la QPC notamment dans une décision du 12 mai 2010, Cons. Const., 12 mai 2010. 2010-605-DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹⁰ Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.

contre la décision réglant tout ou partie du litige » (art. 23-2 de l'ordonnance no 58-1067 du 7 novembre 1958).

B) Les juridictions suprêmes entre elles

Les rapports entre les deux juridictions suprêmes ne sont affectés que très indirectement par le mécanisme de la QPC. En effet, la QPC n'est pas censée avoir d'effet sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, dès lors que chaque juridiction suprême n'a la charge d'exercer le filtrage que sur les seules questions qui lui sont transmises par les juridictions dépendant d'elle¹¹. Pour autant, ce mécanisme n'est pas totalement étanche et ne peut empêcher que certaines questions de constitutionnalité puissent être indifféremment posées devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation en fonction du choix des requérants.

En effet, ce qui détermine la compétence de l'une ou de l'autre cour suprême pour statuer sur la transmission d'une QPC réside non pas dans la nature intrinsèque de la norme législative attaquée mais uniquement dans le type de litige à propos duquel cette QPC a été posée. En théorie, en effet, rien n'empêcherait que le Conseil d'Etat puisse se voir soumettre une QPC sur une disposition de droit civil, ou inversement que la Cour de cassation n'examine une éventuelle transmission d'une QPC portant sur un texte de droit administratif. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a été amené à examiner et à transmettre différentes QPC portant sur des dispositions du Code de procédure pénale : l'article 706-53-21 issu de la loi du 25 février 2008 sur la rétention dans les centres socio-médico-judiciaires¹², les articles 62, 63-4-1 à 63-4-5 issus de la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue¹³, ou encore l'article 529-10 relatif au recours contre une amende forfaitaire¹⁴.

De son côté, la Cour de cassation s'est trouvée – par exemple - à transmettre au Conseil constitutionnel une QPC relative à l'article L. 5112-3 du Code général de la propriété des personnes publiques¹⁵. Et à l'occasion de la QPC dite « Karachi », la Chambre criminelle a transmis un QPC qui portait non seulement sur différentes dispositions des codes pénal et de procédure pénale, mais aussi sur les articles L. 2311-1 à L. 2312-8 du Code de la défense¹⁶. En réalité, aucune disposition de la loi organique de 2009 ne prévoit de « bloc de compétences » au profit de chaque juridiction suprême. Le seul critère qui est pris en compte est celui de l'applicabilité au litige, au sens de l'article 23-2 de cette loi du 10 décembre 2009 qui impose que « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Or, ce contrôle de l'applicabilité ne paraît pas très serré : on ne dénombrait ainsi à fin septembre 2011 que 6,3% des QPC qui avaient fait l'objet d'un refus de transmission basée sur ce critère par la Cour de cassation et que 5,8% sur la même base par le Conseil d'Etat¹⁷. Dès lors, on peut faire l'hypothèse que la pratique récurrente de la question de constitutionnalité pourrait conduire à décloisonner encore plus les champs respectifs du droit public et du droit privé, puisque chaque ordre de juridiction aura à un moment ou à un autre la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC portant

11 Le Code de justice administrative distingue d'ailleurs expressément « la transmission par une juridiction administrative d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat » (article LO 771-1) de « La transmission par une juridiction de l'ordre judiciaire d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation » (article LO 461-1).

12 CE, n° 323930, arrêt du 19 mai 2010.

13 CE, n° 349752, arrêt du 23 août 2011.

14 CE, n° 339261, arrêt du 7 juillet 2011.

15 Cass, 3ème Civ., n° 10-16828, arrêt du 30 novembre 2010.

16 Cass. crim., n° 11-90065, arrêt du 31 août 2011.

17 Voir MARTIN, V., *L'applicabilité au litige : l'appréciation faite par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, rapport de recherches de M2, sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, février 2012, p. 3.

sur un texte législatif situé *a priori* hors de son champ de compétence mais que l'autre Cour suprême aurait refusé de soumettre à l'appréciation du juge constitutionnel. Autrement dit, sauf à ce que la jurisprudence évolue vers une appréciation beaucoup plus stricte de la condition d'applicabilité au litige, il ne sera possible à aucune des deux Cours suprêmes de « sanctuariser » unilatéralement une norme législative qu'elle estimerait par principe constitutionnelle et qu'elle protégerait de toute remise en cause possible en refusant la transmission de QPC la concernant (en invoquant le caractère non sérieux de la question). Dans un tel cas, en effet, l'autre juridiction suprême sollicitée par les parties (y compris dans le cadre d'un contentieux volontairement provoqué à cet effet) pourrait le plus souvent intervenir et permettre la transmission au Conseil constitutionnel de la question. Ce possible empiètement réciproque des domaines classiques de compétence entre les deux ordres de juridictions ne pourra donc qu'encourager le dialogue des deux juges, sous l'oeil attentif et l'éventuel « arbitrage » du Conseil constitutionnel lui-même. Reste que, ainsi que de nombreux observateurs l'ont constaté, les deux Cours n'ont pas le même point de vue s'agissant de la portée du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité d'une interprétation des textes. Pour la Cour de cassation, appliquer la loi revient bien souvent à l'assortir d'une interprétation prétorienne qui s'imposera à toutes les juridictions du fond. C'est donc assez logiquement qu'elle est, depuis l'origine, assez réticente à accepter que le Conseil constitutionnel puisse juger de la constitutionnalité de l'interprétation constante qu'elle donne de la loi¹⁸.

S'agissant du Conseil d'Etat en revanche, le juge administratif suprême a moins axé sa jurisprudence sur l'interprétation des normes législatives. Il a plus souvent développé ses propres normes de référence (notamment, les principes généraux du droit) et paraît donc moins exposé à une remise en cause frontale par le Conseil constitutionnel. De ce point de vue également, la QPC est donc susceptible de créer des différences de positionnement et de perception entre les deux juridictions qui coiffent les ordres judiciaires et administratifs. Et pour l'heure, elle nourrit surtout la résistance manifeste et répétée de la Cour de cassation¹⁹.

C) Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel

Le dernier réaménagement que contient en germe le développement de la QPC concerne, bien évidemment, les rapports entre le Conseil constitutionnel d'une part, et le Conseil d'Etat et la Cour de cassation d'autre part. La question centrale qui est au coeur de cet éventuel réaménagement touche la position que le Conseil constitutionnel pourrait occuper vis-à-vis des deux hautes juridictions et l'éventuelle « hiérarchie » qui pourrait s'instaurer à son profit vis-à-vis d'elle. En d'autres termes, il s'agirait de savoir si l'essor de la jurisprudence constitutionnelle sous l'effet de la QPC pourrait faire du Conseil constitutionnel une nouvelle Cour suprême française ?

Nicolas Molfessis parle à ce sujet d'un « épouvantail (qui) s'appelle alors « Cour suprême », qui désigne un Conseil constitutionnel revêtu d'habits qui ne siéent pas au système juridique

18 Les deux premières décisions de refus de transmission en ce sens furent : Cass., 19 mai 2010, n° 09-70161 QPC, 12009 – Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, nos 10-60189 QPC, 12141 et nos 10-80764, 12146. Le Conseil pris cependant une position nettement contraire dès sa décision du 6 octobre 2010 en déclarant 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 », *Cons. const.*, 6 oct. 2010, no 2010-39 QPC, Isabelle D. et Isabelle B.

19 Sur ce sujet, voir la synthèse de MOLFESSIS, N., "La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC", *Pouvoirs*, 2011/2 n°137, p. 83-99.

français »²⁰. De son côté Guillaume Drago précise que « *Le contrôle de constitutionnalité d'une jurisprudence constante comporte un risque intrinsèque qu'il ne faut pas nier : transformer la QPC en voie de recours juridictionnelle contre les décisions des cours suprêmes administratives et judiciaires* », même s'il précise qu'à son sens « *la QPC n'est pas une voie de recours juridictionnelle destinée à casser les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État* »²¹.

Bien qu'il ne faille pas évacuer à long terme une possible déstabilisation de notre architecture juridictionnelle par l'émergence d'un Conseil constitutionnel surpuissant et jouant au censeur des différentes juridictions, rien de tel ne ressort encore de la moisson jurisprudentielle de ces toutes premières années de la QPC. Et ce pour au moins deux raisons.

D'une part, la constitutionnalité n'est pas le seul horizon de notre droit et la conventionnalité demeure un facteur tout aussi déterminant pour juger la loi nationale. Or, ce contrôle de la conventionnalité demeure entre les seules mains des juges de l'ordre judiciaire et administratif (éclairés et encadrés, souvent, par la jurisprudence de Luxembourg ou de Strasbourg). Dès lors, une « *prise de pouvoir* » du Conseil constitutionnel sur les deux juridictions suprêmes françaises au seul nom de la Constitution pourrait être très efficacement contrecarrée par des jurisprudences portant sur la conventionnalité des mêmes dispositions²².

D'autre part, l'on peut vérifier que jusque'à présent les mécanismes régulateurs (et modérateurs) de la loi organique de 2009 semblent en effet empêcher que le Conseil constitutionnel ne devienne la Cour suprême des cours suprêmes. En effet, le système de filtrage laisse au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation une prérogative essentielle dont ces juridictions usent largement : celle de déterminer, au travers de l'interprétation qu'elles font des critères de caractère nouveau et sérieux des questions posées, quelles sont les dispositions législatives qui leur paraissent évidemment constitutionnelles. Comme on a pu le remarquer, elles demeurent donc juges de la constitutionnalité (comme tous les juges du fond qui dépendent d'elles) alors que seule l'inconstitutionnalité relève nécessairement de l'intervention du Conseil constitutionnel. Certes, cet équilibre des pouvoirs entre les hautes juridictions²³ demeure fragile et peut être remis en cause, non seulement par la concurrence éventuelle entre Conseil d'Etat et Cour de cassation (dont on a vu qu'ils pouvaient en pratique se contourner l'un l'autre) mais aussi par un usage plus offensif que le Conseil constitutionnel pourrait faire de la notion de « question nouvelle » (de manière à imposer que les deux Cours suprêmes ne puissent « constitutionaliser » une disposition sans la lui avoir transmise au préalable)²⁴. Pour autant, force est de constater qu'après deux années de pratique, la QPC n'a pas renversé les ordres établis entre les juridictions françaises, même si elle a sans doute instillé le germe d'un réaménagement progressif plus subtil.

*

20 *Op. cit.*, p. 91.

21 DRAGO, G., "QPC et jurisprudence constante : fin de partie ?", *Gazette du Palais*, 7 juin 2011 n° 158, p. 11.

22 Comme le disait déjà avec pertinence Jean-François Akandji-Kombé en 2010 à propos de la tentative de « secondarisation » des juges du fond : « *l'on ne peut s'empêcher de penser que l'endigement ainsi pratiqué reste bien fragile et que l'endigé pourrait bien ne pas avoir du mal à se libérer des entraves qui lui ont été si soigneusement confectionnées* », AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité - Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D*, 2010, p. 1725.

23 D. de Béchillon n'hésite pas, pour sa part, à parler des « *cinq cours suprêmes* » (en y ajoutant la CJUE et la Cour EDH) : DE BECHILLON, D., « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011/2 n°137, p. 33-45.

24 J-E Gicquel montre bien les différentes facettes et la richesse potentielle de ce critère de nouveauté : GICQUEL, J.-E., « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 8 décembre 2011 n° 244, p. 6.

La question des rapports entre les juridictions internes et les juridictions externes sous l'impact de la QPC mérite aussi d'être posée en dépit de la volonté du constituant, relayée par celle du Conseil constitutionnel, de séparer structurellement les différents types de contrôle et de confiner le contrôle de constitutionnalité de la loi dans son caractère abstrait.

§2 : Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel dans l'ordre externe : la place ambiguë du droit européen

Arnaud JAUREGUIBERRY²⁵

Dans les rapports entre le droit constitutionnel et le droit européen, la QPC serait neutre, en ce sens que le Conseil constitutionnel a transposé sa jurisprudence applicable au contrôle *a priori* et l'a même réduite pour les directives. Dans sa décision importante du 12 mai 2010 sur les jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil constitutionnel a sanctuarisé le droit constitutionnel français²⁶. D'une part, il a réaffirmé énergiquement la pérennité de la jurisprudence IVG en considérant que la QPC ne remettait pas en cause le principe selon lequel le droit conventionnel ne fait pas partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité : « *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* »²⁷. D'autre part, le Conseil constitutionnel a entièrement neutralisé l'article 88-1 de la Constitution. On pouvait se demander si la référence expresse faite au traité de Lisbonne par cet article n'allait pas accroître sa portée dès lors que de la seule mention de la participation de la France à l'Union européenne, le Conseil en avait tiré une obligation de transposition correcte des directives. La réponse est négative, « *nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il ne lui revient pas de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité* »²⁸. Le Conseil a ensuite interprété strictement l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Cette exigence « *ne relève pas des "droits et libertés que la Constitution garantit"* »²⁹. Cela signifie que si le Conseil se déclare incompétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi qui reprend les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, en revanche et à la différence du contrôle *a priori*, il refuse de sanctionner la violation manifeste d'une directive par la loi. Le Conseil constitutionnel a ainsi manifesté sa volonté de garder ses distances avec le droit de l'Union.

A la suite de la décision du 12 mai 2010, l'articulation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité est caractérisée par son absence de coordination. Les deux contrôles sont strictement parallèles. La séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ouvre la possibilité de solutions divergentes selon la source de droit considérée. Une loi peut être constitutionnelle et inconstitutionnelle et inversement. A l'étanchéité formelle des contrôles répond une internormativité matérielle masquée. A cet

²⁵ Doctorant, Université Paris II Panthéon-Assas, Centre de droit européen.

²⁶ Cons. Const., 12 mai 2010, 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

²⁷ Cons. 16. Dans le cadre propre de la QPC, le Conseil a confirmé rapidement cette formulation à l'égard tant des griefs d'inconstitutionnalité fondés sur la Convention EDH, (Cons. const., déc. 22 juil. 2010, n° 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. e.a.*, Considérant 11) que ceux tirés du droit de l'Union (Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Le Normand de Bretteville*, cons. 3.).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Cons. 19. Pour une application devant le Conseil d'Etat, CE, 16 avril 2012, n° 353577.

égard, il est communément admis que « le Conseil constitutionnel utilise la norme conventionnelle relative aux droits de l'Homme comme source d'inspiration »³⁰. L'influence de la Convention EDH tient « seulement à l'autorité persuasive de la jurisprudence de la Cour et à l'inspiration que trouve le Conseil dans un catalogue de droits beaucoup plus récent que la Déclaration de 1789 »³¹. En 1996, on a pu juger que si l'influence de la CEDH n'était pas négligeable, elle était « en définitive très marginale »³². Ce constat était largement dû à la nature du contrôle objectif, abstrait et *a priori* de constitutionnalité des lois, laquelle laissait une grande liberté au Conseil constitutionnel. En effet, en dépit d'une communauté de droits, il y a finalement peu de commun entre le contrôle abstrait d'un régime juridique et le contrôle de son application à un cas concret, pas nécessairement prévu par la règle, qui a lieu de nombreuses années plus tard.

Bien que le Conseil constitutionnel conserve une pleine autonomie, la QPC bouleverse néanmoins le contexte dans lequel il intervient : il se retrouve dorénavant face à face avec la Cour EDH et la Cour de justice en cas de question préjudicielle. Un exemple de ce changement de configuration avant la QPC est le cas bien connu des lois de validation. Dans l'affaire *Zielinski*, une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil a fixé le montant d'une indemnité faisant l'objet d'un contentieux pendant devant la Cour de cassation³³. Cette dernière appliquant la loi, l'affaire alla devant la Cour EDH qui condamna la France. Selon la Cour EDH, « la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention »³⁴ ; « la Cour a donc censuré, bien que de façon indirecte, la décision du Conseil constitutionnel »³⁵. Le Conseil réagissait rapidement en opérant une modification de sa jurisprudence³⁶. On voit ici l'incidence du rapprochement temporel des deux contrôles qui mettait sous pression d'harmonisation le Conseil.

En raison de la jurisprudence IVG, M. Dutheillet de Lamothe a évoqué un dialogue sans parole³⁷. Cette formule élégante ne doit cependant pas cacher que, jusqu'à présent, il s'est agit essentiellement d'un monologue de la Cour EDH. Avec la QPC, l'échange avec la Cour EDH paraît cependant inévitable. La QPC ne permet plus au Conseil de prendre uniquement en considération le droit conventionnel, il doit désormais prendre position quant au contenu des droits car sa décision sera susceptible d'être immédiatement suivie d'une appréciation de la Cour EDH. Il revient donc au Conseil de déterminer la forme d'expression que prendra sa parole. Les présents développements partiront de la donnée structurelle de la séparation des

³⁰ BADINTER, R., « La Convention européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel », Mélanges Rolv Ryssdal, Heymanns Verlag, 2000, p.79.

³¹ DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », Intervention prononcée au Conseil constitutionnel le 13 février 2009, à l'occasion de la visite de la Cour européenne des droits de l'homme, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf. Cette influence s'est traduite par l'adjonction de nouveaux droits qui ne découlaient pas naturellement de notre bloc de constitutionnalité, tels la dignité, la liberté du mariage, le respect de la vie privée et le droit à une vie familiale normale, ou par l'enrichissement de droits communs, notamment la liberté d'expression, les garanties en matière pénale et les droits de la défense.

³² GAIA, P., « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1996, p.725.

³³ Cour EDH, gde ch., 28 oct. 1999, n°24846/94, 34165/96 et 34173/96, *Zielinski et Pradal et Gonzalez e.a. / France*.

³⁴ Arrêt *Zielinski* précité, § 59.

³⁵ TAVERNIER, P., « Le Conseil constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, 2009, http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?page=imprimer&id_article=140

³⁶ La Cour EDH avait sanctionné « l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice » ; le Conseil constitutionnel, sur les mêmes fondements, « le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif », renforce son contrôle en exigeant de la part du législateur que l'intérêt général poursuivi soit « suffisant », cf. *Infra*.

³⁷ DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges*, Mélanges Bruno Genevois, Dalloz 2009, p.403.

contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. D'abord et rapidement, la séparation des contrôles se répercute sur la mission du juge du filtre (A). Concernant le droit de l'Union, la séparation des contrôles a été appliquée à la lettre par le Conseil constitutionnel avec la conséquence radicale d'exclure jusqu'à présent le droit conventionnel (B). En revanche, au sujet de la Convention EDH et dans la continuité de sa jurisprudence du contrôle *a priori*, on observe une internormativité matérielle relative (C).

A) La séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge du filtre

Le juge du filtre bloque les moyens d'inconventionnalité en les déclarant irrecevables³⁸. Néanmoins, le droit européen n'est pas sans incidence. S'il est écarté en tant que cause de changement de circonstances (1), il constitue une étape de l'examen du caractère sérieux de la question de constitutionnalité (2).

1) L'inconventionnalité n'est pas un motif de changement de circonstances

La QPC est irrecevable si la disposition législative contestée a déjà été déclarée conforme à la Constitution, à moins d'un « *changement de circonstances* ». Le Conseil constitutionnel a précisé que cette notion comprenait aussi bien les changements de circonstances de fait que les changements de droit. Dès lors, pourraient être qualifiées de changements de circonstances aussi bien l'interprétation nouvelle de la CEDH ou du droit de l'Union que l'adoption de nouveaux actes juridiques de l'Union, voire de la Convention. Une telle reconnaissance participerait à la possibilité d'intégrer plus rapidement le droit européen.

Pour le Conseil d'Etat, l'incompatibilité avec le droit de l'Union constatée par la Cour de justice ne constitue pas un changement de circonstance³⁹. De même et *a fortiori*, qu'un avis motivé de la Commission européenne dans un recours en constatation de manquement n'est pas opérant⁴⁰. Selon le rapporteur public Laurent Oléon, « *en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui se refuse à introduire la méconnaissance du droit de l'Union dans le bloc de constitutionnalité, sous la réserve du cas où la loi est une loi de transposition d'une directive... nous ne voyons pas comment un problème de contrariété avec le droit*

³⁸ Par exemple : cass. civ., 11 mai 2011, n° 11-40006, « la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas recevable en ce qu'elle invoque la violation des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er du premier Protocole additionnel à cette Convention » ;

³⁹ CE, 3^e ss-sect., 19 sept. 2011, n° 346012 : « *que si M. et Mme A font valoir, d'une part, que le dispositif contesté a été jugé contraire au droit communautaire par la Cour de justice des communautés européennes et le Conseil d'Etat, d'autre part, que le législateur a supprimé, à compter du 1er janvier 2005, les dispositions en litige et qu'enfin, dans sa décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur ne saurait adopter des dispositions fiscales rétroactives qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant, il ne saurait en être déduit l'existence d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit qui justifierait le réexamen de la conformité de cet article à la Constitution* ».

⁴⁰ CE, 3^e et 8^e ss-sect. réunies, 10 oct. 2011, n° 350872, *Sté française de radiotéléphone (SFR)*. Dans la mise en place de la taxe sur les services de communication électronique concomitante au financement de la suppression partielle de la publicité sur les chaînes publiques, le requérant « *ne peut utilement se prévaloir des motifs retenus par la Commission européenne dans sa décision du 20 juillet 2010 relative à la compatibilité avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de la subvention budgétaire annuelle versée au groupe France Télévisions, dès lors qu'une telle circonstance ne peut être regardée comme un changement de circonstances de droit au sens de ce même article* ».

communautaire pourrait constituer un changement de circonstances de droit justifiant le réexamen de la constitutionnalité d'une disposition législative »⁴¹.

2) Le contrôle de conventionnalité : étape de l'examen du caractère sérieux de la question

Pascale Deumier s'interroge sur la réapparition du contrôle de conventionnalité lors de l'examen du caractère sérieux de la QPC et évoque « une présomption de sérieux d'inconstitutionnalité » de la loi dont l'inconventionnalité est avérée et, peut-on ajouter, douteuse⁴². Le contrôle de conventionnalité devient ainsi une étape du filtrage. L'influence du droit européen sur le caractère sérieux d'une QPC peut jouer aussi bien dans le sens de la transmission au Conseil constitutionnel que du rejet. Alors qu'était interrogée la constitutionnalité de la dualité de fonctions du Conseil d'Etat, ce dernier a pu refuser de transmettre la question en s'appuyant sur le brevet de conventionnalité octroyé par la Cour EDH⁴³.

Le Conseil d'Etat a pu constater plusieurs fois le défaut de caractère sérieux de la question dans des affaires où le Conseil d'Etat s'était prononcé auparavant positivement sur la conventionnalité de la disposition législative attaquée (*SCI La Saulaie*⁴⁴, *Groupement de fait Brigade sud de Nice et M. Zamalo*⁴⁵ et *Théron*⁴⁶). Pour les rapporteurs publics Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi, « le juge de la question prioritaire de constitutionnalité [ne] peut [pas] faire totalement abstraction d'un précédent fondé sur une norme internationale similaire ou identique. Si le juge n'est pas tenu en droit, il est tout de même tenu, croyons-nous, à un devoir minimal de cohérence : les motifs de rejet d'un moyen d'inconventionnalité gagneraient à être mobilisés pour fonder la décision à prendre sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, si les protections sont équivalentes dans les deux ordres »⁴⁷. L'argumentation de la conventionnalité d'une loi pour conclure au refus de transmission pour défaut de caractère sérieux de la question pose problème lorsque la conventionnalité est établie, non pas par le juge européen, mais par les Hautes cours, elles-mêmes juges du filtre. Apparaît alors un risque d'instrumentalisation du droit européen. La chambre criminelle n'a pas jugé sérieuse la question de constitutionnalité portant sur le délit

⁴¹ OLLÉON, L., « QPC : notion de « changement de circonstances » justifiant un réexamen de la constitutionnalité d'une disposition », *Droit fiscal* n° 46, 17 nov. 2011, comm.591.

⁴² DEUMIER, P., « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD Civ.* 2010, p. 504 : le contrôle de conventionnalité « chassé par la porte de la procédure, reviendrait-il par la fenêtre du raisonnement ?...lorsqu'une appréciation a déjà été portée sur la conventionnalité d'une disposition, comment prétendre qu'elle n'oriente pas l'appréciation du sérieux de son inconstitutionnalité ?...pour les seules dispositions déclarées incompatibles avec une norme internationale ou européenne, il est possible d'imaginer une véritable présomption de sérieux de l'inconstitutionnalité et la transmission de la QPC s'imposerait, pour bénéficier de son effet abrogatif. Tel aura été le dénouement de l'inénarrable affaire Perruche ».

⁴³ Cour EDH, 9 nov. 2006, n° 65411/01, *Sté Sacilor-Lormines / France*. Le Conseil d'Etat reprend l'appréciation de la Cour EDH pour juger la question non sérieuse, CE, 16 avril 2010, n° 320667, *Alcaly*.

⁴⁴ CE, 10^e et 9^e ss-sect. réunies, 16 juil. 2010, n° 334665. Concernant la règle selon laquelle la servitude publique ne donne pas en principe lieu à indemnisation, le Conseil d'Etat fait expressément référence à sa jurisprudence Bizoutet par laquelle il a incorporé les exigences conventionnelles dans les exceptions au principe. Ainsi, le caractère non sérieux de la question découle de manière identique à la conventionnalité de la règle.

⁴⁵ CE, 8 oct. 2010, n° 340849, *Groupement de fait Brigade sud de Nice et M. Zamalo*, S'agissant de la liberté de réunion confrontée à la dissolution ou la suspension d'une association sportive par le Premier ministre, le Conseil d'Etat rejette la question pour absence de sérieux en reprenant les motifs d'une décision antérieure de quelques mois constatant la conventionnalité de la loi, CE, 13 juill. 2010, n° 339293, *Association Supas Auteuil 91*.

⁴⁶ CE, 19 mai 2010, n° 331025, *Théron*.

⁴⁷ LIEBER, S.-J., Damien BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, p. 1355.

de contestation de crimes contre l'humanité, dite « loi Gayssot »⁴⁸, jugée antérieurement compatible avec la CEDH⁴⁹.

B) L'exclusion du droit de l'Union

Le Conseil constitutionnel a « émasculé » l'article 88-1 de la Constitution qui ne produit aucun effet de droit dans le cadre de la QPC si ce n'est l'incompétence du Conseil pour contrôler la conformité d'une loi transposant fidèlement une directive (1). Ce faisant, le Conseil constitutionnel a entièrement basculé le droit de l'Union dans l'orbite de l'article 55 de la Constitution. Comme l'indique le commentaire aux Cahiers de la décision du 12 mai 2010, « *le droit pour les justiciables d'invoquer une directive de l'Union européenne et, plus largement, le respect du droit de l'Union européenne est garanti par l'article 55 de la Constitution. Ce droit s'exerce devant les juridictions administratives et judiciaires* ». Il en résulte que le Conseil constitutionnel d'une part, refuse de sanctionner la violation manifeste d'une directive par la loi de transposition (2) et d'autre part, est resté jusqu'ici indifférent à l'incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union (3).

1) L'incompétence du Conseil constitutionnel à l'égard de la loi de transposition fidèle à la directive

Le Conseil a distingué au sein du droit dérivé, la loi de transposition d'une directive, laquelle bénéficie d'une immunité constitutionnelle sous réserve de l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France (a), de la loi tirant les conséquences nécessaires d'un règlement qui continue de faire l'objet d'un contrôle (b). Cette distinction est contradictoire avec la volonté affichée du Conseil constitutionnel de laisser le droit de l'Union dans les mains des juges administratif et judiciaire.

a) Des lois tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive

Dans l'affaire *Daoudi*, un franco-algérien a été condamné à six ans de prison, déchu de sa nationalité française et expulsé pour participation à un groupe affilié à Al-Qaïda en vue de la préparation d'un acte terroriste contre des intérêts américains en France. La Cour EDH a interdit son expulsion au motif que son renvoi en Algérie lui faisait courir le risque de subir la peine de mort, constitutif d'une violation de l'article 3 CEDH⁵⁰. Le requérant a demandé l'asile qui lui a été refusé car l'article 712-2 du CEDESA exclut de la protection subsidiaire les personnes ayant commis des actes graves. Le requérant conteste la constitutionnalité de cette limite en raison du nouvel article 66-1 de la Constitution interdisant la peine de mort. Or, l'article 712-2 du CEDESA est directement issu de la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004. Le Conseil constitutionnel applique sa jurisprudence relative aux lois de transposition des

⁴⁸ Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774.

⁴⁹ Cass. crim., 20 déc. 1994, Bull. crim. n° 424.

⁵⁰ Cour EDH, 3 déc. 2009, n°19576/08, *Daoudi c. France*.

directives en considérant « *qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne* »⁵¹.

Ainsi, devant le juge du filtre, « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2 ancien, devenu l'article L. 1224-1 du Code du travail, se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 de l'Union européenne et ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »⁵². A contrario, la Cour de cassation a jugé recevable une QPC « *en ce que les dispositions critiquées ont un objet plus large que celui de l'article 54 de la Directive 2004/39/CE, de sorte que le Conseil constitutionnel a compétence pour en contrôler la conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁵³.

b) Le refus d'étendre son incompétence aux lois tirant les conséquences nécessaires d'un règlement

Le Conseil fut ensuite confronté à la question de l'extension de son incompétence à examiner la loi se bornant à tirer les conséquences nécessaires d'un règlement. Non sans paradoxe, le Conseil opéra un contrôle de la loi en donnant un fondement particulier à la constitutionnalité de la loi se conformant à un règlement, il s'agit « *d'un but d'intérêt général* » (sic). En l'espèce, le législateur avait supprimé le monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires en raison d'un avis motivé de la Commission⁵⁴. Selon l'interprétation de cette dernière de l'article 5 du règlement 2913/92/CEE établissant le Code des douanes communautaire, aux termes duquel « *toute personne peut se faire représenter auprès des autorités douanières pour l'accomplissement des actes et formalités prévues par la réglementation douanière...* », le monopole des courtiers maritimes serait prohibé. Bien que cette situation soit éloignée de la disposition précise et inconditionnelle d'une directive, il demeure que contrôler la constitutionnalité de la loi revenait à contrôler la constitutionnalité du règlement. Ainsi, il s'agissait de déterminer « *dans quelle mesure il y a lieu ou non de transposer* » la jurisprudence relative à la transposition des directives⁵⁵. L'angle de la question du Conseil d'Etat est quelque peu différent car il demande si la mise en conformité de la loi avec un règlement constitue un « *motif d'intérêt général suffisant* »⁵⁶. Le Conseil a considéré que « *la suppression de privilège professionnel dont jouissaient les courtiers interprètes et conducteurs de navire répondait à un but d'intérêt général résultant de la volonté du législateur de mettre le droit national en conformité avec le règlement du Conseil du 12 octobre 1992 susvisé; que cette suppression tendait également à favoriser la libre concurrence et la libre entreprise; que le législateur, quelle que soit la portée de ce*

⁵¹ Cons. const., déc. n° 2010-79 QPC, 17 déc. 2010, *Kamal D.*, cons. 3.

⁵² Cass. soc., 15 juin 2011, n°10-27.131.

⁵³ Cass. com., 13 avril 2012, n° 12-40.009.

⁵⁴ La France n'a pas contesté cette interprétation devant la Cour de justice. Sur la procédure du recours en manquement et les questions de droit soulevées, voir l'arrêt du Tribunal qui rejette l'action en responsabilité non contractuelle des institutions de l'Union intentée par un courtier maritime, TPICE, 18 déc. 2009, *Jean Arizmendi / Conseil et Commission*, aff. jtes T-440/03, T-121/04, T-171/04, T-208/04, T-365/04 et T-484/04.

⁵⁵ GUYOMAR, M., *Gazette du Palais*, 9 fév. 2011, p.17.

⁵⁶ CE, 6^e et 1^{ère} ss-sect. réunies, 17 déc. 2010, n°343752, M. *Le Normand de Bretteville*.

règlement, n'a pas affecté une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁵⁷.

Agnès Roblot-Troizier souligne le manque de cohérence de la dualité des modalités de contrôle de constitutionnalité selon qu'il s'agit d'une loi de transposition d'une disposition précise et inconditionnelle d'une directive ou d'une loi tirant les conséquences d'un règlement⁵⁸. En outre, le Conseil s'est livré indirectement au contrôle de constitutionnalité d'une disposition du droit de l'Union en dehors du cas de l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. Cette décision doit être mise en relation avec la jurisprudence *Foto-Frost* de la Cour de justice rappelée avec insistance dans l'arrêt *Melki*, selon laquelle seule la Cour de justice dispose du pouvoir de déclarer illégal un acte juridique de l'Union de sorte que sa saisine à titre préjudicielle est obligatoire⁵⁹. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne souhaiterait pas poser de question préjudicielle dans le cadre de la QPC et sachant que la Cour de justice a jugé que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive »⁶⁰ ou du règlement, il pourrait être envisageable d'étendre l'incompétence du Conseil constitutionnel aux lois tirant les conséquences nécessaires d'un règlement.

2) Le refus de contrôler la violation manifeste d'une directive par la loi de transposition

Le Conseil constitutionnel a considéré que l'exigence de transposition des directives n'est pas « un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». L'éviction des directives du champ de protection a suscité l'interrogation en présence de directives dont les dispositions sont l'application concrète d'un droit fondamental, d'autant que le Conseil a reconnu dans sa décision *Kimberly Clark* que si l'incompétence négative du législateur n'est pas en soi « un droit ou une liberté que la Constitution garantit », elle est toutefois invocable si cette incompétence a « affecté » un droit fondamental⁶¹. On a ainsi pu soutenir l'extension de cette jurisprudence aux lois de transposition des directives⁶². Avec le refus du Conseil constitutionnel, on constatera que l'article 88-1 produit moins d'effets juridiques dans la QPC que dans le contrôle *a priori*. On sait que « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; qu'en conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »⁶³. Si, comme dans le contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent face à une disposition législative reprenant une disposition précise et inconditionnelle d'une directive, il refuse en

⁵⁷ Cons. const., déc. 2010-102 QPC, 11 fév. 2011, *M. Pierre L.*, cons. 5. « Quelle que soit la portée de ce règlement » laisse entendre que même en son absence, la suppression du monopole aurait été constitutionnelle.

⁵⁸ ROBLOT-TROIZIER, A., *RFDA* 2011, p.611.

⁵⁹ CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85.

⁶⁰ CJUE, gde ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, point 56.

⁶¹ Cons. const., déc. 2010-5 QPC, 18 juin 2010, cons.3.

⁶² Dans ce sens, l'analyse critique d'Anne Levade, LEVADE, A., « Question prioritaire de constitutionnalité et directive « retour » : retour en arrière jurisprudentiel ? », *JCP G* 2012, act.198.

⁶³ Cons. const., déc. 9 juin 2011, n°2011-631 DC, cons.45, loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité. Formulation énoncée la première fois dans la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons.20, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

revanche de sanctionner la violation manifeste d'une disposition d'une directive, fut-elle l'expression d'un droit fondamental. Il est vrai que les voies d'un contrôle s'annonçaient malaisées lorsque l'incompatibilité aurait nécessité une interprétation de la directive ou que le caractère manifeste de la violation de la directive aurait résulté d'une interprétation de la Cour de justice. Par ailleurs, un contrôle ouvrirait la possibilité d'interprétations divergentes avec la Cour de justice dont le Conseil ne pourrait sortir qu'affaibli.

Dans le commentaire aux Cahiers d'une décision ultérieure, est exprimé le choix de cantonner le droit de l'Union au strict minimum de l'existant sans donner à la QPC une quelconque portée : « *le contrôle du respect des principes constitutionnels correspond à la mission fondamentale du Conseil de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis. Celui du respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives est la résultante de bien d'autres facteurs, mêlant absence de contrôle de conventionnalité et particularité des lois de transposition de directives. Cette jurisprudence, née alors que l'introduction du contrôle a posteriori n'était pas à l'ordre du jour, est le fruit de compromis. Elle est « relativisée » par la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui ne peut donner lieu au contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive* »⁶⁴.

3) L'indifférence de l'incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union

En raison de la séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, le Conseil constitutionnel se prononce uniquement en fonction de sa propre jurisprudence. Il refuse ainsi en principe de tenir compte de l'incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union. La lecture des commentaires des décisions aux Cahiers montre que l'on retrouve les limites de l'absorption de la CEDH (infra), à travers la détermination des droits équivalents (a) et la marge d'appréciation du législateur (b). Cependant, des premiers signes montrent qu'aussi bien le droit dérivé concrétisant des droits fondamentaux que la Charte couvrant non seulement les droits civils et politiques mais également les droits économiques et sociaux ne vont pas pouvoir laisser longtemps indifférent (c).

a) L'étape préalable de la caractérisation des droits équivalents

Le Conseil constitutionnel a déclaré la constitutionnalité du délit de séjour irrégulier punissable d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende en vertu de l'article L. 621-1 du CESEDA alors que la Cour de justice, réunie en Grande chambre dans l'arrêt *Achughbaban*, avait jugé ce même article contraire à la directive retour⁶⁵. Selon la Cour de justice, un ressortissant d'Etat tiers en situation irrégulière « *doit prioritairement faire l'objet d'une procédure de retour et peut, s'agissant d'une privation de liberté, tout au plus faire l'objet d'un placement en rétention* »⁶⁶. Selon le Conseil, il ne lui « *appartient pas (...) d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les traités ou le droit de l'Union européenne* »⁶⁷. A la différence des arrêts de la Cour EDH condamnant la France dont le Conseil tient le plus grand compte, il a laissé aux juges administratif et judiciaire le soin d'en

⁶⁴ Commentaire de la décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011 précitée.

⁶⁵ CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, *Achughbaban / Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11.

⁶⁶ Point 38 de l'arrêt *Achughbaban* précité.

⁶⁷ Cons. const., déc. 2011-217 QPC, 3 févr. 2012, *Mohammed Alki B.*, cons.3.

tirer les conséquences. Aux vises de la directive retour et des arrêts *El Dridi*⁶⁸ et *Achughbabian* de la Cour de justice, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a émis un avis d'illégalité de la garde à vue utilisée pour procéder au contrôle de la situation migratoire de la personne interpellée et, le cas échéant, pour procéder à son placement en rétention administrative⁶⁹.

Selon le commentaire aux *Cahiers*, le principe constitutionnel de nécessité de la peine appliqué au délit de séjour irrégulier et le régime juridique d'une mesure d'éloignement instauré par la directive retour ne sont pas des « *droits équivalents* ». La Cour de justice a distingué entre la procédure administrative de l'organisation du retour et la sanction pénale qui relève de la compétence exclusive de l'Etat membre⁷⁰. Mais, la procédure administrative de la directive étant obligatoire, l'Etat ne peut plus appliquer une peine de prison. De façon indirecte, la directive interdit l'incrimination de séjour irrégulier. Ce n'est donc pas la proportionnalité de la peine qui est en jeu, mais son existence, dès lors que l'incrimination est entièrement paralysée. En ce sens, le principe constitutionnel de nécessité de la peine qui se rapporte à la disproportion de la peine est bien différent et ne constitue pas un droit équivalent.

b) La marge d'appréciation du législateur

Le Conseil constitutionnel a déclaré la constitutionnalité de l'article 155 A du CGI établissant une présomption selon laquelle le prestataire de service domicilié en France est réputé avoir perçu lui-même les revenus afin de lutter contre l'évasion fiscale qui résulterait d'un transfert de la rémunération à une société établie dans un pays à la fiscalité avantageuse⁷¹. Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*, la Cour de justice a jugé que la liberté d'établissement ne prohibe pas la recherche d'une telle fiscalité et n'interdit que les montages purement artificiels⁷². Le commentaire aux *Cahiers* tient à souligner que l'article 155 A du CGI a été jugé compatible avec le droit de l'Union par deux arrêts de tribunaux administratifs. Il y a sans doute, à l'instar de l'utilisation de la Convention EDH, une volonté d'asseoir la légitimité de sa décision. Or, ces jugements sont fragiles car la conventionnalité de la présomption d'évasion fiscale est des

⁶⁸ La Cour de justice avait jugé que « la directive s'oppose à une réglementation d'un Etat membre prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié », CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11, point 59.

⁶⁹ Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n° 9002 : « il résulte de (...) la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 qu'une mesure de garde à vue ne peut être décidée...que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner...un crime ou un délit puni d'emprisonnement...qu'à la suite de l'entrée en application de la directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, le ressortissant d'un Etat tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive ; qu'il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef ».

⁷⁰ CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, *Achughbabian / Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11, points 32 et 37 : si « la directive 2008/115 ne s'oppose ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du *Ceseda*, dans la mesure où celle-ci qualifie le séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers de délit et prévoit des sanctions pénales, y compris une peine d'emprisonnement, pour réprimer ce séjour, ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour de celui-ci », en revanche, « à l'évidence, l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'Etat membre concerné ».

⁷¹ Cons. const., déc. 2010-70 QPC, 26 nov. 2010, *Moreau*.

⁷² CJUE, gde ch., 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, point

plus incertaine⁷³. En outre, le commentaire mentionne la jurisprudence *Cadbury Schweppes* relative à la justification fondée sur la lutte contre le contournement de la soumission à l'impôt ; or, le problème ne réside pas sur le principe, mais sur ses modalités d'application. Il est évident que le droit constitutionnel est éloigné du droit de l'Union en raison de la marge d'appréciation du législateur garantie par le Conseil constitutionnel alors que la Cour de justice exerce un contrôle serré de la proportionnalité des moyens de lutte contre l'évasion fiscale.

c) *L'influence annoncée des droits fondamentaux de l'Union*

Concernant le principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, le Conseil opère une distinction entre le droit relatif à l'élection des délégués du personnel et des représentants des salariés au comité d'entreprise qui bénéficie d'une attention particulière, et la législation connexe à ce droit relative aux seuils légaux du nombre des travailleurs pour la mise en place des institutions représentatives du personnel, qui relève de l'appréciation du législateur. Le Conseil constitutionnel avait ainsi admis l'exclusion des salariés de moins de vingt-six ans du décompte des effectifs de l'entreprise⁷⁴. La Cour de justice avait jugé que cette exclusion était contraire à la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 relative à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne⁷⁵. Le Conseil fut de nouveau saisi de la législation relative au calcul des effectifs à l'occasion d'un litige où une association employant plus d'une centaine de salariés comptabilisait, au titre de l'article L.1111-3 du Code du travail relatif au calcul des effectifs, moins de onze salariés en raison de l'exclusion des contrats aidés. Le Conseil constitutionnel valida l'article L.1111-3 du Code du travail⁷⁶. La distinction du Conseil constitutionnel selon le droit d'élection ou la détermination des seuils est sévère. Selon le Conseil, « *l'article L. 1111-3 du Code du travail n'a pas de conséquences sur les droits et obligations des salariés en cause ; qu'il ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent* »⁷⁷. Or, « *ces droits demeurent bien théoriques, dans la mesure où les salariés ne pourront ni voter, ni être candidat aux élections, ni être représentés, puisque la mesure en cause conduit précisément à être en dessous des seuils d'effectif déclenchant la mise en place des mécanismes de représentation des salariés* »⁷⁸. Une atteinte est portée à l'effectivité du principe constitutionnel de participation. D'autre part, le Conseil affirme que la différence de traitement entre les différentes catégories de travailleurs est justifiée car « *le législateur a entendu alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail* »⁷⁹. Or, du point de vue du droit de l'Union, la Cour de justice a dit expressément qu'une politique sociale ne peut justifier une atteinte à la détermination des seuils car, nonobstant la légitimité de la fin poursuivie par le législateur, cette exception n'est pas prévue par la directive. Le Conseil constitutionnel a ainsi ignoré volontairement la

⁷³ DIEU, F., « L'imposition « anti-célébrités » définitivement confortée par le Conseil constitutionnel ? », *Droit fiscal*, 2011, comm.209. L'auteur identifie des cas de présomption irréfragable dont l'inconventionnalité serait alors certaine.

⁷⁴ Cons. const., déc. 22 juil. 2005, n° 2005-521 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*.

⁷⁵ CJCE, 18 janv. 2007, *Confédération générale du travail (CGT) e.a. / Premier ministre et Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*, aff. C-385/05.

⁷⁶ Cons. const., déc. 2011-122 QPC, 29 avril 2011, *Syndicat CGT e.a.*

⁷⁷ Cons.8.

⁷⁸ LAULOM, S., « La saga du calcul des seuils d'effectif », *Semaine sociale Lamy*, 23 avril 2012, n°1535.

⁷⁹ Cons.7.

directive. Il n'a pris en considération que sa propre jurisprudence. Il a marqué de nouveau la limite de son contrôle face au pouvoir d'appréciation du législateur.

Après que le juge du fond a déclaré l'article L- 1111.3 non conforme à la directive 2002/14/CE, la Cour de cassation saisie du pourvoi posa à la Cour de justice une question préjudicielle fondée sur la directive et l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux relatif à l'information et à la consultation des travailleurs pour savoir si la directive avait un effet horizontal dans la mesure où elle précisait un droit fondamental et dans l'affirmative, si ces textes s'opposaient à l'exclusion du calcul des effectifs de l'entreprise les contrats d'apprentissage, d'initiative-emploi, d'accompagnement dans l'emploi et de professionnalisation⁸⁰. Dans les arrêts *Mangold et Küçükdeveci*, la Cour de justice a reconnu l'effet horizontal d'une disposition d'une directive lorsqu'elle est la manifestation d'un principe général du droit, en l'espèce le principe de non-discrimination du fait de l'âge⁸¹. La Cour de cassation demande ainsi si la participation et la représentation des travailleurs au sein de l'entreprise peut être considéré comme un principe général du droit de l'Union et quel est l'impact de la Charte sur cette question. La réponse de la Cour de justice devra être suivie avec attention car le développement de la jurisprudence *Mangold* pourrait constituer un accélérateur de la diffusion des droits fondamentaux de l'Union, avec en retour une plus forte présence de ces droits dans les QPC.

On observera que de plus en plus, la mise en œuvre des droits fondamentaux appliqués dans notre ordre juridique est décidé dans l'enceinte politique de l'Union. Dans cette perspective, le droit de l'Union, encore relativement discret dans les affaires soumises au Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC, devrait prendre une importance croissante. A l'occasion de la QPC portant sur la réforme de la garde à vue et concernant l'examen des garanties au cours d'une audition, le commentaire de la décision observe que la jurisprudence de la CEDH n'a pas encore expressément exigé la présence d'un avocat lorsqu'une personne demeurant en liberté était interrogée dans le cadre d'une procédure pénale, mais qu'en revanche la proposition de directive du 8 juin 2011 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, le prévoyait⁸².

C) L'internormativité matérielle relative du droit constitutionnel avec la CEDH

A l'égard de la relation entre le droit constitutionnel et le droit de la Convention EDH, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas monolithique. Un premier élément essentiel à prendre en considération est la matière concernée. La QPC confirme ainsi le dessein du « modèle de procès pénal européen »⁸³. Concernant le statut du parquet, la garde à vue de droit commun, l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises, les sanctions pénales automatiques, les décisions du Conseil se fondent dans le cadre tracé par la jurisprudence de la Cour EDH. En revanche, la position du Conseil constitutionnel sur le droit de propriété est nuancée. Qu'il s'agisse de l'exclusion de l'indemnisation du préjudice moral, de l'étendue restreinte du droit - lequel n'inclut pas toute créance de nature patrimoniale - de la

⁸⁰ Cass. soc., 11 avril 2012, n° 11-21.609, *Assoc. de Médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT e.a.*

⁸¹ Respectivement, CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04 et CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07.

⁸² Cons. const., déc. 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, *Elise A. e.a.* Dans cette décision le Conseil émis une réserve d'interprétation selon laquelle une personne soupçonnée avant ou durant l'audition doit être « informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie », cons.20.

⁸³ BADINTER, R., « La Convention européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel », *Mélanges Rolv Ryssdal, Heymanns Verlag*, 2000, p.79.

qualification des servitudes publiques - lesquelles relèvent uniquement de l'usage du bien - ces prises de position sont propres au droit constitutionnel français. Il se dégage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel la volonté d'intégrer les exigences de la Convention dans le cadre spécifique du droit constitutionnel français, ce qui pourra conduire à ne suivre qu'imparfaitement le mouvement impulsé par la Cour européenne. C'est un trait frappant des décisions du Conseil que de préserver, à maints égards, des notions et régimes juridiques propres au droit français. Ainsi, se dessine la recherche d'un équilibre entre une cohérence du contenu des droits fondamentaux français et européen - unité et sécurité juridique de notre ordre - et le maintien d'un cadre juridique français. Cet équilibre sera appréhendé à travers la notion des droits équivalents (1).

Le deuxième trait marquant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est le renouvellement concret de la problématique du dialogue entre le Conseil et la Cour EDH. La QPC a changé fondamentalement les choses en permettant au Conseil de se prononcer, bien qu'abstraitement, sur des questions issues de l'application litigieuse de la loi et en rapprochant temporellement la décision du Conseil de l'arrêt de la Cour EDH. Le premier effet visible est l'insertion systématique des décisions QPC dans la présentation du droit national des arrêts de la Cour EDH. A cela s'ajoute le développement par le Conseil constitutionnel de la pratique du commentaire de la décision (dont le statut reste à définir). De plus en plus souvent, le commentaire commence par définir les contours de la jurisprudence de la Cour EDH, avant d'en tirer des éventuelles conséquences sur le droit constitutionnel français. La QPC a ainsi permis un changement de la qualité du dialogue entre le Conseil et la Cour (2).

1) La détermination des droits équivalents par le Conseil constitutionnel

En raison des droits équivalents, de nombreuses lois déclarées inconstitutionnelles auraient également violé la Convention EDH sans pour autant qu'il soit nécessaire de prendre en considération la jurisprudence de la Cour européenne. On peut citer à cet égard plusieurs exemples, tels l'égalité des armes avec la sanction du régime des frais irrépétibles qui ne bénéficiaient uniquement qu'à la partie civile dans la procédure de pourvoi devant la Cour de cassation⁸⁴. De même, le Conseil sanctionne l'atteinte portée à l'égalité devant la loi pénale en ce que le défaut de paiement des cotisations salariales par l'employeur agricole est constitutif d'un délit, et uniquement d'une contravention de police lorsqu'il est commis par les employeurs des autres régimes de sécurité sociale⁸⁵. Un autre cas exemplaire est la décision concernant le défaut d'impartialité de la composition échevinale des commissions départementales d'aide sociale⁸⁶. Le commentaire précise que nul ne peut être juge et partie et qu' « *il s'agit en effet d'exigences fondamentales qui ne sont pas propres à la rédaction de la CESDH* ».

Le Président Bruno Genevois indiquait que « *ce qui domine c'est l'attachement aux valeurs communes qui inspirent ces droits (...) il faut s'attacher moins à la diversité des origines des droits et libertés qu'à leur contenu. Chaque juridiction souveraine utilise la terminologie qui lui paraît la mieux adaptée compte tenu tant des normes de référence de son contrôle que de*

⁸⁴ Cons. const., déc. 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Marielle D.* L'arrêt de la Cour EDH, *Voisine c. France* du 8 février 2000 concernant l'égalité des armes devant la Cour de cassation aurait conduit au même résultat. Egalement, inconstitutionnalité des frais irrépétibles octroyés à la personne non condamnée, mais pas aux autres personnes attirées à la procédure, cons. const., déc. 2011-190 QPC, 21 oct. 2011, *Bruno L. e.a.*

⁸⁵ Cons. const., déc. 2011-161 QPC, 9 sept. 2011, *Catherine F.*

⁸⁶ Cons. const., déc. 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*

la mission qui lui est conférée (...) Il faut prendre acte de cette différence d'approche sur un plan conceptuel tout en s'efforçant de promouvoir une identité du droit matériel... par une connaissance réciproque des jurisprudences »⁸⁷. Le concept de cohérence matérielle ne vaut pas nécessairement que pour les droits équivalents, en ce sens que le droit français peut être compatible avec la Convention EDH sans que le droit constitutionnel connaisse le droit garanti par la Convention européenne. Les droits équivalents sont définis unilatéralement par le Conseil constitutionnel. Ainsi, le droit protégé par la Convention EDH pourra ne pas être constitutionnellement garanti (a), garanti partiellement (b) ou entièrement (c).

a) Le droit protégé par la Convention EDH n'est pas constitutionnellement garanti

Le droit aux origines est une illustration d'une cohérence matérielle relative sans droit équivalent. Le droit aux origines protégé par la Cour EDH et rangé dans le tiroir vie privé n'est pas un droit que la Constitution garantit. Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité avec les droits à la vie privée et à une vie familiale normale, du cinquième alinéa de l'article 16-11 du Code civil prévoyant que « *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* »⁸⁸. En filigrane, se superposait la convention EDH car « *le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* » et la France dans l'espèce singulière Pascaud avait été condamnée aux motifs que l'absence d'accord exprès du défunt privait l'enfant de tous moyens d'établir sa filiation alors même qu'un test ADN préalable, mais finalement annulé, avait établi la paternité et que le défunt n'avait plus de famille⁸⁹. Pour le Conseil constitutionnel, la législation est inattaquable car elle relève du pouvoir d'appréciation du législateur : « *en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain* »⁹⁰. On voit bien ici la différence entre l'examen concret du litige par la Cour EDH dans l'arrêt *Pascaud* et l'examen abstrait de la loi qui donne lieu à prendre acte de la fin poursuivie par le législateur. La loi bioéthique n°2011-814 du 7 juillet 2011 a maintenu l'exigence d'un consentement exprès du vivant de la personne sans ménager d'exception de sorte que la législation continue dans certaines circonstances à être contraire à l'article 8 CEDH.

Après avoir pris soin de rappeler la jurisprudence de la Cour EDH, le commentaire aux *Cahiers* indique implicitement que le droit aux origines ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité : « *jamais, en particulier, le Conseil constitutionnel n'a eu l'occasion de rattacher le droit de connaître ses origines ou de faire établir sa filiation au droit au respect de la vie privée* » et le droit à une vie familiale normale « *a essentiellement été appliqué par le Conseil dans les cas où la disposition législative contestée empêche les membres d'une famille de vivre ensemble* ». Il faut porter attention à la décision reconnaissant la

⁸⁷ GENEVOIS, B., « Le Conseil constitutionnel et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme », in THIERRY, H. et DECAUX, E., (dir.), *Droit international et droits de l'Homme. La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme*, Cahiers du CEDIN n° 5, Montchrestien, 1990, p. 251.

⁸⁸ Cons. const., déc. 2011-173 QPC, 30 sept. 2011, *Louis C. e.a.*

⁸⁹ Cour EDH, 16 juin 2011, n°19535/08, *Pascaud c. France*, respectivement §59 et §68.

⁹⁰ Cons.6 de la décision *Louis C.* précitée.

constitutionnalité de la législation relative à l'accouchement sous X où il est dit qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant* »⁹¹. Selon le commentaire, « *en évoquant les "intérêts" et non les "droits", le Conseil constitutionnel a souligné que les dispositions relatives au droit de la femme d'accoucher sous X et celles relatives au droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles ne résultent pas d'exigences constitutionnelles (...) la Cour EDH retient une interprétation plus extensive du droit au respect de la vie privée* ». La législation française n'en est pas moins conforme sur le fond avec les exigences de la CEDH⁹².

b) Le droit protégé par la Convention EDH n'est constitutionnellement garanti que partiellement

1- Le droit de propriété

Le Conseil a explicitement écarté le préjudice moral de l'indemnité d'expropriation : « *aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d'utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés* »⁹³. Le commentaire de la décision ne fait pas mystère que la Cour EDH dans l'arrêt *Lallement c. France* a reconnu à l'agriculteur privé de son instrument de travail le droit de se prévaloir d'un préjudice moral indemnisable⁹⁴.

Le Conseil s'est également prononcé sur les servitudes publiques. Un requérant arguait que l'article L.2411-12-1 CGCT violait le droit de propriété en ce qu'il permet au préfet sur demande du conseil municipal, de transférer les propriétés d'une section à sa commune de rattachement sans l'assortir d'une procédure d'indemnisation des habitants de la section. Selon le Conseil constitutionnel, « *les membres de la section ont, dans les conditions résultant soit des décisions des autorités municipales, soit des usages locaux, la jouissance de ceux des biens de la section dont les fruits sont perçus en nature ; qu'ainsi, ils ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur ces biens ou droits* »⁹⁵. D'un autre côté, la Cour EDH qualifie au contraire de « *biens* » les droits des habitants découlant de la jouissance de terrains communaux⁹⁶. En outre, l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 a été reconnue par le Conseil d'Etat⁹⁷. Le commentaire de la décision souligne expressément cette « *différence de qualification* » : « *la juridiction de la rue de Montpensier manifeste la volonté que la notion de droit de propriété, au sens des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, demeure la plus proche possible de la notion de propriété privée en droit français. Cela implique de ne pas « aligner » sa conception de la propriété sur celle de la Cour de Strasbourg (...) à ce jour, le Conseil constitutionnel ne fait pas entrer les créances dans le champ de la protection de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ». Après avoir reçu la

⁹¹ Cons. const., déc. 2012-248 QPC, 16 mai 2012, *Mathieu E.*, cons.8.

⁹² La conventionnalité de l'accouchement sous X était acquise car la Cour EDH avait reconnu sa compatibilité avec l'article 8 dans l'arrêt *Odière* du 13 février 2003 et les réformes postérieures de la réglementation ont amélioré les possibilités pour l'enfant de connaître l'identité de sa mère, voire d'établir une filiation.

⁹³ Cons. const., déc. 2010-87 QPC, 21 janv. 2011, *Jacques S.*, cons.5.

⁹⁴ Cour EDH, 11 avril 2002, n°46044/99, *Lallement c. France*, § 31.

⁹⁵ Cons. const., déc. 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *Lucien M.*, cons.4.

⁹⁶ Cour EDH, 29 juin 2004, n° 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, *Dogan e.a. c. Turquie*, § 139.

⁹⁷ CE, 26 mai 2008, n° 278975, *M. A.*

décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat marie les qualifications constitutionnelle et européenne : il s'agit d'un droit de jouissance, droit patrimonial protégé par la CEDH⁹⁸.

Après avoir exclu du champ du droit de propriété constitutionnel une partie de la protection conventionnelle, le Conseil constitutionnel réintroduit par le biais de la protection des situations légalement acquises le contenu manquant de la protection conventionnelle. Le Conseil ajoute au texte de loi en jugeant que « *le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour les membres de la section une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* »⁹⁹. Or, la Cour EDH estime qu'une indemnisation est due lorsque la personne subit une charge spéciale. Dans le litige ayant donné lieu à la QPC, la Cour administrative d'appel de Bordeaux avait jugé l'absence d'indemnité inconstitutionnelle¹⁰⁰ ; le Conseil d'Etat casse pour erreur de droit car le juge d'appel n'a pas recherché si le requérant avait subi une charge spéciale et exorbitante¹⁰¹.

Le Conseil constitutionnel avait déjà procédé à l'inclusion de la réserve sur la charge spéciale dans la décision Epoux A. validant le transfert d'office, sans indemnité juste et préalable, dans le domaine public communal de la propriété de voies privées ouvertes à la circulation publique¹⁰². Cette réserve d'interprétation permet d'intégrer une protection conventionnelle minimale alors qu'était attendue la protection supérieure du régime commun de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁰³. L'application positive de la charge spéciale et exorbitante est si rare qu'on a pu émettre un doute sur sa conventionnalité¹⁰⁴.

La formulation de « *charge spéciale* » du Conseil constitutionnel est la reprise de la jurisprudence *Bitouzet* du Conseil d'Etat qui avait créé, à côté du principe de non indemnisation des servitudes publiques, une exception concernant la charge spéciale et exorbitante que le propriétaire subit afin d'accorder le droit français avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 à la CEDH¹⁰⁵. Les décisions du Conseil constitutionnel montrent ainsi une voie d'intégration du standard conventionnel par la reprise de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ce canal d'intégration de la protection conventionnelle a également été emprunté dans les affaires concernant les pénalités fiscales à taux fixe par la reprise de la jurisprudence *Fattel* du Conseil d'Etat intégrant les exigences de conventionnalité¹⁰⁶.

Par la détermination de la portée du droit de propriété, par la reprise de la jurisprudence du Conseil d'Etat intégrant le standard conventionnel, le Conseil constitutionnel manifeste son attention au cadre juridique français.

⁹⁸ CE, 3^e ss-sect., 22 juil. 2011, n°330481.

⁹⁹ Cons. const., déc. 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *Lucien M.*, cons.8.

¹⁰⁰ CAA Bordeaux, 2 juin 2009, n° 08BX00816, *Lucien M.*, *AJDA*, 2009, p. 1659, concl. Marie-Pierre Viard.

¹⁰¹ Cons. const., déc. 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *Lucien M.*, cons.8.

¹⁰² Cons. const., déc. 2010-43-QPC, 6 oct. 2010, *Epx A.*, cons.4.

¹⁰³ Jérôme Tremeau, « La constitutionnalité des transferts d'office des voies ouvertes à la circulation publique », *AJDA* 2011, p.223.

¹⁰⁴ Norbert Foulquier, « La conformité peu convaincante à la Constitution de l'incorporation d'office des voies privées ouvertes à la circulation publique », *RDI* 2010, p. 612.

¹⁰⁵ CE, 3 juil. 1998, n° 158592, *Bitouzet*. A l'occasion de l'adoption d'un nouveau plan d'occupation des sols, le changement d'une zone constructible devenue non constructible avait fait chuter la valeur vénale des terrains. Un propriétaire de plusieurs terrains demandait une indemnisation à laquelle l'administration avait opposé l'article L 160-5 du Code de l'urbanisme selon lequel une servitude publique frappant un bien privé n'ouvre aucun droit à indemnisation à moins qu'il soit porté atteinte à un droit acquis ou un changement des lieux.

¹⁰⁶ Décisions du 17 mars 2011 : *Sté Seras II*, n°2010-103 QPC ; *Epoux B.*, n°2010-104 QPC ; *César S. e.a.*, n°2010-105/106 QPC : *RJF* 6/11, n°731.

2- Les validations législatives : l'intérêt suffisant n'est pas l'intérêt impérieux

La condamnation de la France est un motif puissant de suivre l'arrêt de la Cour EDH. L'application aux actions judiciaires en cours de la loi Kouchner interdisant le préjudice du seul fait de la naissance, jugée conforme à la convention européenne par le Conseil d'Etat¹⁰⁷, a été sanctionnée par la Cour européenne¹⁰⁸. La loi laissée inappliquée¹⁰⁹ a été transmise par le Conseil d'Etat¹¹⁰ au Conseil constitutionnel qui a abrogé l'effet rétroactif de la loi¹¹¹.

En l'absence du facteur intégratif de la condamnation, le Conseil constitutionnel éprouve des problèmes récurrents avec les validations législatives car il refuse d'exercer un contrôle approfondi de l'intérêt général dont se réclame le législateur. Le Tribunal administratif de Paris avait annulé pour violation du POS le permis de construire de la Fondation Louis Vuitton autorisant la construction d'un musée d'art contemporain dans le Jardin d'acclimatation. Le législateur réagissait promptement pour purger rétroactivement l'illégalité du permis alors que le contentieux suivait son cours en appel. Saisi de la constitutionnalité de l'irruption de la loi dans un procès en cours, le Conseil constitutionnel ne se pencha pas sur l'intérêt général suffisant que devait poursuivre la loi de validation, mais constata le faible intérêt du requérant (le terrain appartenant à la ville de Paris), perdant de vue par là-même le droit à un procès équitable¹¹². A juste titre critiquée¹¹³, la Cour administrative d'appel de Paris n'a pu que constater la violation de l'article 6 CEDH : « *si cette validation législative repose sur des motifs d'intérêt général, tenant en particulier au fait que la création du musée présente un intérêt culturel, urbanistique, architectural et économique de nature à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation, lesdits motifs ne revêtent cependant pas, en l'espèce, un caractère impérieux, qui serait seul susceptible de justifier l'atteinte ainsi portée au droit à un procès équitable* »¹¹⁴.

c) Le droit protégé par la Convention EDH est constitutionnellement garanti

Deux domaines correspondent à cette convergence des garanties : la procédure pénale et l'impartialité du juge.

1- La procédure pénale

- Le statut du parquet

En vertu l'article 5 §3 CEDH, une personne arrêtée doit être présentée « aussitôt » devant « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». Dans l'arrêt de grande chambre *Medvedyev*, la Cour EDH a considéré que le ministère public qui peut poursuivre le prévenu dans la procédure pénale ne peut être qualifié de magistrat au sens de l'article 5 §3¹¹⁵. Dans l'arrêt *Moulin*, la Cour EDH a conclu que « *les membres du*

¹⁰⁷ CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 250167, *Epoux Draon*.

¹⁰⁸ Cour EDH, gde ch., 6 oct. 2005, n° 11810/03 *Maurice c. France* et n° 1513/03, *Draon c. France*.

¹⁰⁹ CE, 24 févr. 2006, n° 250704, *M^{me} Levenez* ; Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 2006, n° 02-13.775.

¹¹⁰ CE, 14 avril 2010, n° 329290, *Mme Lazare*, *RFDA* 2010. 696, concl. C. de Salins.

¹¹¹ Cons. const., déc. 2010-2 QPC, *Vivianne L.*, 11 juin 2010, .

¹¹² Cons. const., déc. 2011-224 QPC, 24 fév. 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne*.

¹¹³ FERRARI, S., « Retour des lois individuelles ? », *DA*, mai 2012, comm.52.

¹¹⁴ CAA Paris, 18 juin 2012, n° 11PA00758. Sur le fond, la Cour renverse le jugement et reconnaît la légalité du permis de construire (!)

¹¹⁵ Cour EDH, gde ch., 29 mars 2010, n°3394/03, *Medvedyev e.a. c. France*, §124.

ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat", au sens de l'article 5, § 3 »¹¹⁶. La Cour de cassation opéra immédiatement un revirement de jurisprudence¹¹⁷. Le Conseil constitutionnel a tiré les conséquences de l'arrêt *Moulin* appliqué à la garde à vue. Le Conseil a posé une réserve d'interprétation en considérant que « *si l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet (...) la privation de liberté (...) à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège* »¹¹⁸. En outre, lorsqu'à la fin d'une garde à vue, une personne est déférée et que dans l'attente d'être présentée devant l'autorité judiciaire de poursuite, elle est mise « *au petit dépôt* » du palais de justice sous la surveillance du procureur, « *la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire ne serait toutefois pas assurée si le magistrat devant lequel cette personne est appelée à comparaître n'était pas mis en mesure de porter une appréciation immédiate sur l'opportunité de cette rétention ; que, dès lors, ce magistrat doit être informé sans délai de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction* »¹¹⁹.

Le droit de la Convention européenne est intégré dans le moule constitutionnel, en ce sens que les magistrats du parquet sont toujours considérés comme appartenant à l'autorité judiciaire au sens de la Constitution, mais leur concours n'est plus suffisant pour respecter les exigences de la protection de la liberté individuelle¹²⁰. Il faut dès lors ajouter à la réglementation française. Le commentaire de la décision insiste sur la qualification d'autorité judiciaire des magistrats du parquet sans mentionner la jurisprudence de la CEDH alors que les deux réserves sont directement liées au fait que la seule responsabilité du procureur est désormais insuffisante. Il s'agit d'un exemple d'internormativité masquée. Dans le commentaire aux Cahiers relatif à la décision garde à vue du 30 juillet 2010, on remarquera la fermeté du ton concernant la conventionnalité des pouvoirs du procureur pour prolonger une garde à vue jusqu'à 48h, nonobstant son défaut de qualité de magistrat au sens de l'article 5-3 de la Convention, car la Cour EDH impose la présentation devant un magistrat d'une personne privée de liberté, en principe et au plus tard, le 4^e jour¹²¹. Le commentaire insiste sur la caractère « erroné » de la portée de l'arrêt *Medvediev*¹²². Cette mise au point souligne en retour l'importance de la jurisprudence de la Cour EDH sur celle du Conseil en matière pénale.

- **La garde à vue de droit commun**

Le Conseil constitutionnel a reconnu au gardé à vue les droits d'être informé qu'il pouvait garder le silence et d'être assisté d'un avocat dès le début des interrogatoires¹²³. La notification du droit de se taire qui dérive du droit à ne pas s'incriminer soi-même avait été

¹¹⁶ Cour EDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*, §57.

¹¹⁷ Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 : « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* ».

¹¹⁸ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC, 17 déc. 2010, *Michel F.*, cons.11.

¹¹⁹ Cons.10 de la décision *Michel F.* précitée.

¹²⁰ De même que la Chambre criminelle a immédiatement intégré l'arrêt *Moulin*, elle a énoncé qu'« *il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* », Cass. crim., 7 juin 2011, n° 11-90.034.

¹²¹ Cons. const., déc. 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *Daniel W.*

¹²² La Cour de cassation a jugé non sérieuse la QPC portant sur le pouvoir de contrôle des gardes à vue par le procureur en raison de sa qualité d'autorité judiciaire au sens des articles 64 et 66 de la Constitution en renvoyant à la décision du Conseil *Daniel W.* précitée, cass. crim., 4 avr. 2012, n° 12-90.010.

¹²³ Cons. const., déc. 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel W.*

supprimé par la loi du 18 mars 2003 en contradiction avec la jurisprudence établie de la CEDH. Concernant le droit à l'assistance d'un avocat, la Cour avait dit que « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment "concret et effectif" (...) il faut...que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police »¹²⁴. En outre, le Conseil constitutionnel n'était pas sans ignorer que le régime de la garde à vue faisait l'objet d'une affaire pendante devant la Cour EDH, laquelle conduisit au constat de la violation de l'article 6. Concernant une personne condamnée pour complicité de tentative d'assassinat sur la base d'éléments fournis par le condamné lors de sa garde à vue, la Cour a jugé qu'« il ressort ni du dossier ni des procès-verbaux des dépositions que le requérant ait été informé au début de son interrogatoire du droit de se taire, de ne pas répondre aux questions posées, ou encore de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait. Elle relève en outre que le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue (...) L'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention »¹²⁵.

Aussi bien dans le dossier documentaire que dans le commentaire, la jurisprudence de la Cour EDH est citée abondamment et analysée en détail. En présence de ce type de commentaire, la jonction entre le droit européen et le droit constitutionnel est opérée. La jurisprudence de la Cour EDH constitue le cadre dans lequel le droit constitutionnel évolue.

Dans le prolongement de sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil a décidé que le procureur de la République auquel une personne est déférée à l'issue de sa garde à vue sans la présence d'un avocat, ne saurait être autorisé « à consigner les déclarations de celui-ci sur les faits qui font l'objet de la poursuite dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution »¹²⁶.

Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel n'a pas abordé la question des pouvoirs de l'avocat dans le cadre de la garde à vue. Dans la décision garde à vue II validant la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la réforme de la garde à vue, le Conseil a considéré que « compte tenu des délais dans lesquels la garde à vue est encadrée, les dispositions de l'article 63-4-1 qui limitent l'accès de l'avocat aux seules pièces relatives à la procédure de garde à vue et aux auditions antérieures de la personne gardée à vue assurent, entre le respect des droits de la défense et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée »¹²⁷. La compatibilité avec les exigences de la CEDH reste à confirmer¹²⁸.

- La motivation des cours d'assises

¹²⁴ Cour EDH, gde ch., 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, §55: « sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat (...) il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ».

¹²⁵ Cour EDH, 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c. France*, §54.

¹²⁶ Cons. const., déc. 2011-125 QPC, 6 mai 2011, *Abderrahmane L.*, cons.13.

¹²⁷ Cons. const., déc. 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, *Elise A. e.a.*, cons.29.

¹²⁸ La Cour EDH a jugé que « l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer », Cour EDH, 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, §31 et 32.

L'absence de motivation des arrêts de cours d'assises qui n'existe plus depuis la loi n°2011-939 du 10 août 2011, avait été confortée par l'irrecevabilité de la requête de Papon, la Cour européenne relevant que le nombre et la précision des questions au jury, 768 au total, constituaient « *une trame sur laquelle s'est fondée sa décision (...) [permettant] de compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury* »¹²⁹. La condamnation de la Belgique dans l'affaire *Taxquet* aux motifs que les questions étaient vagues et peu individualisées, que le jury délibérait séparément des juges et qu'il n'existait pas d'appel, – trois éléments en principe différents du droit français – avait suscité l'interrogation sur une évolution de la jurisprudence de la Cour européenne que la grande chambre dissipa¹³⁰. C'est finalement dans cette situation assez confortable que le Conseil constitutionnel a déclaré le système relatif aux arrêts de cours d'assises conforme à la Constitution¹³¹. La décision est pourtant frappante par l'application que le Conseil constitutionnel apporte à sa motivation et qui fait contrepoint à l'attendu lapidaire de la Cour de cassation pour affirmer la conventionnalité des cours d'assises¹³². Les motifs de la décision font écho à la jurisprudence de la Cour EDH. L'absence de motivation des arrêts de cour d'assises n'est pas en tant que telle une cause d'inconstitutionnalité, mais le deviendrait si elle menait à une décision arbitraire¹³³. Pour éviter ce risque, le législateur doit mettre en place des garanties légales dont celle relative aux questions : « *il appartient au président de la cour d'assises et à la cour, lorsqu'elle est saisie d'un incident contentieux, de veiller, sous le contrôle de la Cour de cassation, à ce que les questions posées à la cour d'assises soient claires, précises et individualisées* »¹³⁴. Il est apparent que la jurisprudence de la Cour EDH détermine finalement le cadre d'analyse de l'examen de constitutionnalité.

2- L'impartialité du juge

Le Conseil a eu à se prononcer plusieurs fois sur l'impartialité des juridictions, témoignant d'un respect scrupuleux des exigences de la Convention EDH¹³⁵. L'illustration la plus significative est celle du juge des enfants. Ce dernier possède de nombreuses prérogatives dérogatoires au droit commun afin de s'assurer que le juge se prononce en ayant une connaissance aussi précise que possible de la situation du mineur et de sa personnalité. Le juge dispose d'une double compétence, civile par l'assistance éducative et pénale. S'agissant de cette dernière et à l'exclusion des crimes, il cumule les fonctions d'instruction et de jugement, voire même d'application des peines. La Cour de cassation avait jugé que s'agissant des sanctions pénales, « *le risque objectif de partialité...est compensé par la présence de deux assesseurs délibérant collégalement en première instance et par la possibilité d'un appel, déferé à une juridiction supérieure composée de magistrats n'ayant pas connu de l'affaire et dont l'un des membres est délégué à la protection de l'enfance* »¹³⁶. Alors que la question ne lui était pas posée, le Conseil se saisit d'office à l'occasion d'une QPC

¹²⁹ Cour EDH, déc., 15 novembre 2001, *Papon c / France*, n° 54210/00, §6f.

¹³⁰ Cour EDH, 13 janv. 2009, *Taxquet / Belgique*, n° 926/05, confirmé en grande chambre le 16 novembre 2010, mais avec une motivation construite différemment.

¹³¹ Cons. const., déc. 2011/113-115 QPC, 1^{er} avril 2011, *Xavier P. e.a.*

¹³² Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 08-86.480 : « *dès lors qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats, l'arrêt satisfait aux exigences légales et conventionnelles invoquées* ».

¹³³ Cons.11 de la décision *Xavier P.* précitée : « *l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire* ». Comp. : « *la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et...l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire* », arrêt de grande chambre *Taxquet* précité, §90.

¹³⁴ Cons.15 de la décision *Xavier P.* précitée.

¹³⁵ Cons. const., déc. 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*, sur la composition de la commission départementale d'aide sociale ; Cons. const., déc. 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. e.a.*, sur les tribunaux maritimes.

¹³⁶ Cass. crim., 8 nov. 2000, n° 00-80.377.

pour sanctionner dans son volet pénal, l'impartialité du juge des enfants caractérisée par la double fonction d'instruction et de jugement¹³⁷. En revanche, en matière civile, l'atteinte à l'impartialité est justifiée par l'intérêt du mineur. Cette saisine d'office est liée à la prise en compte de l'arrêt *Adamkiewicz* du 2 mars 2010, dans lequel la Cour EDH a condamné le système polonais qui avait conduit un juge aux affaires familiales à se saisir lui-même pour instruire seul l'enquête d'un crime sur mineur par un autre mineur et de siéger en qualité de président pour reconnaître la culpabilité du mineur et le condamner¹³⁸. La double fonction n'est pas interdite en tant que telle ; la Cour applique le critère prépondérant de « *l'usage ample des fonctions d'instruction* ». Le Conseil a donc tranché dans le vif sans vouloir distinguer¹³⁹. La référence appuyée à l'arrêt *Adamkiewicz* dans le commentaire de la décision montre son impact déterminant, mais permet également au Conseil de justifier sa position par rapport à celle prise antérieurement par la Cour de cassation.

2) Le changement de la qualité du dialogue entre le Conseil et la Cour EDH

Devant la Cour EDH, la jurisprudence du Conseil constitutionnel avait été rarement évoquée avant la QPC¹⁴⁰. Depuis son existence, les décisions QPC sont systématiquement intégrées dans les arrêts de la Cour EDH lors de la présentation de la jurisprudence nationale relative à l'interprétation de la disposition litigieuse. Sont concernées les affaires portant sur le recours devant la Cour nationale du droit d'asile¹⁴¹, l'adoption simple de l'enfant mineur du conjoint¹⁴², l'inscription au Fichier national automatisé des emprunts génétiques et de la peine prononcée à la suite du refus de se soumettre au prélèvement ADN¹⁴³, les sanctions fiscales forfaitaires¹⁴⁴ et l'effet dans le temps d'une déclaration d'inconventionnalité¹⁴⁵. Dans le cadre de la présentation par la Cour EDH du droit interne pertinent de l'Etat partie en cause, l'introduction des décisions QPC est en soi naturelle. Néanmoins, du point de vue de la

¹³⁷ Cons. const., déc. 2011-147 QPC, 8 juil. 2011, *M. Tarek J.* Dans le même sens concernant le nouveau tribunal correctionnel des mineurs, Cons. const., déc. 4 août 2011, 2011-635 DC.

¹³⁸ Cour EDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, n°54729/00.

¹³⁹ Sur la portée de la jurisprudence Cour EDH et de l'arrêt *Adamkiewicz* sur le droit français, voir BONFILS, Ph., « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2010, p.1324 et « L'impartialité du juge des enfants », *RFDC* 2012, n° 89, p. 168-171.

¹⁴⁰ Mis à part l'affaire *Zielinski* sur les lois de validation, citons la référence au raisonnement de la décision du Conseil du 25 février 1992 sur l'atteinte à la liberté individuelle du fait du maintien par l'autorité administrative d'un demandeur d'asile pendant une longue durée dans une zone de transit (Cour EDH, 25 juin 1992, n°19776/92, *Amuur c. France*, §45) ou l'entière reprise du raisonnement du Conseil sur la validité des modalités d'indemnisation des emprunts russes non remboursés après la révolution de 1917, Cour EDH, déc., 24 oct. 2000, n°57071/00, *Thivet c. France*.

¹⁴¹ Cour EDH, 2 fév. 2012, n°9152/09, *I.M. c. France*.

¹⁴² Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07.

¹⁴³ Cour EDH, déc., 8 fév. 2011, *Barreau e.a.c / France*, n°24697/09. Concernant la condamnation des faucheurs d'OGM, la Cour EDH a demandé un complément d'information avant de se prononcer sur la recevabilité du grief d'atteinte au respect de la vie privée. La Cour EDH mentionne la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2010 validant ce fichier, cons. const., déc. 2010-25 QPC, *Jean-Victor C.* (voir cons. 16 sur la vie privé, le commentaire aux Cahiers ne fait pas référence à la jurisprudence de la Cour EDH).

¹⁴⁴ Cour EDH, 7 juin 2012, n°4837/06, *Segame SA c/ France*.

¹⁴⁵ Cour EDH, déc., 12 avril 2011, *Tissier c/ France*, n°60681/10. Lorsque la loi inconstitutionnelle est également inconventionnelle, la séparation des contrôles n'est pas sans présenter des éventuelles interférences temporelles. Dans sa décision du 30 juillet 2010 relative à l'inconstitutionnalité de la garde à vue, le Conseil constitutionnel a jugé qu'une réforme législative devait intervenir au plus tard le 1^{er} juillet 2011. En octobre 2009, dans le cadre d'une garde à vue sans assistance d'un avocat, une personne a avoué s'être livrée à un trafic de stupéfiants. En octobre 2010, la Cour de cassation a reconnu que « *la chambre de l'instruction a méconnu le texte conventionnel (...) toutefois...ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice. Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi (...) au plus tard, le 1^{er} juillet 2011* »¹⁴⁵. La Cour EDH a jugé provisoirement irrecevable la requête car la personne en cause n'a pas encore été jugée au fond.

relation entre le Conseil et la Cour, l'insertion systématique des décisions du Conseil, montre le contrôle indirect par la Cour EDH¹⁴⁶ de l'interprétation du Conseil, mais surtout, opère la jonction entre les deux juridictions.

Lorsque le Conseil ignore la Convention européenne, il n'y a pas à proprement parler de dialogue entre le Conseil et la Cour. La Cour décide seule de l'interprétation à donner, le juge administratif ou judiciaire prendra acte. Une illustration est le sort du recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) du requérant qui a été éloigné de la France. Dans le cadre d'une procédure accélérée en matière d'immigration, la procédure prioritaire d'asile, le séjour du demandeur est assuré uniquement jusqu'à la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides qui se prononce dans un délai très bref et non, comme dans le cas d'une procédure normale, jusqu'à la décision de la CNDA. Le recours devant cette dernière n'est donc pas suspensif et le requérant débouté peut être éloigné. La mesure d'éloignement peut être contestée devant le TA qui se prononce également dans un délai de quelques jours ; l'appel n'est pas suspensif. En 1993, le Conseil constitutionnel a validé cette procédure en considérant que le droit à un recours effectif n'implique pas que le requérant doive demeurer sur le territoire national¹⁴⁷. Cependant, l'interprétation de ces dispositions par l'ancienne Commission des recours pour les réfugiés, reprise par la CNDA, a rendu la situation ubuesque : « *le retour involontaire dans son pays d'origine d'un requérant, qui n'a pas entendu renoncer à sa demande de protection, a pour conséquence d'interrompre provisoirement l'instruction de son affaire dès lors que le recours est, dans ces conditions, temporairement sans objet ; qu'il appartiendra à son auteur, en cas de retour en France, de s'adresser à la Cour afin qu'il y soit statué* »¹⁴⁸. Un requérant réussi néanmoins à se maintenir en France au bénéfice d'une mesure provisoire octroyée par la Cour EDH. Saisi de la constitutionnalité de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré que la condition de changement de circonstances pour apprécier de nouveaux la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse n'était pas remplie car « *la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État* »¹⁴⁹. On peut s'interroger sur la pertinence d'esquiver la question car la Cour EDH releva qu' « *une fois le requérant éloigné, la CNDA, selon sa jurisprudence constante, récemment confirmée par le Conseil Constitutionnel, aurait conclu au non-lieu à statuer* »¹⁵⁰. Ensuite, la Cour EDH sanctionna le manque d'effectivité du système des différents recours¹⁵¹. Ronny Abraham avait souligné qu' « *il importe au plus haut point de prévenir deux risques : celui d'exposer la République à des condamnations par la Cour européenne ; celui (...) de vider de sa portée pratique le principe de subsidiarité sur lequel repose le système de recours juridictionnel institué par la Convention* »¹⁵². Ce qui vaut pour le juge administratif peut parfois valoir pour le juge constitutionnel¹⁵³.

¹⁴⁶ La Cour EDH a cité la décision du Conseil constitutionnel relative à la validation du système du taux unique de la sanction fiscale et a ensuite confirmé la conventionnalité de ce système en jugeant que le requérant a pu contester le bien fondé de la sanction, laquelle n'est pas disproportionnée et relève « *le caractère particulier du contentieux fiscal impliquant une exigence d'efficacité nécessaire pour préserver les intérêts de l'Etat et observe, en outre, que ce contentieux ne fait pas partie du noyau dur du droit pénal au sens de la Convention* », Cour EDH, 7 juin 2012, n°4837/06, *Segame SA c/ France*, §59.

¹⁴⁷ Cons. const., déc. 13 août 1993, 93-325 DC, cons.87.

¹⁴⁸ CNDA, 20 avril 2009, n° 598533.

¹⁴⁹ Cons. const., déc. 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A.*, cons.9.

¹⁵⁰ Cour EDH, 2 fév. 2012, n°9152/09, *I.M. c. France*, §100.

¹⁵¹ Arrêt *I.M. c. France* précité, §148, 154 et 156.

¹⁵² Conclusions sous l'arrêt *Bizoutet*, *RFDA* 1998, n°6, p.1243.

¹⁵³ La France avait été alertée de la violation manifeste du droit à un recours effectif par le Commissaire européen aux droits de l'homme, le Comité européen pour la prévention de la torture, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et le Comité des Nations Unies contre la torture, voir Cour EDH, 2 fév. 2012, n°9152/09, *I.M. c. France*, §77 à 81.

La QPC renforce les capacités d'influence du Conseil sur la Cour EDH. Dès lors que le Conseil a l'opportunité de se prononcer avant la Cour EDH, il peut argumenter sa propre position. Il est certain en retour que la Cour EDH, saisie ultérieurement, portera la plus grande attention à cette position, ne serait-ce que parce qu'elle émane de la plus haute juridiction d'un Etat partie. Ce rôle plus actif offert au Conseil devrait, s'il l'utilise, le conduire à porter une grande attention à sa motivation. Dans ce cadre, on peut escompter une motivation plus nourrie qui pourrait avoir des répercussions sur la méthode de motivation des décisions de Conseil.

A cet égard, doit être mentionné le contentieux relatif au PACS. Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe¹⁵⁴ et du droit réservé au seul couple marié d'adopter, sous sa forme simple, l'enfant mineur du partenaire¹⁵⁵. Le Conseil a affirmé que le principe du mariage homosexuel relevait de l'unique appréciation du législateur en harmonie avec l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, dans lequel la Cour EDH a laissé aux Etats parties le libre choix de reconnaître ce mariage¹⁵⁶. Dans ce même arrêt, la Cour estime néanmoins que le couple homosexuel relève désormais « de la notion de vie familiale »¹⁵⁷ et que, lu en combinaison avec le principe de non-discrimination s'agissant de la différence entre les droits attachés au mariage et ceux issus d'une autre union contractuelle, « les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique » que le mariage¹⁵⁸. Cette approche pouvait laisser augurer d'une comparabilité des situations alors que le Conseil constitutionnel a examiné séparément le moyen fondé sur la vie familiale et celui de l'égalité devant la loi, jugeant à propos de ce dernier que les couples étaient dans une situation différente selon la volonté du législateur¹⁵⁹.

La position du Conseil constitutionnel ne semble toutefois pas s'écarter de la jurisprudence de la Cour EDH en raison du flottement de la motivation sur l'application du principe de non-discrimination. En effet, dans d'autres arrêts, la Cour EDH a reconnu la non comparabilité des situations. A la suite du décès d'une personne engagée dans un PACS, son partenaire sollicitait le bénéfice de la réversion de la pension du conjoint survivant. La Cour a déclaré irrecevable la demande au motif que le requérant n'est pas « dans une situation analogue ou comparable à celle d'un conjoint survivant »¹⁶⁰. En outre, la Cour EDH a suivi la décision du Conseil constitutionnel relative à l'adoption de l'enfant du partenaire en jugeant que s'agissant de deux femmes liées par un PACS, « en matière d'adoption par le second parent

¹⁵⁴ Cons. const., déc. 2010-92 QPC, 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. e.a.*

¹⁵⁵ Cons. const., déc. 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*

¹⁵⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c. Autriche*, §61 : « prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé (...) Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats ».

¹⁵⁷ Arrêt *Schalk et Kopf* précité, §94.

¹⁵⁸ *Ibid.*, §108.

¹⁵⁹ Cons. const., déc. 2010-92 QPC, 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. e.a.*, respectivement cons.8 et 9 : « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe » et « la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ». Cons. const., déc. 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons.9 : « le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ».

¹⁶⁰ Cour EDH, déc., 21 sept. 2010, aff. 66686/09, *Manenc c. France*. Pourtant, l'intérêt légitime de la protection de la famille fondée sur les liens du mariage ne justifie pas de refuser de manière générale la transmission d'un bail à un concubin de même sexe, Cour EDH, 2 mars 2010, n°13102/02, *Kozak c. Pologne*, §92.

(...) les requérantes [ne] se trouvent [pas] dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés »¹⁶¹. Au-delà de l'harmonie des solutions, il est intéressant de relever la prise en compte par la Cour EDH des décisions du Conseil avec une référence particulièrement appuyée dans la décision d'irrecevabilité *Manenc* : le PACS « *reste, comme l'a également affirmé le Conseil constitutionnel, "étranger au mariage" dont il diffère spécialement, qu'il s'agisse de ses conditions de conclusion, de sa portée, notamment sur le plan successoral, ainsi que de sa rupture, laquelle peut résulter d'une simple déclaration unilatérale de l'un des partenaires* ». Dans l'arrêt *Gas et Dubois*, la Cour fait référence à la décision du Conseil dans la présentation de la jurisprudence interne pertinente avant d'en confirmer entièrement la solution.

Entre le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel faisant état de la jurisprudence de la Cour EDH, la décision proprement dite et sa reprise systématique par la Cour EDH, se forme une narration continue sur le rapport entre les droits fondamentaux constitutionnels et européens.

Enfin, il semblerait que les commentaires des décisions du Conseil constitutionnel commencent à faire apparaître ce sur ce quoi s'interrogeait Olivier Dutheillet de Lamotte : « *une question ouverte pour l'avenir (...) savoir si le Conseil constitutionnel ne devrait pas un jour faire de façon explicite ce qu'il fait déjà de façon implicite, c'est-à-dire une interprétation du préambule de la Constitution à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁶². Dans les commentaires des décisions, la CEDH est de plus en plus utilisée pour conforter la décision du Conseil, qu'il s'agisse d'une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité de la loi. Le droit de la Convention participe de l'explication et de la justification de la solution retenue par le Conseil constitutionnel. Parmi beaucoup d'autres exemples, il y a le cas de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 instituant une nouvelle qualification de viol et d'agression sexuelle incestueuse sans qu'elle ne constitue ni une nouvelle incrimination ni une aggravation des peines encourues. Il s'agissait d'appliquer cette nouvelle qualification aux procédures en cours afin de déclencher des mesures de suivi des victimes et disposer de données statistiques. Cependant, la qualification d'inceste est jugée contraire au principe de légalité des délits et des peines en raison de l'absence d'une définition précise des personnes au sein de la famille soumises à l'interdiction¹⁶³. Dans le commentaire aux *Cahiers* est citée la jurisprudence de la Cour EDH relative au principe de clarté de la loi, sa qualité devant permettre au citoyen de régler sa conduite. La référence à la jurisprudence de la Cour vient conforter la condamnation du Conseil.

*

Le réagencement des rapports entre juridictions sous l'impact de la QPC conduit à réinterroger la place des juridictions suprêmes au sein d'une architecture juridictionnelle qu'il conviendra sans doute à terme de réinventer et a minima aujourd'hui de remettre en perspective. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat se trouvent en effet aujourd'hui au cœur d'un mécanisme source d'ambiguïté quant à leur rôle.

¹⁶¹ Cour EDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, §68.

¹⁶² DUTHEILLET DE LAMOTHE, O., « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

¹⁶³ Cons. const., déc. 2011-163 QPC, 16 sept. 2011, *Claude N.*

Section 2 : Un réagencement source d'ambiguïté pour les juridictions suprêmes

Ce réagencement des rapports inter-juridictionnels initié par l'introduction de la QPC est facteur d'ambiguïté pour les juridictions suprêmes dans la mesure où elles sont confrontées directement et exclusivement au Conseil constitutionnel lorsqu'elles décident de renvoyer une QPC soit parce qu'une question transmise jugée « sérieuse » ou « nouvelle » peut ne pas avoir les faveurs du Conseil constitutionnel, soit parce que le Conseil s'autorise à contrôler non seulement les dispositions législatives en tant que telles mais aussi l'interprétation de ces dispositions telle qu'elle résulte d'une jurisprudence constante des juridictions suprêmes¹⁶⁴. Est dès lors entamé le monopole historique de l'interprétation authentique de la loi qui avait été confié à la Cour de cassation après la suppression du référé législatif et que le Conseil d'Etat s'était attribué logiquement dans l'ordre administratif au titre de juridiction suprême de cet ordre. Il serait facile de considérer que la résistance dont a pu faire preuve la Cour de cassation à l'égard de la QPC dans les premiers temps de sa mise en œuvre tient exclusivement à cette perte du monopole de l'interprétation authentique de la loi. Même si ce facteur a joué un rôle dans certaines prises de position de la Cour de cassation¹⁶⁵, il convient de dépasser les apparences et de prendre en compte l'ensemble des facteurs qui contribuent aujourd'hui à un repositionnement des Cours suprêmes sous l'impact de la QPC. Ces facteurs conduisent à nuancer la perte de pouvoir de ces juridictions en constatant, d'une part que la QPC a eu comme conséquence de les renforcer dans leur office de Cour suprême (§1) tout en les infériorisant de manière inégale dans leur rapport à la loi en raison de la spécificité de l'office de chacune (§2).

§1 : Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême

Gilles TOULEMONDE¹⁶⁶, Isabelle THUMEREL¹⁶⁷, David GALATI¹⁶⁸

A) Un office confirmé

La QPC a paradoxalement, malgré ce qui a pu parfois être dit sur l'emprise du Conseil constitutionnel et de l'ordre constitutionnel sur les ordres administratif et judiciaire, renforcé l'office des juridictions dans leur positionnement au sommet de leur ordre juridictionnel. Plusieurs éléments permettent de confirmer ce constat. D'une part, parce que la procédure introduite par le constituant et le législateur organique, les positionne clairement au sommet, les juridictions du fond ne pouvant pas saisir le Conseil constitutionnel sans leur ultime filtrage : elles sont les seuls « passeurs de QPC ». C'est une différence importante par rapport au contrôle de conventionnalité où les juridictions suprêmes peuvent ne pas être appelées à se prononcer en l'absence de pourvoi en cassation. Dans le cadre de la QPC, en revanche, les juridictions suprêmes filtrent nécessairement toute relation potentielle entre une juridiction du

¹⁶⁴ Cons. const., 6 octobre 2010, 39 QPC, *Adoption au sein d'un couple non marié*, § 2 : « 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 »

¹⁶⁵ Qu'il s'agisse de l'affaire *Melki*, de la garde à vue ou des suites de l'affaire *Perruche*, *Supra*, et MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de la cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83.

¹⁶⁶ Maître de Conférences – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2

¹⁶⁷ Maître de Conférences, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale

¹⁶⁸ Maître de Conférences, ERDP – CRDP, Université de Lille 2

fond et le Conseil constitutionnel. D'ailleurs, les juridictions suprêmes, en toute logique, ne « suivent » pas souvent la position des juges du fond, ne procédant au renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel que dans moins d'un quart des cas. Le verbe « suivre » n'est, qui plus est, pas totalement satisfaisant pour traduire la relation entre juges du fond et juges suprêmes dans la mesure où les dispositions organiques n'organisent pas le filtrage de façon identique aux différents degrés de juridiction. D'autre part, les juridictions suprêmes peuvent, lorsqu'elles ont à se prononcer sur une QPC, délivrer des consignes aux juridictions du fond qui relèvent d'elles, ce qui renforce leur place au sommet de la hiérarchie de leur ordre juridictionnel. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 16 juillet 2010, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle rejeté une QPC pour défaut de caractère sérieux, tout en confiant aux cours d'appel un rôle précis : « *la question ne présente pas de caractère sérieux, dès lors que les textes visés ne font pas obstacle à la réparation intégrale du dommage causé à la partie civile, la cour d'appel devant rechercher, sur le seul appel de la partie civile du jugement déclarant l'action publique éteinte par l'effet de la prescription, si les faits déférés constituent une infraction pénale, les qualifier et prononcer sur l'action civile*¹⁶⁹ »¹⁷⁰.

B) Un office enrichi de manière asymétrique

Ce constat dépend du type d'arrêt rendu par les deux juridictions suprêmes. Il faut par conséquent distinguer les arrêts de renvoi (1) de ceux par lesquels les juridictions suprêmes refusent de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel (arrêts de non renvoi) (2).

1) Un contrôle de constitutionnalité effectif pour les décisions de non-renvoi

a) Un contrôle diffus limité au caractère sérieux de l'inconstitutionnalité

1- Un brevet de constitutionnalité relatif

L'instauration de la QPC a véritablement permis au contrôle de constitutionnalité des lois d'être en réalité exercé non plus seulement par le Conseil constitutionnel mais également désormais par les juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire. La QPC a donc entraîné le passage d'un contrôle « concentré » de constitutionnalité des lois au bénéfice du seul Conseil constitutionnel à un contrôle « diffus ». Cependant cette évolution n'est pas totale car le constituant et le législateur organique s'y sont opposés. En effet, les juges suprêmes des deux ordres juridictionnels ne peuvent juger de la constitutionnalité des lois, grâce au mécanisme de la QPC, que dans un sens positif. Ils ne disposent pas du pouvoir de décider de l'inconstitutionnalité d'une loi ; ils peuvent en revanche, lui décerner un « brevet de constitutionnalité ». Il s'agit d'ailleurs bien d'un « brevet de constitutionnalité » et non d'une « déclaration de constitutionnalité ». En effet, les deux cours suprêmes ne concluent pas leurs décisions en affirmant que telle ou telle disposition législative est conforme à la Constitution mais que la question ne présente pas un caractère sérieux. Ainsi, par exemple, dans son arrêt n°10-90115 du 4 janvier 2011, la chambre criminelle de la Cour de Cassation affirme : « *Attendu qu'il résulte de l'article contesté [article 135-2 du Code de procédure pénale] que la personne arrêtée par les services de police ou de gendarmerie, après le règlement de l'information, en exécution d'un mandat d'arrêt, fait l'objet d'une rétention*

¹⁶⁹ Souligné par nous.

¹⁷⁰ Cass., Crim., 16 juillet 2010, n° 10-90085.

dont est immédiatement informé le procureur de la République ; que cette rétention est opérée non en vue de son interrogatoire, mais seulement aux fins de conduite, dans un délai de vingt-quatre heures au plus, auprès de ce magistrat qui la présente devant le juge des libertés et de la détention ; qu'ainsi, cette rétention ne requiert pas l'intervention d'un avocat, la garantie effective des droits de la défense ne pouvant être utilement mise en œuvre, à l'occasion de l'exécution d'un mandat d'arrêt, qu'au stade de la comparution devant le juge des libertés et de la détention, dans les conditions prévues par l'article 135-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale ; qu'ainsi, à l'évidence, le législateur n'a pas méconnu les principes posés par les articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; Attendu qu'en conséquence, la question posée ne revêt pas un caractère sérieux¹⁷¹ ».

Par ailleurs, ce « brevet de constitutionnalité » peut être, le cas échéant, remis ultérieurement en cause du fait de requérants opiniâtres ou de conseils avisés qui finissent par obtenir du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, de guerre lasse, le renvoi d'une question portant sur une disposition systématiquement contestée du point de vue de sa constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel saisi pourrait être alors amené à « désavouer » la position adoptée dans un premier temps par le juge suprême de l'ordre devant lequel la question a été posée. On le constate, la portée des décisions par lesquelles une loi est dite conforme à la Constitution n'est pas la même selon qu'elles sont rendues par le Conseil constitutionnel ou par l'un des juges suprêmes des deux ordres juridictionnels. On doit sans doute rappeler ici le caractère absolu de l'autorité des décisions des juges de la rue Montpensier et le caractère relatif de l'autorité des décisions rendues par les juges judiciaires et administratifs (fussent-ils suprêmes) statuant sur des questions prioritaires de constitutionnalité. Si le cas de figure présentement évoqué devait se produire et si, de surcroît, il venait à être réitéré, se poserait avec davantage d'acuité la question de la mutation du Conseil constitutionnel en une sorte de Cour suprême ; mutation qui participerait inmanquablement au réagencement de l'architecture juridictionnelle française. Mais une telle éventualité n'a probablement échappé ni aux juges du Palais-Royal ni à ceux du Quai de l'Horloge qui, selon toute probabilité, ne rendront pas nécessairement les armes aussi aisément et aussi promptement que les justiciables et leurs conseils pourraient le souhaiter. En toute état de cause, la méthode actuellement suivie par les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels est simple : saisies d'une QPC par un justiciable directement ou par une juridiction du fond, ils refusent de la renvoyer au Conseil constitutionnel pour défaut de caractère sérieux.

Les refus de transmission sont nombreux, et il faut d'ailleurs s'en féliciter : le législateur vote de nombreuses lois en conformité avec la Constitution. Parmi ces décisions de rejet, certaines sont prises sur des fondements n'entraînant pas un contrôle de constitutionnalité : si la disposition législative contestée a déjà été déclarée conforme à la Constitution ou si elle n'est pas applicable au litige par exemple. Mais lorsque le fondement du refus de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel est le défaut de caractère sérieux, là, le plus souvent¹⁷², il y a véritablement un contrôle de constitutionnalité qui est opéré par les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels. Le fait a pu être relevé à propos de décisions emblématiques qui, pour certaines, défrayèrent la chronique. On pense notamment ici à la décision de la Cour de cassation à propos de la loi Gayssot¹⁷³ ou encore à la décision du Conseil d'Etat relative au

¹⁷¹ Souligné par nous.

¹⁷² Les juridictions suprêmes opèrent le plus souvent un contrôle de constitutionnalité pour établir le défaut de caractère sérieux mais, il peut arriver, en de rares hypothèses, que ce ne soit pas le cas. Ainsi, dans sa décision n°10-85678 du 10 novembre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fondé son refus de renvoi au Conseil constitutionnel sur l'absence de caractère sérieux mais sans pour autant procéder à un contrôle de constitutionnalité. En effet, en l'espèce, elle est parvenue à la conclusion que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle vise, en réalité, à préciser le champ d'application de l'article 2 du Code de procédure pénale, au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire ».

¹⁷³ Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

dualisme fonctionnel de la Haute juridiction administrative¹⁷⁴. Mais le fait est tout aussi patent s'agissant de décisions moins médiatiques¹⁷⁵.

2- L'importance des non renvois pour irrecevabilité manifeste

Si dans tous les cas d'un refus de renvoi sur le fondement du défaut de caractère sérieux les juridictions suprêmes opèrent un contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives contestées, il est néanmoins des hypothèses où les arguments soulevés par le requérant sont tellement farfelus ou si peu fondés que ce contrôle de constitutionnalité pourrait presque passer inaperçu, un peu comme dans la théorie de l'acte clair.

On en trouve une illustration topique dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 juillet 2010, n° 338914. Selon la Haute juridiction, les dispositions du 1 du I de l'article 1517 du Code général des impôts « *ne présentent pas de difficulté particulière d'interprétation qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que par suite, et en tout état de cause, le moyen tiré de ce qu'elles méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne soulève pas de contestation sérieuse ; (...)* d'autre part, ces dispositions ne privent le contribuable d'aucune des voies de recours dont il dispose pour contester son imposition ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que ces dispositions méconnaîtraient le principe constitutionnel du respect des droits de la défense procédant des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne saurait être regardé comme sérieux ». La Cour de cassation procède de façon identique, opérant un contrôle presque de l'évidence de la constitutionnalité de la disposition législative contestée. Elle le fait d'ailleurs avec des termes sans aucune ambiguïté sur la nature du contrôle opéré : ainsi relève-t-elle, par exemple, que « *la question posée ne présente pas de caractère sérieux en ce que les termes "réitération de pratiques prohibées" sont suffisamment précis au regard de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi qui s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition* »¹⁷⁶ ou que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le déplafonnement du prix du bail renouvelé (...) n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les preneurs à bail commercial qui, tous, peuvent demander, à l'expiration de leur bail d'une durée contractuelle de 9 ans, son renouvellement et ainsi ne pas laisser le bail se proroger tacitement plus de 12 ans* »¹⁷⁷. Le caractère assez « cinglant » des termes de la Cour de cassation peut peut-être s'expliquer par le fait qu'elle a été, dans les deux cas, saisie d'une QPC soulevée pour la première fois en cassation. En effet, dans les deux cas le pourvoi en cassation était pendant au moment de l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle. En conséquence, le contrôle de la question « *non dépourvue de tout caractère sérieux* » n'a pas pu être fait à l'occasion d'un premier filtrage qui n'a pas eu lieu. Il est alors possible de rapprocher le filtrage opéré en l'espèce par la Cour de cassation de celui normalement opéré par le juge du fond. L'arrêt de la chambre criminelle n°10-80895 du 9 février 2011, postérieur aux deux exemples précédents, semble confirmer une telle explication. En effet, là encore, la QPC a été soulevée pour la première fois en cassation et le pourvoi était pendant au moment de l'entrée en vigueur de ce mécanisme. Et la Cour de cassation affirme : « *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions de l'article 447 du Code des douanes, qui, à l'évidence*¹⁷⁸, *ne méconnaissent aucun des principes invoqués, n'ont pas pour objet d'interdire aux parties de faire la preuve des éléments de fait*

¹⁷⁴ CE, 16 avril 2010, n°320667.

¹⁷⁵ Voir par exemple pour le Conseil d'Etat : CE, 7 juin 2010, n°338531 ; 25 juin 2010, 339082, 339842, 336708 (trois espèces). Pour la Cour de cassation : Cass. Plén., 7 mai 2010, n°09-15034 ou encore Cass. Plén., 8 juillet 2010, 10-40013.

¹⁷⁶ Cass., Com., 17 septembre 2010, n° 10-13686.

¹⁷⁷ Cass., Civ. 3, 5 octobre 2010, n° 10-14091. Souligné par nous.

¹⁷⁸ Souligné par nous.

essentiels pour leur défense devant un tribunal impartial et indépendant qui conserve le contrôle de la procédure ».

En revanche, il est de nombreuses hypothèses où les juridictions suprêmes ont investi totalement le contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives contestées. Elles ont alors décortiqué les textes de la même façon que l'aurait fait le Conseil constitutionnel ou utilisé les mêmes techniques que les juges de la rue Montpensier.

b) Le décorticage des textes à l'occasion de l'examen de recevabilité

Lorsque les juridictions suprêmes ont à statuer sur le caractère sérieux ou non de la QPC posée devant elles, elles décortiquent parfois les textes tant les arguments soulevés par les requérants soulèvent d'importantes questions. Ce décorticage est d'autant plus nécessaire que la loi organique du 10 décembre 2009 a mis en place des conditions de filtrage différentes selon qu'il est statué sur la QPC soit par les juridictions suprêmes soit par les juridictions du fond. Or, pour transmettre une QPC à sa juridiction suprême une juridiction du fond doit examiner si la question « *n'est pas dépourvue de caractère sérieux* », tandis que les juridictions suprêmes doivent examiner si la question « *présente un caractère sérieux* ». La nuance est importante ; elle exige de la part des juridictions suprêmes un examen plus approfondi des dispositions législatives contestées.

Cet examen approfondi entraîne souvent une motivation importante de la décision de ne pas renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. Cette motivation retrace l'analyse fine de chacun des termes des dispositions législatives en cause, elle évalue également ces dispositions à l'aune d'autres dispositions législatives pouvant en limiter la portée. Cette combinaison des dispositions législatives contestées avec d'autres dispositions législatives permet aux juridictions suprêmes en quelques sortes de vider de leur fiel les dispositions contestées. Il s'agit là d'un contrôle juridictionnel classique, qui s'apparente, dans ses effets, à certaines techniques propre au contrôle de constitutionnalité et, singulièrement, à la technique des réserves d'interprétation (cf. *infra*).

Cette façon de décortiquer les textes et de les combiner entre eux est plus souvent l'apanage du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation. On peut prendre pour exemple différentes décisions du Conseil d'Etat qui font l'objet d'un décorticage précis des textes et d'une combinaison avec d'autres dispositions législatives : l'arrêt du 8 juin 2010, n°327062, celui du 29 septembre 2010, n° 341685, celui du 23 juillet 2010, n° 339595 ou celui du 4 octobre 2010, n° 341845. La Cour de cassation peut, parfois, agir de la même manière¹⁷⁹. De ce point de vue, on peut remarquer que les juridictions suprêmes peuvent ne pas prendre la peine de préciser exactement les dispositions qu'elles combinent avec celles qui font l'objet d'une QPC. Ainsi en est-il du Conseil d'Etat dans une décision du 24 juin 2010 (req. n°336106) lorsqu'il considère que « la disposition contestée ne porte aucune atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnelle en ce que le Code (*des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre*)¹⁸⁰ (...) dont est issu la disposition met en place une procédure en adéquation avec les droits et libertés dont la violation est invoquée ». Il en va de même dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 25 janvier 2011 (n°10-90119) dans lequel elle se prononce sur une QPC relative à l'article L 235-4 II du Code de la route. Elle y explique : « *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, si, conformément aux dispositions de l'article L. 235-4 II du Code de la route, le juge qui prononce une condamnation pour l'infraction susvisée, commise en état de récidive légale, est tenu de prononcer l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la*

¹⁷⁹Cass. crim., 8 juillet 2010, n°10-90048 et n°09-97205 (deux espèces)

¹⁸⁰ La précision est apportée par nous.

délivrance d'un nouveau permis de conduire, il peut, outre la mise en œuvre des dispositions du Code pénal relatives aux dispense et relevé des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans ; que, dans ces conditions, le juge n'est pas privé du pouvoir d'individualiser la peine ». La Cour de cassation prend donc en considération les « dispositions du Code pénal relatives aux dispense et relevé des peines » sans préciser les articles du Code pénal qui contiennent ces dispositions. On retrouve une attitude similaire dans une série de décisions, de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation du 18 juin 2010 (10-80181, 10-81163, 10-81164, 10-81165, 10-81166) où la haute juridiction invoque *in fine* les procédures civiles d'exécution, qui assurent la sauvegarde des droits de la personne concernée. L'exploitation des règles de la procédure civile d'exécution vient alors anéantir l'éventuelle inconstitutionnalité de la disposition contestée¹⁸¹. La combinaison peut, de surcroît, faire intervenir une décision du Conseil constitutionnel. On en trouve un exemple avec une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 mai 2010 (pourvoi n°09-82582, arrêt n°12022). En l'espèce, la Cour de cassation avait été saisie d'une QPC portant sur une disposition¹⁸² à laquelle une autre disposition¹⁸³ déjà déclarée conforme à la Constitution¹⁸⁴ renvoie. La Cour de cassation estime alors que par sa décision, le Conseil constitutionnel "a nécessairement validé" la disposition contestée par la voie d'une QPC. La Cour souligne par ailleurs, que les dispositions contestées "n'ont pas été explicitement et directement déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et dispositifs d'une décision du Conseil constitutionnel"¹⁸⁵. En conséquence, elle fonde son non-lieu à renvoi sur l'absence de caractère sérieux (constitutionnalité impliquée de la disposition) et non sur le non-respect de la deuxième condition de renvoi (la disposition contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances).

On trouve également une exploitation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans une décision du Conseil d'Etat du 18 juin 2010 (n°338344). Etait contesté l'article 42-4 de la loi de 1986 relative à la liberté de communication¹⁸⁶. Cette disposition avait été introduite par une loi de 1989 qui avait fait l'objet de la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, décision dite "Conseil supérieur de l'audiovisuel". La loi de 1989 introduisait dans la loi de 1986 une série de dispositions prévoyant des sanctions susceptibles d'être infligées aux titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle. Là encore, la disposition contestée par la voie d'une QPC n'avait pas fait expressément et spécifiquement l'objet d'une déclaration de conformité dans la décision n°88-248 DC¹⁸⁷. Mais le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité des procédures qu'entendait régir la loi modificatrice. Il avait notamment considéré, à cette occasion, "que, conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant ; qu'en outre, pour les sanctions prévues aux 2°, 3° et 4° de l'article 42-1 ainsi que dans le cas du retrait de

¹⁸¹ Il s'agissait en l'espèce de l'article 706-103 du *Code de procédure pénale*.

¹⁸² L'article 698-6 du *Code de procédure pénale*.

¹⁸³ L'article 706-25 du *Code de procédure pénale*.

¹⁸⁴ Par la décision n°86-813 DC du 3 septembre 1986.

¹⁸⁵ Souligné par nous.

¹⁸⁶ Il dispose : « Dans tous les cas de manquement aux obligations incombant aux éditeurs de services de communication audiovisuelle, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut ordonner l'insertion dans les programmes d'un communiqué dont il fixe les termes et les conditions de diffusion. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel demande à l'intéressé de lui présenter ses observations dans un délai de deux jours francs à compter de la réception de cette demande. La décision est ensuite prononcée sans que soit mise en œuvre la procédure prévue à l'article 42-7. Le refus du titulaire de se conformer à cette décision est passible d'une sanction pécuniaire dans les conditions fixées à l'article 42-2. »

¹⁸⁷ Il s'est en effet prononcé explicitement sur bon nombre des dispositions introduites par la loi de 1989 mais pas sur l'article 42-4.

l'autorisation mentionné à l'article 42-3, le législateur a prescrit le respect d'une procédure contradictoire qui est diligentée par un membre de la juridiction administrative suivant les modalités définies à l'article 42-7"¹⁸⁸. L'article 42-4, contesté à l'occasion de la QPC soulevée devant le Conseil d'Etat, précisait néanmoins que la sanction qu'il prévoyait était prononcée "sans que soit mise en œuvre la procédure prévue à l'article 42-7". Le Conseil d'Etat a alors considéré "qu'ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de dispenser le Conseil supérieur de procéder à cette constatation dans le respect des droits de la défense, qui implique, même dans le cas où la procédure de sanction prévue à l'article 42-7 n'a pas été mise en œuvre, que l'édition ait été mis à même tant d'avoir accès au dossier le concernant que de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés, en disposant à cette fin d'un délai suffisant eu égard à la nature des griefs". On le constate, par cette décision le Conseil d'Etat s'inscrit dans le prolongement d'une décision rendue préalablement par le Conseil constitutionnel. On peut pratiquement considérer, de ce point de vue, que la décision du Conseil d'Etat s'apparente à une forme d'extension de la décision du Conseil constitutionnel à laquelle elle se réfère en ce qu'elle la complète. Ce faisant, le Conseil d'Etat interprète l'article 42-4 de la loi de 1986 modifiée au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il délivre une réserve d'interprétation de cette disposition qui n'est, selon lui, conforme à la Constitution que si elle est appliquée en tenant compte des impératifs découlant du principe du respect des droits de la défense.

On peut rapprocher de cet arrêt dans lequel le Conseil d'Etat étend la jurisprudence du Conseil constitutionnel, celui rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 janvier 2011 (n°10-90119). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur une QPC relative à l'article L 235-4 II du Code de la route qui prévoit l'annulation du permis de conduire avec interdiction d'en solliciter à nouveau la délivrance pendant une durée maximale de trois ans lorsqu'une personne a conduit sous l'emprise de stupéfiants et qu'elle était en état de récidive. L'auteur de la QPC considérait que cet article était contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pour décider que la QPC ne devait pas être renvoyée au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a relevé que la disposition législative contestée n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel mais que la question n'était pas nouvelle. Elle a ensuite mis en évidence son absence de caractère sérieux en expliquant que « *si, conformément aux dispositions de l'article L. 235-4 II du Code de la route, le juge qui prononce une condamnation pour l'infraction susvisée, commise en état de récidive légale, est tenu de prononcer l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire, il peut, outre la mise en œuvre des dispositions du Code pénal relatives aux dispense et relevé des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans ; que, dans ces conditions, le juge n'est pas privé du pouvoir d'individualiser la peine* ». La Cour de cassation aurait pu s'arrêter là car son refus de renvoi était suffisamment motivé. Toutefois, elle a ajouté : « *Que par ces motifs, le Conseil constitutionnel a décidé, le 29 septembre 2010, qu'était conforme à la Constitution l'article L. 234-13 du Code de la route qui prévoit dans les mêmes termes l'annulation du permis de conduire en cas de récidive de conduite sous l'empire d'un état alcoolique* ». Ainsi, la Cour de cassation a semblé chercher à appuyer son raisonnement ou encore à le valider en expliquant que les arguments qu'elle avait avancés étaient ceux utilisés par le Conseil constitutionnel dans une hypothèse proche. Mais, ce faisant, elle a aussi proposé une extension de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Malgré tout, la motivation des arrêts par lesquels le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a pas lieu à renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel est plus importante que ne l'est celle des

¹⁸⁸ Considérant n°29.

arrêts de la Cour de cassation. Il y a là une différence importante entre les deux juridictions suprêmes quant à leur façon de motiver les refus de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation étant beaucoup moins prolixe que le Conseil d'Etat.

c) L'identité des techniques de contrôle de constitutionnalité

1- S'agissant des atteintes invoquées au principe d'égalité

L'utilisation de techniques de contrôle identiques à celles du Conseil constitutionnel est parfaitement éclatante s'agissant des atteintes invoquées au principe d'égalité. Il est d'ailleurs assez logique que ce soit le cas dans la mesure où le Conseil constitutionnel avait finalement « importé » cette technique de contrôle de son voisin du Palais Royal. Comme l'écrit le Professeur Mélin-Soucramani, « *il ne fait pas de doute que la formule employée par le juge des lois a été en grande partie calquée sur celle d'abord utilisée par le Conseil d'Etat* »¹⁸⁹. Ainsi, le Conseil d'Etat avait-il jugé dès 1974 que l'égalité ne devait pas être entendue de façon monolithique et que des différences de situation ou des motifs d'intérêt général pouvaient justifier des différences de traitement¹⁹⁰. Le Conseil constitutionnel, à partir de 1979, a imaginé une formule qui, quoique légèrement différente¹⁹¹, s'apparente à celle de la juridiction administrative. Il ne pouvait d'ailleurs pas faire autrement dans la mesure où l'opération intellectuelle qui commande l'appréciation du respect du principe d'égalité est, quelle que soit la juridiction en cause, identique. Et, même, à compter de 1988, les dérogations à une stricte égalité envisagées par le Conseil constitutionnel apparaissent quasi identiques à celles retenues par le Conseil d'Etat¹⁹².

Dès lors, plusieurs QPC invoquant une atteinte au principe d'égalité, principe constitutionnellement garanti, ont permis au Conseil d'Etat d'opérer un véritable contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives en question pour refuser de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Du 1er mars 2010 au 1er mars 2011, il a ainsi refusé à 30¹⁹³ reprises de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel invoquant une rupture d'égalité en considérant que les catégories instituées par le législateur étaient justifiées par des situations différentes. Les diverses facettes du principe d'égalité ont d'ailleurs à cette occasion pu être envisagées par le Conseil d'Etat, qu'il s'agisse de l'égalité devant la loi et/ou devant l'impôt¹⁹⁴, de l'égalité devant la justice¹⁹⁵, de l'égalité entre les agents de la fonction publique¹⁹⁶, ou de l'égalité devant les charges publiques¹⁹⁷.

¹⁸⁹ MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 41.

¹⁹⁰ CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* : « *Considérant que la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ».

¹⁹¹ Cons. const., 17 janvier 1979, 78-101 DC : « *Considérant que, si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi* ».

¹⁹² Cons. const., 7 janvier 1988, 87-232 DC : « *Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

¹⁹³ Il faut souligner que nombre de ces arrêts visaient l'article 1647 B sexies du Code général des impôts et que 11 d'entre eux ont été rendus le même jour à savoir le 7 février 2011.

¹⁹⁴ CE, 18 juin 2010, n°337910 ; CE, 17 septembre 2010, n° 341293 ; CE, 23 décembre 2010, n°315106 ; CE, 7 février 2011, n°321081.

¹⁹⁵ CE, 24 septembre 2010, n° 341548.

¹⁹⁶ CE, 6 octobre 2010, n° 341584.

¹⁹⁷ CE, 31 mai 2010, n°338727 ; CE, 25 juin 2010, n°338966 ; CE, 9 juillet 2010, n° 339854 ; CE, 17 février 2011, n°344445.

Pour refuser le renvoi, le Conseil d'Etat est amené à identifier si les différences de régimes juridiques pour régler des situations relativement similaires sont justifiées, soit par un motif d'intérêt général, soit par une différence de situation en rapport avec l'objet précis de la loi. Cela aboutit ni plus ni moins à un contrôle de constitutionnalité de la loi de la part de la juridiction administrative. Parfois ces décisions font l'objet d'une motivation importante par laquelle la démarche du juge est explicitée pas à pas. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 octobre 2010, n° 336918 : le syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes contestait une disposition d'une loi du 30 septembre 1986 modifiée le 5 mars 2009 qui confiait l'instruction des demandes d'autorisations d'émettre à des comités techniques locaux lorsque l'opérateur avait une vocation locale et au CSA lorsque l'opérateur avait une vocation nationale. Le syndicat y voyait là une rupture d'égalité. Le Conseil d'Etat a considéré que la question soulevée ne présentait pas de caractère sérieux en motivant soigneusement sa décision sur la base de l'analyse de l'intérêt général justifiant la différence de traitement : *« cette différence de traitement est toutefois justifiée par l'objectif de remédier aux lourdeurs et aux difficultés qu'entraîne la gestion centralisée d'un grand nombre d'autorisations accordées sur tout le territoire ; que cette déconcentration est opérée entre les mains d'autorités administratives locales, dont la composition est prévue par la loi ; que ces dernières exercent leurs nouvelles compétences dans les conditions fixées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; qu'ainsi, la différence de traitement qui résulte des dispositions de la troisième phrase du premier alinéa de l'article 29-3 répond à un but d'intérêt général et demeure en rapport direct avec l'objet de ces dispositions ; qu'il suit de là que si le syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes soutient que ces dispositions sont contraires au principe d'égalité, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux »*. On peut retrouver le même degré de détail dans une décision rendue le 31 mai 2010 (n°338727), le Conseil d'Etat considérant en l'espèce *« qu'un moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité des contribuables devant les charges publiques ne pose pas de question nouvelle ; que, d'autre part, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision du 29 décembre 1989 mentionnée ci-dessus, les centres de gestion agréés ont été institués pour procurer à leurs adhérents une assistance technique en matière de tenue de la comptabilité et favoriser une meilleure connaissance des revenus non salariaux afin de remédier à l'évasion fiscale, qu'en contrepartie, l'adhésion à ces centres a été encouragée par l'octroi aux adhérents d'avantages fiscaux et notamment d'un abattement sur le bénéfice imposable, que les adhérents des centres sont ainsi soumis à un régime juridique spécifique et qu'il en va de même pour les adhérents des associations de gestion agréés ; qu'en égard aux obligations auxquelles sont soumis ces organismes vis-à-vis de l'administration fiscale, les adhérents et les non adhérents des centres ou associations de gestion agréés se trouvaient dans une situation différente, au regard de l'objet de la loi, justifiant la différence de traitement que celle-ci avait instituée ; que, par suite, la question de la méconnaissance par ces dispositions législatives du principe d'égalité des contribuables devant les charges publiques ne présente pas un caractère sérieux »*.

Mais il est des cas dans lesquels cette motivation est beaucoup plus réduite ce qui n'est pas sans laisser penser qu'une part de politique jurisprudentielle a pu intervenir dans la décision. L'*imperium brevitatis* évitant toute contestation de la décision. On peut ici s'arrêter, pour illustrer le propos sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 octobre 2010, n° 341584 : était contestée une disposition de la loi de finances pour 2010 portant reclassement indiciaire des maîtres de conférences, laquelle, selon le requérant, porterait atteinte au principe d'égalité entre les fonctionnaires appartenant à un même corps dans la mesure où les nouveaux entrants dans le corps bénéficieraient de dispositifs plus favorables et que ceux déjà membres de ce corps ne disposeraient pas de façon égale du mécanisme de reclassement. Le Conseil d'Etat se contente

de répondre à cette argumentation par une formule péremptoire : les « *maîtres de conférences intégrés dans ce corps avant l'entrée en vigueur du décret (...) n'étant pas dans la même situation que les maîtres de conférences nouvellement recrutés après l'entrée en vigueur du décret, il ne peut être utilement soutenu que l'article 125 de la loi de finances pour 2009, en limitant à un an la durée de prise en compte des services accomplis antérieurement au 31 août 2009 par les maîtres de conférences titularisés avant le 1er septembre 2009, aurait méconnu le principe d'égalité entre agents d'un même corps* ».

Il apparaît bien que, s'agissant de l'absence de caractère sérieux des questions invoquant une atteinte au principe d'égalité, le Conseil d'Etat réalise un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi. Il en est de même, pour un nombre de décisions plus réduit, de la Cour de cassation. Elle aussi, confrontée à cet argument, est amenée à opérer un contrôle de constitutionnalité de la disposition législative contestée. On notera cependant que la motivation semble ici souvent plus rapide et péremptoire, comme l'illustre l'arrêt du 21 octobre 2010, n° 10-40041 : diverses dispositions du Code de la sécurité sociale étaient contestées comme portant atteinte au principe d'égalité. La deuxième Chambre civile répond simplement que : « *les dispositions législatives critiquées ne méconnaissent pas le principe constitutionnel d'égalité en appliquant des modalités de liquidation des pensions différentes à des régimes distincts, et n'instituent pas une imposition contraire au principe de l'égalité devant les charges publiques énoncé à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* ». Dans le même registre, on relèvera une décision de l'Assemblée plénière qui, dans un arrêt du 25 juin 2010 (n° 10-40009), se limite à indiquer que « *la question posée, relative à la durée de la prescription des actions en paiement des salaires, au demeurant conforme au droit commun, ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués* », l'égalité étant l'un des cinq principes précisément invoqués.

Seule quatre décisions de la Cour de cassation, sur la période allant du 1er mars 2010 au 1^{er} mars 2011, apparaissent fortement motivées pour refuser de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC invoquant une atteinte au principe d'égalité. Il s'agit des arrêts de la première Chambre civile du 13 octobre 2010, n° 10-40037, de la troisième Chambre civile du 25 novembre 2010, n° 10-40043¹⁹⁸, de la première Chambre civile du 24 février 2011 n° 10-40067¹⁹⁹ et 10-40068²⁰⁰. Par exemple, dans l'arrêt précité du 13 octobre 2010, la QPC soulevée devant elle était rédigée de la façon suivante : « *Les dispositions de la loi n° 752 du 28 juillet 1960 et de celle n° 73-42 du 9 janvier 1973 portent-elles directement atteinte au principe d'égalité au regard de la conservation de la nationalité française à raison de*

¹⁹⁸ « *Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, d'abord, la disposition législative attaquée [article 80 de la loi n°48-1360 du 1^{er} septembre 1948] n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires dont le bail est soumis à la loi du 1er septembre 1948, qui tous bénéficient des mêmes règles de mise en oeuvre de la clause résolutoire, qu'ensuite le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes de sorte que ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi le fait qu'à des baux soumis à des régimes juridiques différents pour des raisons objectives tenant, notamment, à la date de construction de l'immeuble, ne soient pas appliquées des règles identiques* ».

¹⁹⁹ « *les règles différentes de dévolution du nom prévues par les articles 311-21 et 311-23 du Code civil selon la date d'établissement de la filiation ne sont pas constitutives d'une rupture d'égalité dans la mesure où la dévolution du nom de famille est déterminée par l'établissement du lien de filiation et que les textes contestés ont pour objet de concilier la possibilité donnée à tous les parents de choisir conjointement le nom attribué à leur enfant et la nécessité de préserver la stabilité du nom, répondant ainsi à un objectif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi* ».

²⁰⁰ « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce que l'article 333 du Code civil, qui régit les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés* ».

l'origine, de la race ou de la religion et au regard du traitement des doubles nationaux ? ». La Cour répond « *que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées, fussent-elles fondées sur l'origine, découlaient nécessairement de l'accession à l'indépendance de certains territoires, laquelle ne pouvait que conduire, dans un but d'intérêt général, à distinguer la population restant de plein droit celle de la République française de celle des nouveaux Etats indépendants, dont les nationaux étaient, jusqu'à sa suppression en 1973, soumis à une manifestation de volonté pour rester Français ».*

2- S'agissant du contrôle de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation

De la même façon qu'il a utilisé, lorsqu'il avait à apprécier les atteintes au principe d'égalité, les méthodes du juge administratif, le Conseil constitutionnel a « importé » un certain nombre de techniques de contrôle déjà usitées par les juridictions administratives afin de moduler l'intensité du contrôle qu'il faisait peser sur les actes administratifs. Ainsi, dès les années trente, en matière de police²⁰¹, puis dans les années soixante-dix dans d'autres matières²⁰², le Conseil d'Etat a-t-il fait naître un contrôle d'adéquation de la mesure aux faits qui l'ont justifiée, c'est-à-dire un contrôle de proportionnalité. Et lorsque l'administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire, il a, dans les années soixante, refusé d'abandonner tout contrôle en opérant un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁰³. Le Conseil constitutionnel, après avoir, dans un premier temps, repris cette technique du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁰⁴ pour contrôler cette fois le législateur, s'en est légèrement distancié préférant se diriger vers un contrôle de proportionnalité. L'utilisation de cette technique par le Conseil constitutionnel est particulièrement nette depuis sa décision du 28 juillet 1989, *Transparence du marché financier*²⁰⁵. De sorte que désormais le contrôle de proportionnalité est bien une technique de contrôle de constitutionnalité de la loi.

Dès lors, quand les juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire emploient cette technique dans le cadre du contentieux de la QPC, on peut légitimement considérer qu'elles opèrent de la même façon que l'aurait fait le Conseil constitutionnel et donc qu'elles effectuent un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi. L'hypothèse est celle où les juridictions suprêmes refusent de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel en considérant soit que les dispositions législatives contestées sont proportionnées aux objectifs que le législateur s'est assigné, soit qu'elles ne leurs sont pas disproportionnées.

De ce point de vue les deux juridictions suprêmes procèdent de la même façon. Il est possible à cet égard d'illustrer cette convergence par des arrêts issus des deux juridictions. Dans un premier arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2010, n° 340849, la Haute juridiction considère « *que l'article L. 332-18 du Code du sport permet au Premier ministre, après avis de la commission nationale consultative de prévention des violences lors des manifestations sportives, de prononcer la dissolution ou de suspendre l'activité, pendant douze mois au plus, d'une association ou d'un groupement de fait dont l'objet est de soutenir une association sportive et dont des membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes graves ou répétés de dégradations de biens, de violence sur des personnes ou d'incitation à la haine ou à la discrimination ; qu'eu égard aux motifs susceptibles de conduire, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, au prononcé de la*

²⁰¹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*.

²⁰² CE, 28 mai 1971, *Ville nouvelle est*.

²⁰³ CE, 15 février 1961, *Lagrange*.

²⁰⁴ Cf. Cons. const., 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Sécurité et Liberté* ; Cons. const., 11 février 1982, 82-139 DC, *Nationalisations*.

²⁰⁵ Cons. const., 28 juillet 1989, 89-260 DC, *Transparence du marché financier*.

dissolution ou de la suspension d'activité de ces associations ou groupements de fait ainsi qu'aux conditions de mise en œuvre de ces mesures, les dispositions de l'article L. 332-18, qui permettent le prononcé de mesures qui présentent le caractère de mesure de police administrative, répondent à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, compte tenu de la gravité des troubles qui lui sont portés par les membres de certains groupements et associations de soutien des associations sportives, et ne portent pas d'atteinte excessive au principe de la liberté d'association qui est au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »²⁰⁶. De même, dans un arrêt du 17 février 2011 (n°344445), le Conseil d'Etat va juger que les restrictions apportées par la loi sont proportionnées à l'objectif poursuivi. Dans cet arrêt, la QPC visait l'article L 130-1 du Code de l'urbanisme dont il était soutenu qu'il violait les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Pour établir l'absence de caractère sérieux de la question, le Conseil d'Etat a suivi le raisonnement suivant : « *Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 (...); qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ; qu'aux termes de l'article L. 130-1 du Code de l'urbanisme (...); que ces dispositions, qui n'emportent aucune privation du droit de propriété mais se bornent à apporter des limites à son exercice, ne méconnaissent pas l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la préservation des espaces boisés ; que ces restrictions, qui ne concernent que les modes d'occupation du sol de nature à compromettre la conservation, la protection ou la création de boisements et sont accompagnées, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de garanties de fond et de procédure prévues pour la procédure d'élaboration des plans locaux d'urbanisme, sont proportionnées à l'objectif poursuivi*²⁰⁷ ; qu'en outre, l'article L. 130-2 du Code de l'urbanisme donne la possibilité, dans certaines conditions, au propriétaire d'un terrain classé en espaces boisés d'obtenir un terrain à bâtir contre la cession gratuite de son terrain ; que, dans ces conditions, les dispositions de l'article L. 130-1 du Code de l'urbanisme ne méconnaissent pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; Considérant que les différences de traitement entre les propriétés foncières, selon qu'elles sont ou non classées en espaces boisés, répondent à la prise en compte de situations différentes ; que le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait être regardé comme méconnu du seul fait que l'article L. 130-1 n'a pas prévu d'indemnisation ».

De la même façon, la Cour de cassation effectue ce contrôle de la mesure du choix opéré par le législateur par rapport d'une part aux objectifs poursuivis et d'autre part aux droits constitutionnellement garantis aux citoyens. Ainsi, dans un arrêt du 28 septembre 2010, n° 10-90096, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime-t-elle « *que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que la disposition législative en cause, rédigée en termes suffisamment clairs et précis, et dont l'application relève de l'appréciation, par les juges du fond, des éléments constitutifs de l'infraction, ne constitue pas une atteinte manifestement disproportionnée aux principes de liberté d'expression et de libre communication, constitutionnellement garantis* »²⁰⁸. La même chambre criminelle avait par ailleurs eu l'occasion d'appliquer un raisonnement du type « contrôle de l'adéquation » dans une série de décisions rendues le 18 juin 2010 (10-80181, 10-81163, 10-81164, 10-81165, 10-81166). Était contestée la constitutionnalité d'une disposition du Code de procédure pénale

²⁰⁶ Souligné par nous.

²⁰⁷ Souligné par nous.

²⁰⁸ Souligné par nous.

(l'article 706-13) permettant la prise de mesures conservatoires sur les biens d'une personne dont la culpabilité n'est pas établie. La Cour de cassation a alors considéré la constitutionnalité de la disposition au regard de la nature des infractions pour lesquelles les mesures conservatoires sont autorisées. Elle précise, en effet, que la disposition contestée concerne « *des mesures conservatoires pour des infractions graves et complexes, comme le délit de blanchiment en bande organisée, (...) et justifiant des règles spécifiques de procédure pénale* ». Elle contrôle donc l'adéquation de la mesure envisagée au type d'infractions qu'elle concerne. La Chambre criminelle a encore eu l'occasion d'appliquer la technique du contrôle de proportionnalité dans son arrêt du 26 janvier 2011 (n°10-85341 (2)) relatif au commerce du tabac. Dans cette affaire, la QPC visait des articles du Code général des impôts relatifs à la circulation et à la détention du tabac. Pour parvenir à la conclusion que la question ne présentait pas un caractère sérieux, la Cour de cassation a expliqué : « *les articles 568, 575 G et H du Code général des impôts, qui définissent les conditions de circulation et de détention des tabacs manufacturés, ne portent pas à l'évidence une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie*²⁰⁹, s'agissant d'une marchandise qui, soumise à un encadrement au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé publique, ne peut être l'objet ni d'un commerce ordinaire ni d'un service ordinaire ». Ainsi, c'est la particularité de la marchandise qui justifie des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie, atteintes qui ne sont pas disproportionnées au regard de l'ordre public, de la sécurité publique et de la protection de la santé publique.

3- S'agissant des réserves d'interprétation

Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'audace en adoptant une technique juridique permettant de valider la constitutionnalité d'une loi à condition d'interpréter celle-ci dans le sens souhaité par le Conseil. C'est la technique des réserves d'interprétation mise en œuvre pour la première fois avec la décision, *Règlement de l'Assemblée nationale*, du 24 juin 1959²¹⁰.

Les cours suprêmes ont fait leurs cette méthode à l'occasion de l'examen d'une QPC. L'hypothèse demeure rare mais elle existe. Le Conseil d'Etat a ainsi recouru à une réserve d'interprétation d'une disposition contestée pour pouvoir en affirmer, dans un second temps, la constitutionnalité. Il l'a fait à l'occasion d'une QPC portant sur l'article 728-1 du Code de procédure pénale. Cet article dispose : « *Les valeurs pécuniaires des détenus, inscrites à un compte nominatif ouvert à l'établissement pénitentiaire, sont divisées en trois parts : la première sur laquelle seules les parties civiles et les créanciers d'aliments peuvent faire valoir leurs droits ; la deuxième, affectée au pécule de libération, qui ne peut faire l'objet d'aucune voie d'exécution ; la troisième, laissée à la libre disposition des détenus. Les sommes destinées à l'indemnisation des parties civiles leur sont versées directement, sous réserve des droits des créanciers d'aliments, à la demande du procureur de la République, par l'établissement pénitentiaire. Lorsque le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions intervient en application des dispositions de l'article 706-11, il est assimilé à une partie civile et bénéficie des mêmes droits dès lors que le prélèvement au profit des parties civiles a eu lieu. La consistance des valeurs pécuniaires, le montant respectif des parts et les modalités de gestion du compte nominatif sont fixés par décret.* » Les juges du Palais-Royal en délivrèrent l'analyse suivante : « Considérant que M. A soutient que l'article 728-1 du Code de procédure pénale est contraire au principe de la présomption d'innocence, énoncé à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; (...) que, d'autre part, l'article 728-1, qui établit un cadre général organisant le

²⁰⁹ Souligné par nous.

²¹⁰ Cons. const., 24 juin 1959, 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*.

traitement des valeurs pécuniaires dont peuvent disposer les détenus, prévoit l'ouverture pour chacun d'un compte nominatif et renvoie à un décret le soin de fixer les modalités de gestion du compte nominatif des détenus, n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes prévenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit des parties civiles et des créanciers d'aliments, dès lors que cette mesure, dont il est excipé qu'elle méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence, a un caractère purement conservatoire ; que par suite, la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux²¹¹. Le Conseil d'Etat se livre ici clairement à une interprétation neutralisante de la disposition contestée afin de nier le caractère sérieux de la question. Il est toutefois notable, qu'à la différence du Conseil constitutionnel, la réserve ne figure pas expressément dans le dispositif de la décision. Ce qui nous ramène probablement à l'objet de la décision rendue, en de telles circonstances, par les juridictions suprêmes des deux ordres : l'établissement d'une éventuelle constitutionnalité de la loi n'est que le « passage obligé » (parce que généralement impliqué par le contrôle du caractère sérieux de la question) d'une décision devant trancher principalement sur le renvoi ou le non-renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel. S'agissant de l'espèce ici évoquée, l'interprétation neutralisante figure en revanche très explicitement dans les abstracts proposés au titre de l'analyse de la décision sur legrifrance. Le Conseil d'Etat a également posé une réserve d'interprétation, bien que cela n'apparaisse là encore que dans les motifs et non dans le dispositif, dans son arrêt du 29 septembre 2010, n° 341065²¹². La Chambre criminelle de la Cour de cassation a fait de même dans son arrêt du 16 juillet 2010, n° 10-90085²¹³.

En revanche, il est assez fréquent que, sans aller jusque là, la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, s'appuient sur une interprétation prétorienne de la disposition législative contestée pour dénier tout caractère sérieux à la QPC soulevée devant eux. Sans être véritablement une réserve d'interprétation, c'est bien l'interprétation juridictionnelle d'une disposition qui évacue le sérieux de l'argument d'inconstitutionnalité du texte de la disposition en cause. On est donc très proche de la réserve d'interprétation. Cette situation se rencontre assez souvent. Par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation en a fait usage dans ses arrêts du 31 mai 2010 (n°10-80637, 10-80649), du 18 juin 2010 (n°09-87766, n°09-88235, n°09-88372, n°10-80675), du 5 octobre 2010, n° 10-83090 du 23 novembre 2010 n°10-86067, tout comme la Chambre sociale dans ses arrêts du 28 septembre 2010, n° 10-40027 et 10-40028 ou encore dans son arrêt du 30 novembre 2010, n°10-14175. Dans ce dernier, la Cour de cassation précise même que la disposition législative contestée a été interprétée par le juge « à de nombreuses reprises »²¹⁴. Le Conseil d'Etat a également procédé de la sorte dans des décisions du 18 juin 2010, n°338638 et n°338344 (deux espèces), du 25 juin 2010, n°326363 et du 9 juillet 2010, n° 340142. Sensiblement dans le même ordre d'idée,

²¹¹ CE, 19 mai 2010, n°331025. Souligné par nous.

²¹² « le juge de l'impôt à qui il appartient, lorsqu'il détermine la loi applicable à la pénalité contestée devant lui, d'appliquer, en vertu du principe de nécessité des peines issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux agissements commis avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des décisions passées en force de chose jugée, les dispositions les plus douces, devra appliquer, dans les litiges répondant à ces conditions, l'article 1729 du Code général des impôts dans sa rédaction précitée, laquelle prévoit également qu'il appartient à l'administration d'établir le bien-fondé des pénalités en cas d'abus de droit ; qu'en conséquence, la question de constitutionnalité invoquée à l'encontre du dernier alinéa de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ne présente pas un caractère sérieux ».

²¹³ « attendu que la question ne présente pas de caractère sérieux, dès lors que les textes visés ne font pas obstacle à la réparation intégrale du dommage causé à la partie civile, la cour d'appel devant rechercher, sur le seul appel de la partie civile du jugement déclarant l'action publique éteinte par l'effet de la prescription, si les faits déférés constituent une infraction pénale, les qualifier et prononcer sur l'action civile ».

²¹⁴ En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme : « Et attendu, en second lieu, que la question n'a pas de caractère sérieux dès lors que les termes "presque exclusivement" contenus dans l'article L. 7321-2 du Code du travail, tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la jurisprudence, ne sont ni imprécis ni équivoques et ne peuvent porter atteinte aux objectifs de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ni, en conséquence, aux droits et libertés visés dans la question ».

mais ici dans une démarche *a fortiori*, on peut relever la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 mai 2010 (09-82582 – arrêt n°12021). Dans cette espèce, le requérant estimait que les dispositions sont contestables en ce qu'elles violeraient les droits de la défense. Or, pour la Cour de cassation, elles ont précisément pour objet de les garantir. La Cour a procédé de même dans une autre décision où elle a affirmé la constitutionnalité d'une disposition en soulignant que cette dernière permettait d'assurer l'effectivité de l'un des principes constitutionnels invoqués (Cass. Plén, 18 juin 2010, n°10-40005, n°10-40006, n°10-40007).

Cette référence à la jurisprudence ayant, à l'occasion de litiges dont les juges ordinaires ont eu à connaître, interprété les dispositions législatives en question permet en outre de conférer un certain caractère concret au contrôle de constitutionnalité ainsi opéré tandis que dans la tradition juridique française ce contrôle demeure abstrait. L'instauration de la QPC ne remettait pas en cause, du moins en principe, ce caractère abstrait (sanction = abrogation de la loi ; mécanisme s'inspirant de la logique de la question préjudicielle – puisque la question est tranchée au fond par un autre juge²¹⁵ – et non du contrôle par voie d'exception – le juge de l'action étant par principe le juge de l'exception), mais on voit s'opérer comme un glissement par ces références à la jurisprudence ayant interprété, dans le cadre de litiges concrets, les dispositions législatives contestées. Afin d'illustrer cette idée de glissement vers un contrôle concret, il est possible de citer l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 2 février 2011 (n°10-85428) dans lequel elle fait référence à « l'espèce ». La QPC sur la transmission de laquelle elle a dû se prononcer, était formulée de la manière suivante : « *Les dispositions de l'article 350 du Code de procédure pénale, en ce qu'elles permettent au président de la Cour d'assises de poser des questions spéciales sur des circonstances aggravantes que l'arrêt de renvoi n'a pas mentionnées, sont-elles contraires au principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement et au principe de l'impartialité du juge tel qu'ils résultent du principe du respect des droits de la défense et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ?* ». Pour parvenir à l'absence de caractère sérieux de cette question, la Chambre criminelle a expliqué : « *Et attendu que le moyen de constitutionnalité ne présente pas un caractère sérieux, dès lors qu'en l'espèce²¹⁶, la question spéciale sur la circonstance aggravante de préméditation a été posée par le président de la cour d'assises, qui n'a pas agi d'office, mais à la demande du ministère public et en l'absence d'observations des parties et d'incident contentieux élevé par elles* ». L'exemple belge montre que le temps rendra peut-être ce contrôle de plus en plus concret.

2) Un contrôle de constitutionnalité limité pour les décisions de renvoi

Les décisions de renvoi, en revanche, n'entament que très peu le monopole du Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives. Le plus souvent, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation décident de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC simplement en constatant que l'argument soulevé est sérieux. On est alors dans une procédure assez semblable à celle du référé-suspension : l'argument soulevé apparaît, au premier abord, pertinent et il y a donc lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel. La motivation du renvoi est alors quasi inexistante comme en témoignent par exemple les arrêts du Conseil d'Etat du 10 septembre 2010, n° 341715 ou du 18 octobre 2010, n° 342916

²¹⁵ C'est là le seul point commun (important, il faut en convenir) entre la question prioritaire de constitutionnalité et la question préjudicielle classique dès lors, qu'en revanche, si la première, une fois posée, oblige le juge qui en est saisi à l'examiner (et le cas échéant à transmettre ou renvoyer), l'obligation n'existe pas pour la seconde à partir du moment où le juge qui en est saisi peut trancher le litige sans avoir besoin de la décision tranchant le point de droit soulevé.

²¹⁶ Souligné par nous.

ou les arrêts de la Cour de cassation (troisième Chambre civile) du 30 novembre 2010 (n°10-16828) et du 14 décembre 2010 (Chambre sociale, n°10-40050). Cependant, il apparaît parfois dans les arrêts de renvoi du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation qu'un certain pré-contrôle de constitutionnalité est opéré par ces juridictions. Il ne peut s'agir d'un contrôle trop approfondi puisque le Conseil constitutionnel sera saisi et il pourra, en dernière analyse, adopter une position différente de la juridiction suprême l'ayant saisi. D'ailleurs à la lecture de son arrêt du 16 février 2011 (n°10-40062), on ressent la prudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation puisqu'il est ainsi rédigé : « *Que la question présente un caractère sérieux, la disposition de l'article L. 1111-3 du Code du travail étant susceptible d'avoir pour effet²¹⁷ de porter atteinte au droit, garanti notamment par l'alinéa 8 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, pour tout travailleur de participer par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». La Cour donne donc une indication au Conseil constitutionnel mais sans être impérative. On retrouve une telle prudence dans l'arrêt du 1^{er} mars 2011 (n°10-90125) dans lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation explique : « *la question prioritaire de constitutionnalité posée présente un caractère sérieux, notamment en ce que la restriction apportée aux droits de la défense pourrait être considérée comme injustifiée, et, en conséquence, non conforme à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». Dans cette dernière espèce, la Cour exprime le caractère sérieux de la question dans des termes donnant l'impression qu'elle reprend presque à son compte le grief développé par le requérant.

Le risque de désaveu serait grand si, s'agissant de ces arrêts de renvoi, les juridictions suprêmes s'engageaient dans un véritable contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives contestées. Mais sans aller aussi loin, ces juridictions ont parfois tendance à exprimer en quoi la QPC présente un caractère sérieux et quelles sont les garanties constitutionnelles précises susceptibles d'être atteintes. Elles vont ainsi en quelque sorte essayer de guider le Conseil constitutionnel dans son futur contrôle de constitutionnalité.

Cette démarche est particulièrement suivie par la Cour de cassation, comme le démontre par exemple ses arrêts de la Chambre criminelle du 29 septembre 2010, n° 10-90102 ou de la 3^e Chambre civile du 21 octobre 2010, n° 10-40038. La Cour de cassation emploie alors fréquemment l'expression « *en ce que* » pour guider le futur contrôle du Conseil constitutionnel. Il est même arrivé à la Cour de cassation de reformuler une QPC, alors même que les dispositions de la loi organique du 10 décembre 2009 interdisent aux juridictions de soulever d'office des moyens à l'appui d'une QPC. En effet, dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 28 septembre 2010, n° 10-40033, on constate que la QPC posée devant la Cour était formulée de la façon suivante : « *La loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, dans sa rédaction antérieure au 6 avril 2010, est-elle non conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution, en tout cas, en ce qui concerne l'organisation des courses hippiques et des paris sur lesdites courses, notamment au regard du principe d'égalité devant la loi et de droit à un recours effectif, du principe de légalité des délits et des peines, du principe du respect des libertés économiques sauf limitations justifiées par des raisons suffisantes d'intérêt général* ». Mais la Cour considère que la question est de portée plus réduite : « *la question posée présente un caractère sérieux au regard notamment des exigences qui s'attachent aux principes constitutionnels de liberté d'entreprendre, de liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence* ». Exit donc les atteintes invoquées à l'égalité devant la loi, au droit au recours effectif ou à la légalité des délits et des peines. Mais, en l'occurrence, le Conseil constitutionnel ne s'est pas laissé enfermer dans cette voie, en

²¹⁷ Souligné par nous.

examinant l'ensemble des griefs soulevés dans la QPC²¹⁸. De ce point de vue, apparaît ici une divergence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans la mesure où ce dernier opère moins un pré-contrôle lorsqu'il décide de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel et ne vient pas guider ce dernier dans son contrôle.

*

Si la QPC, en instituant un système de filtrage ultime au profit des juridictions suprêmes, dès lors dotées d'un pouvoir de dernier mot, a contribué à renforcer leur position dans leur ordre juridictionnel respectif, l'objet du contrôle exercé par le Conseil, inspiré par la doctrine du droit vivant²¹⁹, contribue à les inférioriser dans leur rapport à la loi. Cette infériorisation est néanmoins inégale compte tenu à la fois de la manière dont chacune de ces Cours envisage son office suprême et de la place qu'elles accordent à la création prétorienne dans l'exercice de celui-ci.

§ 2 : Les juridictions suprêmes infériorisées de manière inégale dans leur rapport à la loi

Emmanuel CARTIER²²⁰

Si les juridictions suprêmes ont vu leur office paradoxalement renforcé par l'introduction d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le fait que cette procédure repose sur la fonction de filtrage ultime qui leur est confiée et qui les fait participer, au moins à titre négatif, au contrôle de constitutionnalité de la loi, elles se trouvent au contraire dans un état de subordination relative dans leur rapport à la loi. Elles perdent en effet le titre d'interprète authentique ultime de la loi ou en tout cas elles doivent partager cette fonction avec le Conseil constitutionnel qui en s'immiscant dans le contrôle du « droit vivant » ouvre une porte sur le domaine de la jurisprudence constructive du juge ordinaire. Or la jurisprudence, une fois émancipée du législateur via la suppression du référé législatif, n'a eu de cesse de faire vivre un droit qui sans cela n'aurait sans doute pas pu s'adapter à certains des enjeux majeurs de nos sociétés. Henry Capitant notait ainsi en 1934 dans sa préface de la première édition des *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile* le rôle essentiel de la création du juge dans la survie du droit écrit législatif :

« La jurisprudence est, en effet, bien qu'on l'ait contesté, une source de droit comme la loi elle-même, et cette source devient de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. Sans sortir de leur rôle d'interprètes, cherchant dans les textes du Code ou, à défaut, dans les principes généraux qui les dominent, les motifs de leurs jugements, les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine qui complète, enrichit, amende l'œuvre législative. Sans cet apport constant, sans ce rajeunissement incessant, les lois vieilliraient et se dessécheraient. Elles n'échappent à la décrépitude que par cet apport de sang nouveau, par cette végétation complémentaire que leur apporte cette adaptation quotidienne aux besoins du commerce juridique »²²¹.

Cet « apport de sang nouveau » constitué par la jurisprudence complémentaire de la loi est essentiel pour la teneur de l'ordre juridique et de son système de référence, en dépit des

²¹⁸ Cons. const., 3 décembre 2010, 2010-73 QPC, *Société ZEturflimited* [Paris sur les courses hippiques].

²¹⁹ Sur cette doctrine selon une approche comparatiste franco-italienne à l'époque où le Conseil n'opérait qu'un contrôle *a priori*, v. SEVERINO, C., *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, Paris, 2003, 282 p.

²²⁰ Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.

²²¹ Préface de la première édition de l'ouvrage *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, H. Capitant, 1934.

limites formelles posées par l'article 5 du Code civil selon lequel : « *Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». En effet, si l'article 4 du Code civil condamne le déni de justice, l'article 5, héritage de la loi des 16-24 août 1790, repris par la plupart des systèmes juridiques de tradition romano-germanique, interdit de manière expresse ce qu'il était convenu d'appeler sous l'Ancien Régime les « *Arrêts de règlement* » ou « *arrêts en rouge* », ²²² rendus par les Parlements, parfois en contradiction avec le droit édicté par le monarque, lequel ne pouvait réaffirmer son autorité qu'en convoquant un « lit de justice ». Par son objet et sa généralité (applicable à toutes les juridictions), l'article 5 s'apparente à une véritable disposition d'ordre constitutionnel, ainsi que le fit remarquer en 1955 la Commission de réforme du Code civil en proposant de l'exclure du Code pour le transposer dans la Constitution ²²³.

Si la jurisprudence en droit français n'apparaît pas formellement comme une source directe de droit mais plutôt comme une source matérielle ²²⁴, son rôle dépasse pourtant la simple autorité relative à laquelle le Code civil la relègue et le Conseil constitutionnel contribue aujourd'hui à en renforcer le statut. En consacrant la notion d'« *interprétation jurisprudentielle constante* » ²²⁵, comme objet de son contrôle, le Conseil a en effet conféré à la jurisprudence des cours suprêmes un statut formel qu'elle ne se voyait pas reconnaître expressément. Cette situation place néanmoins les deux cours suprêmes dans une situation d'infériorisation inégale par rapport à la loi. En effet, à la différence du juge judiciaire, le juge administratif et en particulier le Conseil d'Etat, a toujours veillé à préserver une certaine indépendance vis-à-vis du droit écrit, notamment de la loi. L'expérience du travail pré législatif, renforcée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ²²⁶, combiné à son œuvre prétorienne ²²⁷ destinée à combler les lacunes du droit écrit, voire à contrer le droit écrit en le sanctionnant ou en l'interprétant dans un sens différent du sens *a priori* ²²⁸, lui ont appris à ne pas s'enfermer dans l'écrit, en dépit de l'emprise contemporaine du droit écrit, notamment législatif, y compris en droit administratif. Ses créations ont parfois d'ailleurs été reprises par le législateur lui-même et, comme le soulignait Yves Gaudemet, le juge administratif, à la différence du juge judiciaire élevé dans la culture de la loi, se considère d'ailleurs plus comme le « *délégué* » du législateur que comme un « *simple serviteur de la loi* » ²²⁹.

²²² Prononcés en *robe rouge*, c'est-à-dire en tenue de cérémonie par les Chambres assemblées, quatre fois par an aux fêtes de Pâques, Pentecôte, Toussaint et Noël en souvenir du temps où l'année judiciaire était rythmée par des sessions. L'arrêt comportait toujours une formule de publicité générale mais n'acquiesçaient force de loi que lorsqu'ils étaient enregistrés par le Parlement qui les avait rendus, délivrance faite par le roi des lettres de cachet ordonnant d'y procéder. Susceptibles de recours devant le Conseil du roi, ils pouvaient être cassés pour excès de pouvoir, incompétence ou violation de la coutume. Les arrêts de règlement intervenaient très peu en matière civile et plutôt en matière de *police*, BEIGNIER, B., « Les arrêts de règlement », *Droits*, n 9, 1989, p. 45 et s.

²²³ Voir sur ce point BEIGNIER, B., « Les arrêts de règlement », *Pouvoirs*, n° 9, 1989, pp. 45-48.

²²⁴ Pour une vision plus relative de la distinction entre sources formelles et sources matérielles du droit, voir AMSELEK, P. « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1982, tome 27, p. 253.

²²⁵ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié].

²²⁶ ROBLOT-TROIZIER, A., SORBARA J.-G., « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », *AJDA* 2009 p. 1994.

²²⁷ Léon Duguit comparait le juge administratif au « *préteur* » romain, évoquant les « *stimulantes créations jurisprudentielles* » tandis que le doyen Vedel déclarait plus tard et en dépit de la progression du droit écrit en droit administratif que « *le droit administratif est un droit structurellement jurisprudentiel* », DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., t. 1, Paris : éd. de Broccard, 1921-1929 ; rééd. 3 vol., Paris : CNRS, 1972, p. 181 ; DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Librairie A. Colin, Paris, 1913, rééd. La mémoire du droit, Paris, 1999, p. 199 ; VEDEL, G., « *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?* », *EDCE*, n° 31, 1980 p. 31.

²²⁸ Pour exemple, CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, Rec.*, p. 110, concl. Delvolvé ; *RDP*, 1951, pp. 478-483 ; GAJA, 14^e éd., p. 410. L'acte dit loi de 1943 est ici interprété comme n'ayant pas exclu le recours pour excès de pouvoir qui est une garantie fondée sur un principe général du droit ayant pour fonction d'assurer le respect de la légalité alors même que le sens littéral du texte l'excluait.

²²⁹ GAUDEMET, Y., *Les méthodes du juge administratif*, op., cit., p. 132 et s.

A la différence en principe du juge judiciaire, la jurisprudence administrative ne se contente pas de prolonger la loi par des interprétations parfois constructives ou neutralisantes, mais contribue à en combler les lacunes en l'absence d'un véritable Code administratif. Le juge administratif intervient donc plus souvent à côté de la loi que dans ou sur la loi, ce qui expose moins sa jurisprudence au mécanisme de la QPC qui suppose de pouvoir invoquer une base législative avec laquelle la jurisprudence forme un tout indissociable. Même lorsqu'il s'appuie sur un texte législatif pour dégager certains principes généraux du droit, c'est toujours en prenant soin de préciser que le texte en question ne fait que reconnaître un principe préexistant, selon la même logique que celle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République²³⁰. Dans cette hypothèse sa jurisprudence n'offre aucune prise légale à la QPC. Comment en effet soulever une QPC par exemple à l'encontre de la jurisprudence *Tropic travaux*²³¹ ou de l'application de la jurisprudence *Association AC!* relative à la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses²³² ? Sur quel objet faire porter un recours contre la théorie des actes détachables, le privilège du préalable ou la théorie du bilan ?²³³ *Quid* d'une QPC sur les arrêts de règlement en général lorsqu'aucune disposition législative ne fonde la solution déterminée par le juge ?²³⁴ La position de la jurisprudence du Conseil d'Etat a été par ailleurs renforcée à l'égard du juge judiciaire lui-même par le Tribunal des conflits dans une décision du 17 octobre 2010 dans laquelle le second est dispensé de poser une question préjudicielle au premier et peut trancher lui-même la question lorsqu'« *il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* »²³⁵.

On notera par ailleurs, qu'à la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat conserve des fonctions d'appel et de premier et dernier ressort qui lui permettent d'affirmer son rôle de gardien de l'unité du droit administratif, en dépit de la diminution progressive de ces fonctions au bénéfice de celle de juge de cassation²³⁶. On notera enfin que si toutes les juridictions sont amenées à jouer un rôle dans la structuration de l'ordre juridique, le Conseil d'Etat se démarque des autres organes juridictionnels puisqu'il est à titre quasi exclusif²³⁷, légalement, puis depuis 1987 constitutionnellement²³⁸, habilité à opérer un contrôle juridictionnel de légalité sur les actes réglementaire de portée nationale. L'acte considéré comme non conforme aux règles et principes qui lui sont supérieurs dont ceux issus de la Constitution²³⁹, n'est non seulement pas applicable à l'espèce mais est sensé disparaître rétroactivement de l'ordonnement juridique, l'administration devant le cas échéant tirer l'ensemble des conséquences de cette sanction²⁴⁰, éventuellement depuis 1995 sous

²³⁰ Sur cette hypothèse à propos du Code du travail et du principe de l'interdiction de licenciement d'un agent public enceinte, voir CE, 8 juin 1973 *Dame Peynet*, Rec., p. 406, Concl. S. Grévisse.

²³¹ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation Guadeloupe*, Rec., p. 360,

²³² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197., D., 2005, p. 26

²³³ Notons que dans un arrêt de non lieu à statuer de la chambre civile de la Cour de cassation, un requérant tenta de contester non pas une disposition législative mais l'absence de disposition législative relative à un éventuel pourvoi en cassation contre les décisions du Conseil supérieur de la magistrature, Cass. Civ., 1^{ère}, 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-60.366.

²³⁴ SAGALOVITSCH, E., « Des effets de la QPC sur les arrêts de règlement », *AJDA* 2011, p. 705.

²³⁵ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine*, Req. 3828 et 3829 ; Francis DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.*, 2011 p. 3046.

²³⁶ Le dernier rapport annuel d'activité du CE fait état d'une activité juridictionnelle se répartissant ainsi : 25% en tant que juge de premier et dernier ressort, 5% en tant que juge d'appel et 70% en tant que juge de cassation. <http://www.conseil-etat.fr/bilan-activite2011/appli.htm>

²³⁷ A l'exception du juge répressif pour les seuls « actes réglementaires » depuis une décision du Tribunal des conflits de 1951 (TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmaret*, Rec., p.638), et depuis l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal de 1994, lorsque « *la solution du procès pénal en dépend* » (art. 111-5 du Code pénal).

²³⁸ Cons. Const., 23 janvier 1987, 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*.

²³⁹ Sauf théorie de la loi écran.

²⁴⁰ A propos d'un acte administratif individuel, CE 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec., p.1065, S.1925.3.49, note Hauriou, *RDP* 1926, p. 32, concl. Cohen.

injonction, assortie ou non d'un délai et d'une astreinte²⁴¹. Ce contrôle via l'excès de pouvoir qui, rappelons le, a été inventé par le juge administratif lui-même avec l'arrêt *Landrin* sous la Restauration²⁴², non seulement garantit le respect du principe de légalité par l'administration, mais surtout fait partie intégrante de cette légalité qu'il contribue à structurer par l'épuration juridique qu'il y réalise et par le recours à des normes non écrites qu'il y intègre.

Comme le soulignait Jean Jacques Gleizal, « *Le droit administratif, droit de l'action administrative, a été construit sur la tête, c'est-à-dire par un processus d'inversion, à partir du contrôle* »²⁴³, à la différence du droit civil et bien entendu aussi du droit constitutionnel, même si le Conseil constitutionnel se permet parfois quelques libertés par rapport aux textes, notamment dans leur combinaison. Le juge administratif doit par conséquent à la fois déterminer et interpréter cette « légalité » de plus en plus composite et souvent très technique afin de résoudre d'éventuelles incompatibilités et contrariétés. Il n'hésite d'ailleurs pas, lorsqu'il le peut, à contourner le conflit de normes en recourant à la technique de l'interprétation conforme, notamment dans le cadre du contrôle de conventionnalité, en droit communautaire comme en droit international. Dans le cadre de la QPC, le Conseil d'Etat n'a pas non plus hésité à refuser le renvoi de questions au motifs qu'elles ne présentaient pas un caractère sérieux, en procédant au préalable à une nouvelle interprétation de la disposition législative en cause²⁴⁴. Il s'agit là d'une voie de détournement de la QPC qui profite bien entendu à l'office de la juridiction suprême en tant qu'interprète authentique de la loi mais aussi de la Constitution, pour laquelle le Conseil constitutionnel ne dispose finalement pas d'un monopole. Il s'agit aussi d'une voie qui profite au justiciable, bénéficiant dès lors, comme dans le cadre d'un avis contentieux²⁴⁵, d'une nouvelle interprétation de la disposition législative par la juridiction suprême, opposable à l'autre partie devant le juge du procès principal²⁴⁶.

Il convient enfin de noter que par la QPC est réaffirmé le monopole du contrôle de conventionnalité du juge ordinaire. Celui-ci demeure un mécanisme majeur, efficace et rodé de protection des droits et libertés fondamentaux permettant de contester la loi dans sa mise en œuvre concrète. Les juridictions suprêmes ont dès lors toute latitude pour ne pas se sentir enfermées dans le mécanisme de la QPC qui, d'une part ne bénéficie que d'une primauté relative vis à vis du droit de l'Union, conformément à l'arrêt *Melki* de la CJUE, et, d'autre part, ne préjuge en aucun cas des effets du contrôle de conventionnalité sur une même disposition législative qui peut, soit être invalidée alors qu'elle ne l'a pas été via une QPC, soit écartée alors que le Conseil constitutionnel avait souhaité auparavant en différer l'abrogation et en préserver les effets passés.

Pour toutes ces raisons et sans doute aussi pour celle relative à la place particulière qu'occupe le Conseil d'Etat aujourd'hui dans l'appareil républicain et dans la « *fabrique du droit* »²⁴⁷, les

²⁴¹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

²⁴² CE, 4 mai 1826, *Landrin*, *Rec.*, p. 256 ; MESTRE, J.-L., « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA*, 2003, p. 211.

²⁴³ GLEIZAL, J.-J., « Introduction » in *L'administration dans son droit, genèse et mutation du DA français*, Publisud, coll. « Critique du Droit », 1985.

²⁴⁴ A. VIALA, « De la puissance à l'acte: la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDJ*, 2011, n° 4, spéc. p. 975

²⁴⁵ Avec l'avantage qu'il en a eu l'initiative à la différence de la demande d'avis contentieux qui est exclusivement placée entre les mains de la juridiction inférieure.

²⁴⁶ *Supra*.

²⁴⁷ Nous ne pouvons ici que renvoyer à la très bonne étude de Bruno Latour, LATOUR, B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, éd. La découverte, Poche, 2004, 319 p.

deux juridictions suprêmes ne peuvent pas être considérées comme placées dans un rapport identique à la loi et par conséquent identique à la mise en œuvre de la QPC.

*

C'est finalement l'interprétation comme « fonction » (non exclusive et ouverte par définition) et non comme « compétence » (exclusive ou tout du moins fermée par définition) qui est le principal enjeu de cette reconfiguration de l'architecture juridictionnelle française qu'induit la QPC. En faisant sienne la doctrine du droit vivant le Conseil constitutionnel a modifié les lignes de fuites de notre système juridictionnel sans pour autant sortir de la structure ternaire préexistante à laquelle se surajoutent les ordres juridictionnels européens au sommet desquels trônent la CJUE et la Cour EDH.

Section 3 : l'enjeu de l'interprétation : le conseil constitutionnel interprète authentique de la loi ?

Dans *Le Fédéraliste*, Alexander Hamilton explique que « l'interprétation des lois est la fonction propre et particulière des tribunaux. Une Constitution est, en fait, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Dès lors, c'est à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens, aussi bien que le sens de toute loi particulière émanant du Corps législatif »²⁴⁸. Si Hamilton a raison sur un point c'est que la fonction juridictionnelle implique une double voire une triple interprétation : celle de la norme applicable au litige, celle de la norme contrôlée (dans le cadre du contentieux des actes juridiques) et celle encadrant la propre compétence du juge. Cependant l'interprétation n'est pas une compétence. Tout au plus est-elle une fonction qui s'exerce finalement à tout moment de la vie d'une norme, par ses destinataires comme par les autorités habilitées à l'appliquer, qu'il s'agisse de l'administration ou du juge. Elle n'appartient donc à personne en propre. Sous l'Ancien-Régime par ailleurs, on distinguait la « fonction d'interprétation » du juge (normative), de « la fonction d'application » (non normative). On a cependant l'habitude, depuis Kelsen, de conférer à certaines autorités le statut d'« interprète authentique » de la norme juridique, les autres acteurs de l'interprétation n'ayant droit au mieux qu'au statut d'« interprètes scientifiques »²⁴⁹. Ce statut est en principe reconnu au juge lorsqu'il fait application du droit, notamment législatif. Compte tenu de l'organisation centralisée des juridictions internes, l'interprétation authentique ultime appartient à la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel, en charge de la faire respecter aux juridictions inférieures et par là d'assurer l'unification du droit dans son application concrète. La Cour de cassation s'est même vue attribuer cette fonction en propre expressément lors de l'abrogation du système du référé législatif par la loi du 1^{er} avril 1837.²⁵⁰

Or, à la différence du contrôle diffus et concret de la constitutionnalité de la loi comme il existe aux Etats-Unis, l'institution d'un contrôle centralisé et abstrait perturbe la fonction d'interprète authentique de la loi confiée en principe aux juridictions suprêmes. En effet, l'organe chargé de ce contrôle est amené pour l'exercer à donner une interprétation aux normes législatives et cherchera à formuler parmi les interprétations possibles celle qui pourra être considérée comme conforme ou, *a minima* compatible, avec la Constitution. La technique des réserves d'interprétation s'est développée sur cette base et consiste d'une certaine manière, dans le cadre du contrôle *a priori* comme du contrôle *a posteriori*, en un prolongement de l'instance constitutionnelle au-delà de celle-là puisque la vie des réserves ne commence qu'après la décision du CC qui les énonce, lors de leur application par le juge ordinaire et par l'administration. Il s'agit donc d'une technique de diffusion de la Constitution qui s'appuie sur les autorités chargées de l'application de la loi. Leur effectivité n'est donc pas attachée à l'acte de promulgation de la loi par le Président de la République (qui ne porte que sur la loi votée par le Parlement), mais à l'ensemble des actes d'application de la loi, de ses décrets d'application aux décisions juridictionnelles en faisant application.

²⁴⁸ HAMILTON, H., *The Federalist Papers*, n° 78, cité par DRAGO, G., « Justice constitutionnelle », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 902.

²⁴⁹ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. d'après la 2^e éd. par Charles Eisenmann, rééd. Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, pp. 339-342.

²⁵⁰ La loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 disposait que la saisine du Corps législatif par le Tribunal de cassation était obligatoire à la suite de deux cassations dans la même affaire et en cas de doute sur l'interprétation d'une loi existante ou de lacune législative. L'abrogation de ce texte par la loi du 1^{er} avril 1837 marque l'émancipation de la « Cour de cassation » (titre qui lui est attribué dès 1804) qui est dès lors habilitée à interpréter souverainement les lois, HALPERIN, J.-L., « Cours suprêmes », in ALLAND, D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 315.

L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, notamment par une procédure incidente, renforce l'immixtion du juge constitutionnel dans la fonction d'interprète authentique de la loi. En effet, le juge est dans ce cas saisi de la loi prise dans son application concrète par les juridictions et pouvant faire parfois l'objet d'une interprétation consacrée par la juridiction suprême. Dans ce cas, et à moins de déconnecter complètement un tel contrôle du procès et de la nécessité d'une garantie concrète des droits et libertés constitutionnels dont la violation est alléguée, le juge constitutionnel est obligé de faire porter son contrôle sur la loi telle qu'interprétée par les juridictions ordinaires, seules habilitées à concrétiser celle-ci. C'est la doctrine italienne du droit vivant et ses prolongements contemporains dans le cadre de la QPC. Le Conseil constitutionnel voit donc son office modifié notamment dans ses relations aux deux juridictions suprêmes. Cette reconfiguration de l'office du Conseil constitutionnel s'appuie sur des facteurs permissifs (§1) contrebalancés néanmoins par l'existence de facteurs de résistance dont certains comportent un fort ancrage historiques (§2).

Emmanuel Cartier

§ 1 : Les facteurs permissifs

Deux facteurs permissifs se détachent de notre analyse et permettent d'imaginer à moyen terme le plein déploiement du nouvel office du Conseil constitutionnel dans sa relation au procès et à l'architecture juridictionnelle dans laquelle celui-ci prend place. Il s'agit d'une part de l'utilisation de la technique des réserves d'interprétation dans les décisions QPC du Conseil constitutionnel comme dans les décisions de filtrage des juridictions ordinaires et notamment des juridictions suprêmes (A). Il s'agit d'autre part de la transformation de l'objet du contrôle de constitutionnalité sous l'emprise de la doctrine du droit vivant (B).

A) L'utilisation des réserves d'interprétation dans les décisions QPC et dans les décisions de filtrage

Anne JENNEQUIN²⁵¹

L'entrée en vigueur de la loi organique du 3 décembre 2009 relative à la QPC n'a pas laissé de s'interroger sur le devenir des techniques juridictionnelles déployées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* de l'article 61 de la Constitution. Cette interrogation peut notamment être soulevée à propos des réserves d'interprétation.

Cette technique permet au Conseil constitutionnel de purger la disposition législative en cause de son venin d'inconstitutionnalité, au lieu de la censurer de manière définitive. Elle enrichit ainsi l'office du juge constitutionnel en ajoutant à la « *sèche alternative décisionnelle* »²⁵² - validation ou censure - une troisième voie, plus souple, celle de la validation sous réserve. Il s'agit en d'autres termes de faire l'économie d'une décision de non-conformité, toutes les fois qu'une certaine interprétation suffit à couvrir l'inconstitutionnalité constatée.

Technique juridictionnelle inaugurée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* dès 1959 et qui s'est largement développée depuis, elle s'inscrit parfaitement dans la logique du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* tel que mis en place par l'article 61-1 de la

²⁵¹ Maître de conférences à l'Université d'Artois, Centre Éthique et Procédures.

²⁵² VIALA, A., *Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, p. 17.

Constitution : elle est en effet en mesure de préserver la sécurité juridique par l'évitement d'une abrogation comme elle est un instrument de dialogue avec les autorités d'application. La technique des réserves d'interprétation a d'ailleurs été utilisée très rapidement par le Conseil constitutionnel, dès sa décision 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Faute inexcusable de l'employeur*. Elle a depuis été employée dans 26 décisions QPC de mars 2010 à décembre 2011.

Si la technique des réserves d'interprétation est d'un recours naturel dans le cadre des décisions QPC, on peut néanmoins se demander si le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité dans lequel elle s'insère ne rétroagit pas sur elle. En d'autres termes, l'utilisation de la technique des réserves d'interprétation dans les décisions QPC se présente-t-elle comme une adaptation ou comme une simple transposition de la technique déployée dans le contrôle *a priori* ?

Si le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité de l'article 61-1 ne modifie nullement la technique des réserves d'interprétation dans sa substance (1), il en renouvelle néanmoins les fonctions (2).

1) La transposition de la technique des réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité n'a pas eu d'incidence sur la technique des réserves d'interprétation telle que développée dans les décisions DC : ont ainsi été reprises à l'identique la typologie des réserves (a) comme leur méthode d'identification (b).

a) La reprise à l'identique de la typologie des réserves d'interprétation

L'examen des décisions QPC de conformité sous réserve révèle l'utilisation par le Conseil Constitution de toute la palette des réserves d'interprétation dont il dispose dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Les réserves d'interprétation peuvent ainsi être tantôt neutralisantes, tantôt constructives, tantôt encore directives. Le Conseil constitutionnel recourt d'ailleurs aux différentes formes de réserves de manière relativement homogène. Sur les 30 réserves d'interprétation contenues dans les 26 décisions QPC de conformité sous réserve rendues entre mars 2010 et décembre 2011, on compte en effet 12 réserves constructives, 10 réserves neutralisantes et 8 réserves directives.

S'agissant des réserves d'interprétation neutralisantes, il s'agit pour le Conseil constitutionnel de priver la disposition législative litigieuse de tout effet juridique ou d'interdire celle des interprétations qui serait inconstitutionnelle. Dans la décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 *Fichier empreintes génétiques* par exemple, pour admettre la conformité à la Constitution de l'article 706-54 du code de procédure pénale, aux termes duquel les officiers de police judiciaire peuvent faire procéder à un rapprochement avec le fichier national des empreintes génétiques de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, le Conseil constitutionnel restreint considérablement les contours de l'expression « crime ou délit » employée par le législateur en considérant qu'elle doit être interprétée comme renvoyant aux infractions énumérées limitativement par l'article 706-55 (et caractérisées par leur gravité).

Dans d'autres décisions de conformité sous réserve, le Conseil constitutionnel recourt aux réserves d'interprétation constructives, par lesquelles il ajoute à la loi des précisions la rendant conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. Une telle réserve a été émise par le juge constitutionnel dans la décision *Hospitalisation sans consentement* en date du 26 novembre 2010, visant à garantir cette fois le droit à un recours juridictionnel effectif. Elle impose ainsi que le juge judiciaire statue sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée. Plus récemment, les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ont conduit le Conseil constitutionnel, dans la décision 2011-199 QPC du 28 novembre 2011, *Discipline des vétérinaires*, à interdire qu'un membre du Conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires qui aurait engagé les poursuites disciplinaires ou accompli des actes d'instruction siège ultérieurement au sein de la chambre supérieure de discipline, complétant ainsi l'article L.242-8 du code rural et de la pêche maritime.

Dernière catégorie de réserves, les réserves d'interprétation directives s'adressent directement aux autorités d'application en leur indiquant la portée qu'elles doivent donner à la disposition législative en cause. On touche ici à l'essence même du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : il s'agit pour le Conseil constitutionnel de corriger la mise en œuvre d'une disposition législative en vigueur, afin de rendre sa mise en œuvre conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a recouru à de telles réserves pour resserrer la contrainte de constitutionnalité sur le pouvoir réglementaire. Il en a été ainsi lorsque la loi en cause, renvoyant à un décret d'application, n'encadrait pas suffisamment son contenu : dans la décision 2010-25 QPC précitée, le Conseil a considéré que le pouvoir réglementaire, auquel le code de procédure pénale confie la détermination de la durée de conservation des données personnelles, devait proportionner la durée de conservation de ces données, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs, et ce afin de garantir le principe de présomption d'innocence. Une autre directive d'interprétation a été adressée au pouvoir réglementaire, cette fois afin d'assurer la conformité dans le temps des régimes de financement de l'allocation personnalisée d'autonomie et de la prestation de compensation du handicap avec le principe de libre administration des collectivités territoriales inscrit à l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution. Les décisions 2011-143 QPC et 2011-145 QPC en date du 30 juin 2011 posent qu'il appartient au pouvoir réglementaire, en cas d'évolution des ressources financières dont bénéficient les départements, d'ajuster le taux de charges nettes par rapport au potentiel fiscal de chaque département à un niveau qui permette que le principe de la libre administration des collectivités territoriales ne soit pas dénaturé.

Le juge judiciaire a par ailleurs été également destinataire de deux réserves d'interprétation directives, visant chacune à garantir le respect du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel l'a invité dans la décision 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 à ne prononcer l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire que si, au regard des circonstances de l'espèce, le versement de la prestation en capital n'offre pas de garanties suffisantes. Le juge judiciaire devra donc motiver, sous le contrôle de la Cour de cassation, sa décision d'attribution forcée d'un bien.

Quoique rares, des réserves d'interprétation directives peuvent également être adressées au législateur lui-même. On peut en trouver un exemple dans les décisions 2011-143 et 2011-144 QPC précitées dans lesquelles le Conseil constitutionnel indique que si l'augmentation des charges nettes faisait obstacle à la réalisation de la garantie prévue par l'article L. 14-10-7 du

code de l'action sociale et des familles et donc au respect du principe de libre administration des collectivités locales, il appartiendrait aux pouvoirs publics - notamment au législateur - de prendre les mesures correctrices appropriées. Cette obligation faite au législateur de compenser l'augmentation des charges par des ressources équivalentes a été rappelée à l'occasion d'une autre réserve directive émise dans la décision 2011-142/145 QPC *Concours de l'Etat au financement par les départements du RMI, RSA et RMA* : dès lors que la prise en charge par les départements de la part du revenu de solidarité active correspondant à l'allocation de parent isolé, dont le coût était antérieurement assumé par l'Etat doit être interprété comme un transfert de compétences entre l'Etat et les départements, celui-ci doit être accompagné de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient antérieurement consacrées à leur exercice.

La transposition de la technique juridictionnelle des réserves d'interprétation au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se caractérise également par la reprise à l'identique de la méthode d'identification de l'interprétation correctrice.

b) La reprise à l'identique de la méthode d'identification des réserves d'interprétation

Quant à la méthode utilisée pour faire apparaître l'interprétation conforme à la Constitution qui doit s'imposer tout d'abord, elle présente, comme dans le cadre du contrôle *a priori* exercé sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, différentes facettes.

Le Conseil constitutionnel peut en premier lieu se fonder sur l'intention du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires. En fournit un bon exemple la décision 2010-20/21 QPC *Loi Université* laquelle complète l'article L.712-2 du code de l'éducation relatif au pouvoir de veto du président de l'université pour le recrutement, la mutation et le détachement des enseignants-chercheurs par une réserve constructive de nature à le rendre conforme au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs : le Conseil constitutionnel y précise que le président de l'université ne saurait fonder son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection. Cette réserve est conforme aux débats parlementaires et notamment à l'interprétation qui avait été retenue par le gouvernement²⁵³. De même, dans les décisions 2010-57 QPC *Taxe générale sur les activités polluantes* et 2010-101 QPC *Professionnels libéraux soumis à une procédure collective*, le Conseil constitutionnel fait référence à l'intention du législateur telle qu'elle ressort du dispositif législatif pour en neutraliser les dispositions qui remettraient en cause respectivement les principes d'égalité devant les charges publiques et d'égalité devant la loi. Les réserves neutralisantes apparaissent ainsi comme un moyen de réaliser pleinement la volonté du législateur.

Les réserves d'interprétation peuvent en second lieu résulter d'une combinaison avec d'autres principes du droit positif, auxquels la confrontation de la disposition litigieuse permet de fonder une interprétation correctrice. Les principes constitutionnels fournissent à cet égard une belle source d'inspiration pour le juge constitutionnel. Il en est ainsi du principe d'égalité devant les charges publiques qui fonde l'émission d'une réserve neutralisante dans la décision 2010-70 QPC *Lutte contre l'évasion fiscale* proscrivant l'assujettissement à une double

²⁵³ Lors des débats parlementaires, le ministre de l'intérieur présentait le pouvoir de veto du président en ces termes : « le président de l'université ne pourra pas fonder son avis défavorable sur un motif tiré de l'appréciation des mérites du candidat. (...) Cette appréciation relève exclusivement des jurys et des comités de sélection » (séance du 12 juillet 2007 au Sénat).

imposition pour un seul et même impôt. Le droit de propriété inscrit à l'article 2 de la Déclaration de 1789 sert également de fondement à des réserves d'interprétation : il impose dans la décision 2011-201 QPC *Plan d'alignement* la réserve d'interprétation constructive selon laquelle la réparation du préjudice résultant du plan d'alignement doit être intégrale, et notamment prendre en considération le préjudice subi du fait de la servitude de reculement ; il commande dans la décision 2011-151 QPC *Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire* que l'attribution forcée d'un bien ne soit qu'une modalité d'exécution subsidiaire de la prestation compensatoire en capital.

Le recours aux principes constitutionnels peut d'ailleurs conduire le Conseil constitutionnel à une véritable réécriture de la loi, loin de l'intention du législateur : dans la décision 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Faute inexcusable de l'employeur*, alors que l'article L.452-3 du code de la sécurité sociale restreint très clairement les chefs de préjudice pour lesquels la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle peut demander réparation à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel estime qu'« *en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages* ». Il neutralise ainsi par là même les effets juridiques de la disposition litigieuse en cas de faute inexcusable de l'employeur. Cette solution a par la suite été étendue au régime spécial d'indemnisation des accidents de travail des marins dans la décision 2011-127 QPC du 6 mai 2011. On peut également faire état de la décision 2011-164 QPC en date du 16 septembre 2011, *Responsabilité du producteur d'un site en ligne* dans laquelle le juge constitutionnel neutralise le régime de responsabilité de plein droit des producteurs de sites internet mis en place par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, en excluant qu'un producteur puisse voir sa responsabilité engagée à raison du seul contenu du message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne, interprétation qui serait contraire à la présomption d'innocence énoncée à l'article 9 de la Déclaration de 1789. On citera enfin la décision 2011-153 QPC du 13 juillet 2011 dans laquelle le Conseil constitutionnel interprète l'article 186 du code de procédure pénale limitant la liste des actes susceptibles d'appel par le mis en examen comme permettant tout appel du mis en examen contre les ordonnances du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction faisant grief à ses droits et dont il ne pourrait utilement remettre en cause les dispositions ni dans les formes prévues par les articles 186 à 186-3 du code de procédure pénale ni dans la suite de la procédure, notamment devant la juridiction de jugement. Le Conseil fonde cette réserve neutralisante sur les droits de la défense.

Quant au style utilisé pour émettre la réserve enfin, le Conseil constitutionnel a également transposé en matière de contrôle *a posteriori* la méthode qu'il utilise systématiquement depuis 2002, à savoir la désignation expresse dans les motifs des réserves émises ainsi que l'indication des réserves dans le dispositif avec la précision des considérants les contenant. On retrouve donc dans le cadre de l'article 61-1 le même souci du Conseil d'assurer la lisibilité et l'intelligibilité des réserves d'interprétation qu'il émet.

Si le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité n'a pas modifié la technique des réserves d'interprétation, il a pour autant contribué au renouvellement de ses fonctions.

2) Le renouvellement des fonctions des réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité opéré dans le cadre des décisions QPC rénove les fonctions classiques des réserves d'interprétation, que sont la préservation de la sécurité juridique (1) comme l'interaction avec les autorités d'application (2).

a) L'extension de la fonction de préservation de la sécurité juridique

Si la fonction de préservation de la sécurité juridique se réduisait dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* à une fonction d'anticipation et de prévention des inconstitutionnalités, elle se décline en outre dans le cadre du contrôle *a posteriori* en une fonction d'évitement des vides juridiques.

Par sa fonction d'anticipation et de prévention des inconstitutionnalités, la technique des réserves comporte en elle-même, et quel que soit le type de contrôle *a priori* ou *a posteriori* en cause, le souci de préserver la sécurité juridique. Il s'agit en effet pour le Conseil constitutionnel d'anticiper les éventuelles inconstitutionnalités qui pourraient survenir postérieurement à son contrôle et de les neutraliser par l'imposition d'une interprétation conforme. Les réserves d'interprétation ont alors pour fonction d'éviter une application inconstitutionnelle des dispositions législatives tantôt en encadrant leur mise en œuvre par les autorités de l'Etat, tantôt en encadrant la jurisprudence administrative ou judiciaire, tantôt encore en réglant par avance les difficultés d'application qui pourraient apparaître. Elles assurent ainsi une interprétation uniforme des lois et contribuent à éclairer les justiciables sur la portée et la signification des normes. Le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois remplit assurément cette fonction de préservation de la sécurité juridique.

Mais le caractère *a posteriori* du contrôle dans les décisions QPC réactive en quelque sorte l'exigence de sécurité juridique : il ne s'agit plus seulement d'éviter les atteintes à la Constitution, encore faut-il éviter les situations de vide juridique. La déclaration d'inconstitutionnalité est loin d'être aussi inoffensive que dans le cadre du contrôle *a priori*, dans lequel par définition la loi contrôlée n'a pas encore reçu un début d'application. Elle comporte au contraire le risque d'une remise en cause des situations juridiques existantes et des effets juridiques passés de la disposition législative en cause. La justification des réserves d'interprétation est ainsi renouvelée dans le cadre des décisions QPC : le choix d'une déclaration de conformité sous réserve peut ainsi résulter de la balance des avantages et inconvénients d'une abrogation au regard de la disposition législative en cause ou au regard du degré de gravité de l'inconstitutionnalité constatée. La réserve d'interprétation peut ainsi être le recours toutes les fois que l'abrogation de la disposition législative apparaît disproportionnée pour faire disparaître l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Tel est le cas de la réserve d'interprétation neutralisante émise par la décision 2011-153 QPC en date du 13 juillet 2011 *Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention* et consistant à écarter l'interprétation limitative – retenue par le code de procédure pénale - de la liste des actes susceptibles d'appel par le mis en examen. Si une telle limitation des cas d'appel porte atteinte par elle-même aux droits de la défense, son abrogation aurait semblé néanmoins disproportionnée, compte tenu de ce que les cas visés par la réserve sont dans les faits rares. D'une part, la Cour de cassation a admis dans certains cas une possibilité d'appel, au-delà de la lettre du texte ; d'autre part, l'absence d'appel est bien souvent compensée dans la suite de la procédure²⁵⁴.

²⁵⁴ Cah. Cons const. 2012.

Bien qu'elles aient pour fonction d'éviter les vides juridiques, les réserves d'interprétation peuvent par elles-mêmes échouer à préserver la sécurité juridique. Elles ont en effet et par principe vocation, comme tout autre élément du dispositif, à s'appliquer immédiatement, à compter de la publication de la décision. Elles portent ainsi le risque de remettre en cause les procédures en cours à la date de la publication de la décision. Tel était le cas de la réserve d'interprétation constructive émise par le Conseil dans la décision 2010-62 QPC du 17 décembre 2010 *Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention*, aux termes de laquelle le juge des libertés et de la détention ne peut rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public. Son application immédiate aurait entraîné l'invalidation de nombreuses procédures engagées antérieurement, pour non-respect du principe du contradictoire. Pour la toute première fois, cette décision consacre donc une réserve d'interprétation à effet différé, applicable aux demandes de mise en liberté formées à compter de la publication de la décision. C'est ainsi que le caractère *a posteriori* du contrôle de constitutionnalité a enrichi la technique des réserves d'interprétation par l'inauguration de la modulation dans le temps des effets des réserves. Un tel effet différé n'avait naturellement pas été consacré dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, ne présentant aucun intérêt pour des lois non encore entrées en vigueur. Pour cette consécration, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur les dispositions de l'article 62 de la Constitution l'autorisant à « *déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Bien que ces dispositions visent les hypothèses d'abrogation, le raisonnement est néanmoins logique et cohérent, dès lors que la réserve d'interprétation se présente comme une validation d'une disposition en elle-même inconstitutionnelle, et qui aurait été susceptible d'abrogation. Cette technique de modulation dans le temps des effets d'une réserve a été appliquée une seconde fois, également en matière de procédure pénale, à propos des auditions avant tout placement en garde à vue. La décision 2011- 191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 *Garde à vue II* précise ainsi que la réserve n'est applicable qu'aux « *auditions réalisées postérieurement à la publication de la présente décision* », afin d'éviter qu'elle ne soit cause de nullité de procédures déjà engagées à cette date. Le recours à une telle modulation devrait cependant rester rare, le principe étant l'application immédiate et l'effet différé l'exception en matière de détermination des effets dans le temps d'une décision du Conseil constitutionnel.

Si les exigences de sécurité juridique, plus prégnantes dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, ont enrichi et renouvelé la technique des réserves d'interprétation, il semble que celle-ci fasse néanmoins dans la pratique les frais de la concurrence d'une autre technique, celle de l'abrogation différée. Celle-ci garantit en effet également le respect de la sécurité juridique, tout en respectant davantage la compétence du législateur, auquel échoit la charge de réécrire la loi pour la rendre conforme à la Constitution. Ce choix dans les voies décisionnelles explique probablement le faible taux de décisions de conformité sous réserve par rapport à celui constaté dans les décisions DC.

Emises dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, les réserves d'interprétation contribueront également au développement de l'interaction du Conseil constitutionnel avec les autorités d'application.

b) La rénovation de la fonction de dialogue du Conseil constitutionnel avec les autorités d'application

La technique des réserves d'interprétation n'a pas toujours été reçue favorablement par la doctrine, dénonçant un brouillage des limites du contrôle de constitutionnalité et donc, par là même, des fonctions du juge constitutionnel. A ainsi été critiqué le positionnement du Conseil constitutionnel au regard des autorités d'application : alors que le contrôle *a priori* ne s'adresse qu'au législateur et par définition avant toute entrée en vigueur de la disposition législative, par les réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel anticipe la mise en œuvre de la loi par les autorités d'application en leur délivrant des indications sur la manière dont elles doivent en interpréter les dispositions, leur laissant au final la responsabilité du respect de la Constitution.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de l'article 61-1, la technique des réserves d'interprétation bénéficie d'emblée d'une plus grande légitimité et échappe à cette critique. L'appréciation de la conformité de la disposition contestée aux droits et libertés garantis par la Constitution se fait en effet moins au regard de la disposition « brute », telle qu'adoptée par le législateur, qu'au regard de la disposition « réelle », telle qu'appliquée par le juge. Le contrôle ne s'adresse pas ainsi exclusivement au législateur mais aussi – et peut-être surtout – aux autorités d'application, lesquelles sont saisies de litiges concrets mettant en cause la disposition législative contestée. Le dispositif de la QPC offre ainsi au Conseil constitutionnel un angle de vue tout à fait nouveau et l'érige en interlocuteur des juridictions administratives et judiciaires. A cet égard, les réserves d'interprétation peuvent renforcer le dialogue entre les juges : elles peuvent être un moyen pour le Conseil constitutionnel d'indiquer aux autorités d'application la manière dont elles doivent désormais comprendre et mettre en œuvre la disposition législative en cause. Elles constituent ainsi le prolongement normal du contrôle *a posteriori*. Ceci est d'autant plus vrai qu'une QPC peut être posée à l'encontre de l'interprétation juridictionnelle donnée à une disposition législative²⁵⁵. Le Conseil constitutionnel peut ainsi par une réserve d'interprétation corriger la portée donnée par le juge à une disposition législative. Il a d'ailleurs procédé à une telle rectification dans la décision 2011-127 QPC *Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins*, en reconnaissant un droit à l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur contrairement à l'interprétation donnée par la Cour de cassation aux dispositions de l'article L. 413-12 du code de sécurité sociale.

Un recours excessif aux réserves d'interprétation dans les décisions QPC pourrait cependant conduire le juge constitutionnel à abuser de sa position au regard du législateur auquel il se substituerait trop souvent pour réécrire la loi, comme au regard des autorités d'application qu'il surchargerait de directives d'interprétation. C'est donc à un subtil équilibre que doit parvenir le Conseil constitutionnel dans l'utilisation des réserves d'interprétation dans les décisions QPC. Il semble que jusqu'à présent tel a été le cas. Sur les 174 décisions QPC rendues entre le 1^{er} mars 2010 et le 31 décembre 2011, seules 26 contiennent des réserves d'interprétation, soit près de 15 % des décisions QPC. Cette proportion a été stable sur les deux années : 14 % en 2010 (soit 9 décisions sur 64) et 15,4 en 2011 (soit 17 décisions sur 110)²⁵⁶. Bien qu'il soit trop tôt pour en tirer un quelconque enseignement, il semble que l'année 2012 connaisse néanmoins une inflexion avec seulement trois décisions de conformité

²⁵⁵ CE, 15 juill. 2010, n° 322419, *Compagnie agricole de la Crau* et Cons. const., 14 octobre 2010, 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau* [Imposition due par une société agricole].

²⁵⁶ Les statistiques sont similaires si l'on prend en compte les taux de déclaration de conformité sous réserve dans les décisions QPC de mars 2010 à février 2011 et de mars 2011 à février 2012, avec respectivement des taux de 13,2 % (9 décisions sur 83) et 13,6 % (17 décisions sur 110).

sous réserve sur les 38 décisions QPC rendues de janvier à fin mai. Ainsi en dépit de l'adaptation des réserves d'interprétation au contrôle *a posteriori*, leur taux de recours est plus faible que celui constaté dans les décisions DC et oscillant selon les années entre 30 et 40 %.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* comme *a priori*, la réserve d'interprétation est revêtue de l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel, en tant qu'élément du dispositif et « *motif qui constitue le soutien nécessaire du dispositif et en constitue le fondement même* »²⁵⁷. Elle s'impose ainsi, en vertu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Le Conseil d'Etat, dès un arrêt du 15 décembre 2010 SNES-FSU, et la Cour de cassation, dès un arrêt de la chambre criminelle du 28 avril 2011, ont eu l'occasion de faire application de réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Ce sont les réserves émises essentiellement dans la décision 2010-20/21 QPC *Loi Université*, mais aussi dans les décisions 2010-8 QPC *Faute inexcusable de l'employeur* et 2010-88 QPC *Evaluation du train de vie* qui ont été appliquées par le Conseil d'Etat, tandis que la Cour de cassation a eu à tirer les conséquences principalement de la réserve émise par la décision 2010-62 QPC *Détention provisoire* et plus accessoirement de celles contenues dans les décisions 2010-8 QPC et 2011-164 QPC *Responsabilité des producteurs en ligne*. L'application des réserves d'interprétation est aisément identifiable dans les arrêts des deux juridictions suprêmes, lesquels font expressément référence dans les motifs aux réserves émises par le Conseil selon des formules variables : « *il résulte de ce qui a été jugé par le Conseil constitutionnel dans sa décision...* »²⁵⁸, « *ainsi qu'il résulte de la réserve d'interprétation dont la décision [...] a assorti la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions litigieuses* »²⁵⁹, « *l'article [...] tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision [...]* »²⁶⁰. Les visas des arrêts du Conseil d'Etat mentionnent en outre quasi-systématiquement les décisions du Conseil dont il s'agit d'appliquer les réserves.

Si l'émission par le Conseil de réserves suffit à les rendre applicables et obligatoires à l'encontre de l'ensemble des autorités politiques, administratives et juridictionnelles, il nous faut néanmoins constater la tendance du législateur à modifier ultérieurement la disposition législative objet de la réserve, afin d'inscrire cette dernière textuellement. Le Parlement peut ainsi se réapproprier l'écriture de la loi, par une sorte d'opération de ratification législative de la réserve d'interprétation. Cette pratique est par ailleurs de nature à améliorer l'accessibilité du droit et à en faciliter l'application. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 modifie ainsi l'article 704-54 du code de procédure pénale pour y inscrire la réserve formulée par le Conseil constitutionnel dans la décision 2010-25 QPC *Fichier empreintes génétiques*. De même, déposé avant la décision 2010-71 QPC *Hospitalisation sans consentement*, le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a fait l'objet d'une lettre rectificative se proposant d'insérer dans la nouvelle rédaction de l'article L.3211-12 du code de la santé publique la mention « *à bref délai* », pour se conformer aux exigences posées par le Conseil dans une réserve constructive²⁶¹. Plus encore, la loi n° 2011-392 relative à la garde à vue du 14 avril 2011

²⁵⁷ Cons. const., 89-258 DC, 8 juillet 1989.

²⁵⁸ CE, 26 oct. 2011, 334084, *Isabelle A.* et CE, 30 nov. 2011, 330611, *François A.*

²⁵⁹ CE, 26 mars 2012, 340466, *Joyce A.*

²⁶⁰ Cass. civ. 2^e, 28 avr. 2011, *Consorts X.*, pourvoi n° 10-14771 ; CE, 22 juin 2011, *Catherine A.*, 320744.

²⁶¹ « Le 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur plusieurs articles du code de la santé publique relatifs à l'hospitalisation psychiatrique à la demande d'un tiers, a été amené à préciser pour la première fois l'interprétation qu'il convenait de retenir des exigences constitutionnelles en matière de soins sans

reprend telles quelles les deux réserves constructives émises par le Conseil constitutionnel dans la décision *Mise à la disposition de la justice* du 17 décembre 2010, en les inscrivant *in extenso* dans l'article 803-3 du code de procédure pénale. Le projet de loi avait été initialement déposé pour tirer les conséquences de l'abrogation différée de dispositions du code de procédure pénale relatives à la garde à vue par la décision 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 et mettre en conformité avec la Constitution le régime juridique de la garde à vue et rien ne contraignait le législateur à inscrire également dans les textes les réserves d'interprétation émises dans la décision 2010-80 QPC.

B) La transmission des QPC au CC pour cause d'interprétation non-conforme ou l'emprise du droit vivant

1) L'interprétation de la loi pénale par le Conseil constitutionnel : la position sibylline de la Chambre criminelle

Geoffroy HILGER²⁶²

a) La spécificité de la question dans le champ pénal

Selon BECCARIA et MONTESQUIEU, il ne devrait exister aucune interprétation de la loi pénale. MONTESQUIEU rappelait ainsi que « *le juge ne doit être que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »²⁶³, tandis que BECCARIA précisait que « *le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut être confié aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateurs* »²⁶⁴. La rédaction imparfaite des textes pénaux nécessitait néanmoins une interprétation de la loi pénale par le juge répressif, afin de lui assurer une cohérence.

L'article 111-4 du Code pénal dispose donc que « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». En ce sens, le juge répressif, lié par le principe de légalité, ne doit pas interpréter la loi de manière extensive, c'est-à-dire qu'il ne doit pas donner au texte pénal une portée que le législateur n'aurait pas prévue. Toute interprétation du texte n'est toutefois pas interdite dans la mesure où le juge pénal peut rechercher le sens exact de la loi mais en respectant son champ d'application. En conséquence, l'interprétation doit être la plus juste et la plus fidèle à la loi car le juge répressif ne jouit en principe d'aucun pouvoir créateur. Pourtant, il est arrivé que ce dernier crée du droit alors même que ce pouvoir ne lui est pas reconnu.

L'imprécision de la loi pénale a inévitablement conduit la Chambre criminelle à développer son interprétation créatrice pour parfaire la norme interprétée²⁶⁵. Elle a ainsi été amenée à définir la prostitution²⁶⁶ lorsqu'elle réprimait l'infraction de proxénétisme. La Haute cour a également étendu le champ d'application effectif du délit d'abus de confiance en reconnaissant que le bien remis à charge d'être restitué pouvait être corporel comme incorporel²⁶⁷. De la même manière, la Cour de cassation a développé une importante

consentement dans des termes qui appellent plusieurs adaptations du projet de loi déposé le 5 mai 2010 » (exposé des motifs). Ce projet de loi est devenu la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

²⁶² Doctorant à l'Université Lille 2, CERDP- Équipe René Demogue (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit).

²⁶³ *De l'esprit des lois*.

²⁶⁴ *Des délits et des peines*.

²⁶⁵ DREYER (E.), *Droit pénal général*, Paris : Litec, 2010, p. 331, § 522.

²⁶⁶ Cass. crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 138.

²⁶⁷ Cass. crim., 14 novembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 338 – Cass. crim., 22 septembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 218.

jurisprudence relative au viol²⁶⁸. Ces exemples non exhaustifs montrent que le juge pénal accomplit son office pour combler l'imprécision des textes d'incrimination, ce qui a contribué à créer des interprétations prétoriennes constantes²⁶⁹. En l'occurrence, la Chambre criminelle a pu réaliser des constructions jurisprudentielles à partir de la loi pénale et produire des « règles de droit qui s'ajoutent aux textes interprétés et qui en facilitent l'application »²⁷⁰ concrète. La Cour suprême a donc développé un véritable droit vivant qui présente de ce fait un caractère obligatoire mais qui n'était soumis à aucun contrôle jusqu'à l'introduction de la QPC dans le paysage juridictionnel français.

Effectivement, outre le fait qu'elle a permis la réunion des conditions nécessaires à une nouvelle compétition entre les Cours suprêmes et en particulier la Cour de cassation²⁷¹, la réforme a offert la possibilité au Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'interprétée par la Chambre criminelle. La mise en place du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* devrait dorénavant permettre d'apprécier la régularité d'un texte vivant et appliqué concrètement par la Chambre criminelle, en dehors d'un contrôle de conformité classique et abstrait²⁷². L'intérêt de la QPC réside justement dans cette possibilité et donne à ce mécanisme tout son sens et une partie de son efficacité²⁷³. La Cour EDH a par ailleurs précisé que la norme pénale devait être appréhendée telle qu'elle était interprétée par les juridictions²⁷⁴.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a admis qu'il était impossible de séparer la disposition législative de l'interprétation qui en est donnée par les magistrats car « *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* »²⁷⁵. Il s'autorise donc à contrôler la constitutionnalité de l'interprétation de la disposition législative donnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Pourtant, la Chambre criminelle s'est montrée réticente à ce que son interprétation puisse faire l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel. L'attitude réservée des magistrats a de ce fait contribué à l'insuccès de la QPC en matière pénale puisque les Sages ne pouvaient pas exercer un contrôle de l'application de la loi. De cette manière, la Cour de cassation entend probablement conserver la souveraineté de son pouvoir d'interprétation de la loi et sa fonction unificatrice en la matière.

En effet, l'alinéa trois de l'article 62 de la Constitution prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux autorités juridictionnelles. Or, la Chambre criminelle a admis à propos d'une décision DC que « *si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*

²⁶⁸ A propos de la personne commettant l'acte de pénétration sexuelle : Cass. crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 429 (victime) – Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 274 (agresseur uniquement).

²⁶⁹ A propos du délit de non-représentation d'enfant en cas de remise en cause ultérieure des modalités de représentation du mineur : Cass. crim., 8 décembre 1964, *Bull. crim.* 1964, n° 332 – Cass. crim., 15 novembre 1978, *Bull. crim.* 1978, n° 318 – Cass. crim., 21 mai 1980, *Bull. crim.* 1980, n° 157 – Cass. crim., 29 novembre 1982, *Bull. crim.* 1982, n° 270 – Cass. crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85.421.

²⁷⁰ DREYER (E.), *Droit pénal général*, Paris : Litec, 2010, p. 332, § 524.

²⁷¹ BECHILLON (D. de), « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 33.

²⁷² MOLFESSIS (N.), « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP G.* 2010, doctr., 1039 ; En ce sens : DEUMIER (P.), « La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010, p. 508.

²⁷³ ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 9.

²⁷⁴ CEDH, 22 novembre 1995, *S. W. c/ RU*, req. n° 20166/92, § 36.

²⁷⁵ Cons. const., 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], considérant n° 2 – Cons. const., 14 octobre 2010, 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau* [Imposition due par une société agricole], considérant n° 4. Position confirmée par : Cons. const. 4 février 2011, 2010-96 QPC, *M. Jean-Louis L.* [Zone des 50 pas géométriques], considérant n° 4.

s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent [...] aux autorités [...] juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil »²⁷⁶. A fortiori, une décision QPC s'impose avec la même force à la Chambre criminelle, qu'elle porte sur une disposition législative seule ou sur une disposition législative telle qu'interprétée par le juge répressif. Dans ces conditions, l'interprétation de la Chambre criminelle serait susceptible d'être censurée si elle n'était pas conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi rappeler au juge pénal qu'il ne doit ni franchir certaines limites ni adopter par la suite une interprétation proche de celle qui a été censurée. La Chambre criminelle devrait donc modifier à l'avenir l'interprétation et l'application de la disposition législative en cause. Or, ce n'est pas tant l'interprétation prétorienne qui est mise en cause par la QPC, mais plutôt la loi pénale dont est issue cette interprétation en raison de ses lacunes. Par conséquent, lorsqu'elle décide de ne pas transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, la Chambre criminelle devrait justifier précisément, par l'examen de la condition de sérieux, en quoi la disposition législative telle qu'interprétée est conforme à la Constitution.

Dès lors, l'emprise du droit vivant semble avoir créé les conditions nécessaires à une rivalité entre le Conseil constitutionnel et la Chambre criminelle. Grâce à ses nouvelles prérogatives en matière de filtrage, la Chambre criminelle s'est montrée réticente à ouvrir largement la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'autant plus lorsqu'elle portait sur l'interprétation d'une disposition législative. Elle empêche ainsi tout contrôle de l'interprétation et de l'application de la loi par le juge constitutionnel dans un domaine du droit pourtant sensible aux droits et libertés fondamentales. Loin de satisfaire aux exigences démocratiques de la procédure QPC, la Cour de cassation s'est alors inscrite dans une démarche classique pour refuser tout contrôle sur le droit vivant qu'elle a pu développer (b), avant d'accepter progressivement un contrôle de son interprétation prétorienne (c).

b) Le refus traditionnel d'un contrôle du « droit vivant »

Afin d'éviter toute intrusion du droit vivant dans le mécanisme de la QPC, la Chambre criminelle a développé une doctrine restrictive de la notion de « disposition législative ». En effet, la QPC ne concerne que les textes à valeur législative et cette valeur n'est pas conférée à l'interprétation jurisprudentielle de la Chambre criminelle. Il semblerait évident qu'aucune QPC ne puisse porter sur l'interprétation prétorienne d'une disposition législative d'autant plus que la règle du précédent ne s'applique pas en droit français. Les juridictions du fond sont libres de statuer souverainement, tout en se conformant à la loi, étant donné que les principes dégagés par l'interprétation prétorienne ne sont pas des normes à valeur législative²⁷⁷.

Par ailleurs, la Cour de cassation est traditionnellement perçue comme la gardienne de la loi. Or, la procédure QPC a modifié le rapport de la jurisprudence à la loi. En ce sens, la Chambre criminelle ne peut plus l'emporter dans cette relation de subordination qui soumet la loi à la Constitution²⁷⁸. A cela s'ajoute le fait que le Conseil constitutionnel a intégré la scène du procès puisqu'il « *a bien vocation à participer à la détermination même de la règle applicable au litige* »²⁷⁹. La solution du procès peut donc *in fine* dépendre du renvoi ou non de la QPC au

²⁷⁶ Cass. crim., 10 octobre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 206.

²⁷⁷ En ce sens : DECHEPY (J.), « L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de droit. Essai de synthèse », *Rev. pénit.* 2012, p. 53.

²⁷⁸ MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de la cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83.

²⁷⁹ MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de la cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83.

Conseil constitutionnel. Dès lors, transmettre une QPC portant sur une interprétation jurisprudentielle reviendrait pour la Chambre criminelle à nier son pouvoir juridictionnel, étant donné que l'issue du procès ne dépendrait plus de l'application et de l'interprétation qu'elle peut faire de la loi. L'office des juges s'en trouve donc bouleversé, raison pour laquelle la Chambre criminelle a soustrait sa jurisprudence au contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Cette position a ainsi été clairement affirmée (1) pour être ensuite renouvelée (2).

1- Un refus affirmé par la Chambre criminelle en mai 2010

Confortée par la position de l'assemblée plénière de la Cour de cassation²⁸⁰, la Chambre criminelle a décidé qu' « *aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait aux exigences du texte précité* »²⁸¹. Par la suite, la Haute cour n'a eu de cesse de réaffirmer ce principe notamment à propos de la motivation des arrêts d'assises²⁸². Une position proche a été retenue par la Chambre criminelle les 19 et 31 mai 2010.

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation a décidé que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la "théorie de la peine justifiée", élaborée à partir de cette disposition législative* »²⁸³. Cette théorie permet ne pas censurer une qualification inexacte si la peine prononcée est justifiée au regard de la qualification qui aurait dû être retenue²⁸⁴. Dans cette espèce, le demandeur justifiait sa question par l'atteinte qui était faite aux droits de la défense et au principe d'individualisation des peines. Or, une règle essentielle du procès pénal exige que la personne poursuivie soit informée des faits qui lui sont reprochés mais, également de leur exacte qualification pénale, d'autant plus qu'il lui est impossible de contester en fait la nouvelle qualification juridique après la réussite d'un pourvoi en cassation. La Cour européenne des droits de l'homme avait par ailleurs jugé qu'en « *matière pénale, une information précise et complète des charges pesant contre un accusé, et donc la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure* »²⁸⁵. Le prévenu ne peut donc pas s'expliquer par la suite sur la nouvelle qualification pénale retenue²⁸⁶. La QPC aurait alors pu évidemment prospérer sur ce point mais cela amènerait la Chambre criminelle à admettre la contrariété de son interprétation avec la Constitution. De même, rien ne permet de dire que la juridiction du fond

²⁸⁰ Cass. ass. plén. 19 mai 2010, pourvoi n° 09-70.161.

²⁸¹ Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-82.582 – Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-83.328, – Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-87.307.

²⁸² Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-86.373 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-87.925 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-87.906 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-87.870 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-86.373 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-85.359 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-84.928 – Cass. crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 09-86.328 – Cass. crim., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-87.205 – Cass. crim., 9 juillet 2010, pourvoi n° 09-87.297 – Cass. crim., 9 juillet 2010, pourvoi n° 09-88.414.

²⁸³ Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-87.651.

²⁸⁴ Cass. crim., 26 mars 1974, *Bull. crim.* 1974, n° 129 – Cass. crim., 14 juin 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 218.

²⁸⁵ CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, req. n° 25444/94, § 52.

²⁸⁶ CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, req. n° 25444/94, § 63.

aurait prononcé la même peine avec la nouvelle qualification²⁸⁷. Sur ce point, la Chambre criminelle a donc placé sa jurisprudence à l'abri de toutes critiques du Conseil constitutionnel. L'interprétation prétorienne jouit en définitive d'une autonomie préjudiciable aux droits et libertés des citoyens, puisque celle-ci n'est ni soumise aux normes constitutionnelles ni au contrôle du Conseil constitutionnel.

Dans le second arrêt, les hauts magistrats ont affirmé que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise mais l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation* »²⁸⁸.

Ces deux décisions se distinguent néanmoins puisque la Cour de cassation précise que la QPC ne remplit pas la condition de sérieux. Toutefois, auparavant, elle ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 61-1 de la Constitution, en ce qu'elle ne visait pas directement une disposition législative mais l'interprétation qui en faite. En réalité, la Chambre criminelle a toujours utilisé le filtre de la condition de sérieux dans la mesure où sa motivation intervient après l'analyse des deux autres conditions de recevabilité. C'est par ce biais qu'elle a maintenu sa position pour refuser tout contrôle sur le droit vivant.

2- Un refus renouvelé par la Chambre criminelle

La Cour suprême a ensuite maintenu sa jurisprudence. Elle est néanmoins revenue à l'exigence des termes de l'article 61-1 de la Constitution concernant l'examen du critère sérieux²⁸⁹, pour ensuite analyser à nouveau concrètement la condition de sérieux afin de refuser la transmission d'une QPC portant sur le droit vivant.

Elle a en effet jugé que « *la question tend en réalité non à contester la constitutionnalité des dispositions critiquées, mais une interprétation éventuelle de celles-ci par les juridictions* »²⁹⁰. Ici, la question posée contestait la constitutionnalité de l'article 6, 9° de la loi n° 2002-1062 portant amnistie du 6 août 2002 sur le fondement du principe d'égalité. La disposition en cause autorisait l'amnistie des *infractions* punies de peines complémentaires à titre de peine principale en application du seul article 131-11 du Code pénal. La peine complémentaire du suivi socio-judiciaire de l'article 131-36-7 du Code pénal était donc exclue du dispositif. Dès lors, la Cour de cassation se réserverait-elle le droit de faire vivre le texte en élargissant le dispositif d'amnistie malgré la lettre de la loi et les compétences exclusives du Parlement en matière d'amnistie ? Cela semble impossible. En effet, de jurisprudence constante, la Cour de cassation fait preuve de sévérité dans l'application des lois d'amnistie. Elle juge ainsi que « *les lois d'amnistie sont des lois d'exceptions qui doivent être appliquées dans leurs termes mêmes et qu'il ne saurait appartenir aux juges d'étendre leurs dispositions à des cas qu'elles n'ont pas prévus* »²⁹¹. En ce sens, la volonté du législateur s'impose au juge qui ne peut ni retrancher ni ajouter au texte. La transmission au Conseil constitutionnel n'aurait par ailleurs

²⁸⁷ DREYER (E.), *Droit pénal général*, Paris : Litec, 2010, p. 373, § 583.

²⁸⁸ Cass. crim., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-87.578.

²⁸⁹ Voir les décisions précitées à propos de la motivation des arrêts d'assises et : Cass. crim., 11 juin 2010, pourvoi n° 10-81.810 – Cass. crim., 25 juin 2010, pourvoi n° 10-82.506.

²⁹⁰ Cass. crim., 8 juillet 2010, pourvoi n° 10-80.764.

²⁹¹ Cass. crim., 25 mars 1980, *Bull. crim.* 1980, n° 100. Egalement : Cass. crim., 23 mars 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 148 – Cass. crim., 13 mars 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 116 – Cass. crim., 16 décembre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 246.

probablement pas affecté cette jurisprudence. Elle aurait même pu la conforter²⁹². Cependant, transmettre la QPC au Conseil constitutionnel supposait la reconnaissance de l'autorité de celui-ci sur la manière dont la Chambre criminelle interprète et applique le droit.

La position de la Chambre criminelle a donc contribué à sanctuariser la jurisprudence pénale²⁹³. Cette idée s'illustre d'autant plus que refuser de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel au motif que celle-ci porte en réalité sur une interprétation prétorienne revient à ne pas soumettre cette source du droit à la Constitution et à hisser la jurisprudence au-dessus de la Constitution²⁹⁴. Par ce biais, la Cour de cassation protège son pouvoir d'interprétation puisqu'elle refuse qu'il fasse l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel « *sous couvert d'application des droits et libertés fondamentaux* »²⁹⁵. D'ailleurs, ce n'est pas l'admission mitigée du contrôle du droit vivant qui permet de penser le contraire.

c) L'acceptation émergente d'un contrôle du « droit vivant »

En 1833, la Chambre criminelle s'est déclarée incompétente pour assurer la suprématie de la Constitution sur la loi²⁹⁶. Pourtant, le mécanisme de la QPC a obligé la Cour de cassation à s'approprier les droits et libertés garantis par la Constitution et le bloc de constitutionnalité. La Chambre criminelle ne peut donc assurer sa mission de filtrage que si elle réexamine l'interprétation des dispositions contestées par la QPC à la lumière des éléments dégagés par le Conseil constitutionnel²⁹⁷. Dès lors, si l'interprétation de la loi par la Cour de cassation s'avère conforme aux droits et libertés constitutionnellement garantis, la QPC ne sera pas transmise dans la mesure où l'office du juge de cassation assure la protection des droits et libertés. Inversement, lorsqu'aucune interprétation conforme n'est possible, la Cour de cassation devra transmettre la question posée²⁹⁸.

En ce sens, « *l'appréciation de constitutionnalité d'un texte n'apparaît plus réservée au seul Conseil constitutionnel dès lors qu'elle n'est plus exclusivement a priori et abstraite mais également a posteriori et, dans une certaine mesure concrète au travers du litige* »²⁹⁹. Le rôle dévolu à la Chambre criminelle en matière de filtrage lui permet donc de contrôler la conformité de la loi à la Constitution³⁰⁰ mais également de mettre en conformité un texte législatif à la Constitution. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation devrait accepter que le Conseil constitutionnel puisse contrôler l'interprétation qu'elle fait d'un texte, sauf à juger elle-même de la conformité de son interprétation, ou, à tout le moins, de la constitutionnalité du texte tel qu'elle l'a interprété. Grâce à sa mission de filtrage, la Chambre criminelle s'est

²⁹² Cons. const., 20 juillet 1988, 88-244 DC, Loi portant amnistie : seul un régime d'amnistie s'appliquant de manière différente sur le territoire national est susceptible de porter atteinte au principe d'égalité ; le législateur est libre d'apprécier s'il convient d'édicter des dispositions particulières visant les auteurs d'infractions en fonction de critères objectifs en rapport avec les buts de la loi d'amnistie (Considérant n° 6).

²⁹³ MOLFESSIS (N.), « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP G* 2010, doctr., 1039 ; MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de la cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83.

²⁹⁴ CARCASSONNE (G.), DUHAMEL (O.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, coll. A savoir, Paris : Dalloz, 2011, p. 82-83.

²⁹⁵ MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de la cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83.

²⁹⁶ Cass. crim., 11 mai 1833, S. 1833, 1, p. 357. Position confirmée par la suite : Cass. crim., 20 décembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 424 – Cass. crim., 29 mars 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 146.

²⁹⁷ MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, p. 529.

²⁹⁸ MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, p. 529.

²⁹⁹ MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, p. 529.

³⁰⁰ DE LAMY (B.), « Les incidences possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 154.

donc reconnue compétente pour contrôler l'interprétation d'une disposition législative par rapport à la Constitution (1) même si elle a accepté que des QPC puissent contester une interprétation prétorienne (2).

1- La Chambre criminelle : juge et partie

Le pouvoir souverain de la Chambre criminelle lui permet d'opérer des choix discrétionnaires, en empêchant la transmission de plusieurs QPC, pour concurrencer le Conseil constitutionnel. Au-delà de cet aspect, la Chambre criminelle semble se réserver le droit de refaire la loi en l'interprétant. C'est cette signification prétorienne qui permet de mettre en conformité le texte à la Constitution. Ainsi, lorsque les magistrats ne vérifient pas directement la constitutionnalité d'un texte³⁰¹, ils empêchent le Conseil constitutionnel d'exercer son contrôle sur le droit vivant par le biais de l'interprétation conforme. Toutefois, un pas a été franchi, étant donné que la Chambre criminelle analyse la QPC sur la base du critère sérieux, en interprétant la disposition contestée par rapport aux normes constitutionnelles.

Le 5 octobre 2010, la Chambre criminelle a précisé sans autres explications « *que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution* »³⁰². Dans cet arrêt, les hauts magistrats se reconnaissent le pouvoir d'interpréter des incriminations relatives au droit de l'environnement afin d'assurer leur conformité à la Constitution. Or, sans cette interprétation jurisprudentielle, il est possible de penser que les textes en cause n'étaient pas conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution. La Chambre criminelle retient que son interprétation de la disposition est conforme à la Constitution et consent tout de même à ce qu'elle soit soumise à un contrôle, en l'espèce le sien.

Par conséquent, en affirmant que l'interprétation du texte par la jurisprudence assure la conformité de la disposition à la Constitution, la Cour de cassation fait obstacle à la transmission de QPC. Elle empêche d'une part, un contrôle du texte éventuellement inconstitutionnel sans l'interprétation et d'autre part, un contrôle de l'interprétation jurisprudentielle du texte par le Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier ne pourra pas s'assurer de la conformité du texte en cause tel qu'interprété par la Cour de cassation par rapport à la Constitution, ce d'autant plus que les magistrats de la Cour suprême ne précisent pas dans leur attendu en quoi leur interprétation assure la conformité du texte à la Constitution. Le droit vivant prend donc place dans le mécanisme de la QPC, mais il semble être au service de la Chambre criminelle en ce qu'il permet de refuser la transmission de QPC en raison de l'interprétation conforme du texte à la Constitution.

Cette position se retrouve dans deux décisions de novembre 2010³⁰³ où la Chambre criminelle semble maintenir le Conseil constitutionnel à l'écart du contrôle de l'application de la loi. A cet effet, elle n'hésite d'ailleurs pas à faire appel à la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁰¹ Cass. crim., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-80.774 – Cass. crim., 18 octobre 2011, pourvoi n° 11-82.312. Voir également : Cass. crim., 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-90.116 – Cass. crim., 6 septembre 2011, pourvoi n° 11-90.074.

³⁰² Cass. crim., 5 octobre 2010, pourvoi n° 10-83.090.

³⁰³ Cass. crim., 23 novembre 2010, pourvoi n° 10-86.067 – Cass. crim., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-90.076.

En effet, le 15 mars 2011, la Chambre criminelle a interprété les alinéas huit et neuf de l'article 181 du Code de procédure pénale critiqués³⁰⁴ à la lumière de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁰⁵. Elle a précisé que ces dispositions prévoient « *que la personne accusée d'un crime et détenue provisoirement doit comparaître devant la cour d'assises dans des délais déterminés* » et « *qu'au moment de cette comparution, la cour peut renvoyer l'examen de l'affaire aux fins d'exécution de mesures d'instruction complémentaires* ». Mais dans ce cas, « *il lui appartient alors de s'assurer si les conditions de l'article 144 du code de procédure pénale³⁰⁶ demeurent réunies et, conformément aux prescriptions de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, si la durée de la détention provisoire de l'accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable* ». Elle en déduit « *qu'ainsi, la disposition contestée en ce qu'elle ne prévoit pas de délai pour le jugement de l'accusé détenu, telle qu'interprétée par la chambre criminelle, ne porte à l'évidence pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* ». La QPC ne présentait donc pas de caractère sérieux. Grâce à cette interprétation conforme, la Chambre criminelle assure la constitutionnalité d'un texte par le biais de la Convention européenne des droits de l'homme et non par l'intermédiaire du droit interne. Elle écarte alors l'éventualité d'un contrôle de l'application de la loi par le Conseil constitutionnel³⁰⁷.

Ainsi, la Chambre criminelle admet que l'interprétation de la loi puisse faire l'objet d'un contrôle mais à condition que ce soit elle qui l'opère³⁰⁸. Elle s'oppose à l'idée que sa jurisprudence et l'interprétation qu'elle fait des lois puissent être remises en cause par le Conseil constitutionnel. Pourtant, plusieurs décisions semblaient démontrer l'ouverture de la Chambre criminelle au contrôle de son interprétation par le Conseil constitutionnel.

2- L'ouverture relative de la Chambre criminelle

La Chambre criminelle a introduit du droit vivant dans la procédure QPC, mais uniquement pour permettre la non-transmission des questions posées. Parallèlement, elle a néanmoins admis que des QPC puissent contester une interprétation prétorienne. Ce fut le cas implicitement avec les questions relatives à la motivation des arrêts d'assises (1.1) avant que cette possibilité ne soit ouverte à d'autres hypothèses (1.2).

³⁰⁴ « *L'accusé détenu en raison des faits pour lesquels il est renvoyé devant la cour d'assises est immédiatement remis en liberté s'il n'a pas comparu devant celle-ci à l'expiration d'un délai d'un an à compter soit de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive s'il était alors détenu, soit de la date à laquelle il a été ultérieurement placé en détention provisoire* » (CPP, art. 181, al. 8). « *Toutefois, si l'audience sur le fond ne peut débiter avant l'expiration de ce délai, la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, par une décision rendue conformément à l'article 144 et mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire, ordonner la prolongation de la détention provisoire pour une nouvelle durée de six mois. La comparution de l'accusé est de droit si lui-même ou son avocat en font la demande. Cette prolongation peut être renouvelée une fois dans les mêmes formes. Si l'accusé n'a pas comparu devant la cour d'assises à l'issue de cette nouvelle prolongation, il est immédiatement remis en liberté* » (CPP, art. 181, al. 9).

³⁰⁵ Cass. crim., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-90.126.

³⁰⁶ « *La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique : 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ;[...]* ».

³⁰⁷ Comparer : Cass. crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 11-90.030. Dans cette espèce, la formulation de la QPC n'est pas identique à celle du 15 mars 2011 mais la question critique également les alinéas 8 et 9 de l'article 181 du Code de procédure pénale. Ici, la Chambre criminelle n'a ni procédé à une interprétation conforme ni fait appel à la Convention européenne des droits de l'homme pour établir l'absence de caractère sérieux.

³⁰⁸ Cass. crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-88.260.

1.1. La transmission des QPC relatives à l'absence de motivation des arrêts d'assises

L'intangibilité de la position de la Chambre criminelle semblait s'être amoindrie au mois de janvier 2011 lorsqu'elle a autorisé le renvoi au Conseil constitutionnel de deux QPC portant sur l'absence de motivation des arrêts d'assises. Elle a effectivement transmis deux questions relatives à l'interprétation de dispositions législatives, mais sur le fondement unique du critère nouveau. Les magistrats ont estimé que « *la question fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* »³⁰⁹.

Au regard de cet attendu, rien ne manifeste explicitement que la Chambre criminelle consente à ce que l'interprétation qu'elle fait d'une disposition législative puisse faire l'objet d'une QPC et *a fortiori* d'un contrôle de constitutionnalité. La Cour de cassation ne transmet que les QPC portant sur les règles à partir desquelles il est déduit l'absence de motivation des arrêts d'assises et non pas les QPC relatives à des règles dont l'interprétation prétorienne n'est pas conforme à la Constitution. L'appréciation de la QPC sur la base du seul caractère nouveau sans examen du caractère sérieux semble aller dans ce sens et la Haute juridiction ne paraît pas remettre en cause sa jurisprudence constante en la matière³¹⁰. Néanmoins, il est permis de penser que c'est la Chambre criminelle qui déduit des dispositions législatives l'absence de motivation des arrêts d'assises. Dans ce cas, la transmission des QPC porterait bien sur l'interprétation de dispositions législatives, même si elle n'est pas affirmée clairement par l'examen de la condition de sérieux. Cette solution suggère toutefois une confirmation de la part de la Chambre criminelle. Rien ne prouve en effet qu'elle accepte à l'avenir de transmettre une QPC contestant une interprétation sur le fondement du caractère sérieux.

Le Conseil constitutionnel ne s'est toutefois pas embarrassé de ces préoccupations. Il a exploité l'arrêt de la Chambre criminelle du 14 octobre 2009 dans ses visas³¹¹ et a même fait appel « *à la jurisprudence constante de la Cour de cassation relative à ces articles* » qui fait ressortir « *que les arrêts de la cour d'assises statuant sur l'action publique ne comportent pas d'autres énonciations relatives à la culpabilité que celles qu'en leur intime conviction les magistrats et les jurés composant la cour d'assises ont données aux questions posées conformément au dispositif de la décision de renvoi et à celles soumises à la discussion des parties* »³¹². Les Sages ont donc contrôlé l'interprétation prétorienne des dispositions législatives. Même si sa position n'est pas aussi nette que dans ses autres décisions, le Conseil constitutionnel a résolument contrôlé le champ d'application effectif que la Chambre criminelle donnait à la règle contestée.

1.2. L'admission des QPC contestant une disposition législative telle qu'interprétée par la Chambre criminelle

La Cour de cassation a opéré un autre tournant le 6 avril 2011 lorsqu'elle a accepté d'examiner une QPC mettant en cause « *les dispositions de l'article 480-1 du code de procédure pénale [...] qui, telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation, s'appliquent aux personnes déclarées coupables de différentes infractions rattachées entre*

³⁰⁹ Cass. crim., 19 janvier 2011, pourvois n° 10-85.159 et n° 10-85.305.

³¹⁰ Notamment : Cass. crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.460.

³¹¹ Cass. crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.460.

³¹² Cons. const., 1^{er} avril 2011, 2011-113/115 QPC, M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises], considérant n° 6.

elles par un simple lien de connexité [...] » par rapport au principe constitutionnel d'égalité et au principe constitutionnel de responsabilité individuelle³¹³. Traditionnellement, la Chambre criminelle rejetait immédiatement la QPC pour absence de caractère sérieux au motif qu'elle ne satisfaisait pas les conditions de l'article 61-1 de la Constitution ou qu'elle se bornait à contester l'interprétation donnée à une disposition législative. Ici, elle a précisément justifié la non-transmission de la QPC au regard des deux principes constitutionnels invoqués, tout en analysant cette condition de sérieux. La Chambre criminelle suit donc le même raisonnement que lorsqu'elle était juge et partie, à la différence près qu'elle accepte, dans cette espèce, d'examiner une QPC contestant expressément une disposition telle qu'interprétée par la Haute juridiction. Ainsi, la Chambre criminelle consent à ce que des QPC portant sur une interprétation prétorienne soient posées.

Cette solution n'est pas restée isolée. En effet, le 16 juin 2011, une QPC discutant la constitutionnalité de l'alinéa premier de l'article 186 du Code de procédure pénale « dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation[...] en ce que, sous couvert de l'effet dévolutif non prévu par la loi en cette matière, cette jurisprudence autorise la Chambre de l'Instruction à ne pas sanctionner une ordonnance relative à la détention provisoire insuffisamment motivée ou dépourvue de motif, en substituant ses motifs à ceux des premiers juges » a été posée à la Chambre criminelle³¹⁴. La formulation faisait ainsi référence aux motifs des décisions du Conseil constitutionnel admettant la possibilité de mettre en cause une interprétation prétorienne constante. Cependant, la Cour de cassation a estimé que les dispositions critiquées ne méconnaissaient pas les droits et libertés invoqués en ce que l'exercice du droit d'appel prévu par l'alinéa premier de l'article 186 du Code de procédure pénale permettait à la chambre d'instruction, saisie par l'effet dévolutif de l'appel, de réexaminer la décision du premier juge. Pour les magistrats, la question ne présentait pas à l'évidence un caractère sérieux.

D'autres QPC critiquant une interprétation prétorienne ont également été posées par la suite³¹⁵ et notamment, le 14 décembre 2011³¹⁶. Ces dernières mettaient en cause l'interprétation constante de dispositions législatives selon laquelle le dépassement du délai raisonnable n'entraînait aucune sanction procédurale. D'après les demandeurs, la jurisprudence privait ces dispositions législatives de toutes conséquences juridiques réelles étant donné qu'elle en suspendait l'application concrète. La Chambre criminelle a rejeté toutes ces QPC en estimant qu'elles ne présentaient pas un caractère sérieux. Dès lors, pour que l'interprétation prétorienne puisse faire l'objet d'un contrôle, il faudra que la QPC mette en évidence un doute manifeste ou sérieux de constitutionnalité de la disposition législative telle qu'interprétée³¹⁷.

L'envergure de l'ouverture de la Chambre criminelle s'avère ainsi limitée. Certes les justiciables peuvent contester l'interprétation d'une disposition législative dans une QPC mais, la technique de l'interprétation conforme permet d'écarter le contrôle du Conseil constitutionnel. Il est tout de même possible de penser que la prochaine étape consistera pour

³¹³ Cass. crim., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-85.470.

³¹⁴ Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 11-81.628.

³¹⁵ Cass. crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-90.036 – Cass. crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.450 – Cass. crim., 19 octobre 2011, pourvoi n° 11-88.197.

³¹⁶ Deux QPC critiquaient l'article préliminaire, alinéa quatre, du Code de procédure pénale tel qu'interprété par la Cour de cassation : Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90.099 – Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90.102. Les trois autres questions soulevaient l'inconstitutionnalité de l'article préliminaire et des articles 171 et 802 du Code de procédure pénale, tels qu'interprétés par la Cour de cassation : Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90.092 – Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90.100 – Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-90.102.

³¹⁷ MAZIAU (N.), « Les "bonnes raisons" de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 1775. En ce sens : MATHIEU (B.), « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G. doctr.*, 670.

la Chambre criminelle à accepter la transmission d'une QPC portant sur une disposition dont l'interprétation n'apparaît pas conforme à la Constitution. L'argumentation adoptée par les magistrats dans deux arrêts de janvier et février 2012 permet toutefois d'en douter.

Dans la première espèce³¹⁸, la Chambre criminelle a estimé que la question posée, critiquant « *la théorie de la peine justifiée élaborée à partir de l'article 598 du code de procédure pénale* », « *ne présente pas un caractère sérieux en ce que les dispositions de l'article 598 précité ne méconnaissent, à l'évidence, aucun des principes et droits invoqués* ». Or le 19 mai 2010³¹⁹, les juges répressifs avaient estimé qu'une QPC ne présentait pas un caractère sérieux étant donné que celle-ci critiquait la théorie de la peine justifiée et non l'article 598 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation a donc modifié sa position. Elle accepte désormais qu'une QPC puisse contester une théorie jurisprudentielle construite à partir d'une disposition législative. Ce changement montre l'évolution de la position de la Chambre criminelle même si ce revirement semble limité. En effet, les magistrats n'expliquent pas en quoi cette théorie est conforme à la Constitution lors de l'examen du caractère sérieux.

Dans la deuxième espèce³²⁰, la question contestait, d'une part, la constitutionnalité des dispositions de l'article 226-10 du Code pénal relatif au délit de dénonciation calomnieuse et, d'autre part, la constitutionnalité de « *l'interprétation jurisprudentielle de cet article* » qui consiste à « *faire peser la charge de la preuve des éléments du délit de dénonciation calomnieuse sur la partie civile (Crim., 7 décembre 2004, Bull. crim. n° 307, pourvoi n° 04-81929) et de limiter la présomption de fausseté des faits dénoncés à certaines décisions pénales (Crim., 12 octobre 2010, Bull. crim. n° 154, pourvoi n° 10-80157 ; 14 septembre 2010, Bull. crim. n° 133, pourvoi n° 10-80718)* ».

Le juge pénal ne transmet pas la QPC décidant qu'elle ne présente pas de caractère sérieux. Il estime notamment que « *si l'article contesté traite distinctement les cas dans lesquels la fausseté des faits est établie par une décision pénale définitive reconnaissant que le fait dénoncé n'a pas été commis ou n'est pas imputable à la personne concernée, le plaignant se trouve alors dans une situation différente de celle des plaignants pour une dénonciation calomnieuse n'ayant pas abouti à une telle décision* » et « *qu'ainsi, il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité devant la loi, lequel implique uniquement qu'à des situations semblables, il soit fait application de règles semblables* ».

La Chambre criminelle a ainsi interprété l'article 226-10 du Code pénal à la lumière du principe d'égalité en s'appropriant pour cela les éléments dégagés par la jurisprudence constitutionnelle depuis 1973³²¹. Les Sages estiment effectivement que « *si le principe d'égalité interdit qu'à des situations semblables soient appliquées des règles différentes, il ne fait nullement obstacle à ce que, en fonction des objectifs poursuivis, à des situations différentes soient appliquées des règles différentes* »³²² ou que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »³²³.

³¹⁸ Cass. crim., 25 janvier 2012, pourvoi n° 11-87.944.

³¹⁹ Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-87.651.

³²⁰ Cass. crim., 28 février 2012, pourvoi n° 11-88.452.

³²¹ Cons. const., 27 décembre 1973, 73-51 DC, Loi de finances pour 1974.

³²² Cons. const., 16 janvier 1986, 85-200 DC, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, considérant n° 11.

³²³ Cons. const., 7 janvier 1988, 87-232 DC, Loi relative à la mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole, considérant n° 10 – Cons. const., 18 décembre 1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, considérant n° 35 – Cons. const., 27 juillet 2006, 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la

En définitive, le juge pénal s'inscrit dans une démarche moderniste puisque l'interprétation constante d'une disposition législative donnée par la Chambre criminelle pourra faire l'objet d'un contrôle. La Cour suprême soumet effectivement son interprétation de la loi à la Constitution, mais à l'unique condition que ce soit elle qui réalise ce contrôle. Elle écarte pour cela la suprématie du Conseil constitutionnel et semble s'ériger en juge de la constitutionnalité de la loi, grâce à l'examen de la condition de sérieux. Tel le dieu romain Janus, la Chambre criminelle offrirait ainsi deux visages diamétralement opposés. Elle ouvre la possibilité de contester l'interprétation d'une disposition législative par le biais de la QPC, tout en la fermant aussitôt en estimant que celle-ci est conforme à la Constitution. La brèche ouverte par la transmission des QPC relatives à la motivation des arrêts d'assises ne semble pas démontrer le contraire, étant donné qu'elle a été opérée sur la base du caractère nouveau de la QPC. Sur ce point, le débat de la transmission par la Chambre criminelle de QPC portant sur une norme vivante n'est donc pas totalement clos et pourrait encore évoluer.

*

La chambre civile de la Cour de cassation est elle aussi confrontée à l'emprise du droit vivant, rattachant l'examen du caractère sérieux des QPC qu'elle a à examiner, de manière parfois implicite mais aussi explicite, à la disposition législative telle qu'interprétée par une jurisprudence constante.

2) L'appréciation du caractère sérieux opéré par la Cour de cassation à l'aune de la théorie du droit vivant : l'exemple de l'article 815-17 du Code civil

Delphine AUTEM³²⁴

Le droit de l'indivision n'échappe pas aux foudres de la QPC³²⁵. C'est désormais à l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil, qui réserve aux créanciers personnels d'un indivisaire le droit de provoquer le partage et, le cas échéant, celui de demander la licitation des biens indivis de leur débiteur, d'être soumis au contrôle préalable de constitutionnalité. Application particulière de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil³²⁶, cette disposition évite au créancier personnel d'un indivisaire de rester à la merci de son débiteur³²⁷, puisqu'il ne peut saisir ni les biens indivis³²⁸, ni sa quote-part indivise³²⁹. Le partage réalisé, les créanciers pourront ensuite exercer leurs poursuites sur les biens attribués à leur débiteur.

société de l'information, considérant n° 13 – Cons. const., 18 mars 2009, 2009-578 DC, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, considérant n° 19 – Cons. const., 28 mai 2010-1 QPC, Consorts L. [Cristallisation des pensions], considérant n° 8.

³²⁴ Maître de conférences à l'Université Lille 2, CERDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit-Équipe de Recherche en Droit Privé).

³²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2012, pourvoi n° 12-40.002 : *Rev. Lamy dr. civ. juin 2012/94*, n° 4717, obs. PAULIN A.

³²⁶ FLOUR J. et SOULEAU H., *Les successions*, collec. U., 3^e éd. : Paris, Armand Colin, 1991, n° 415, p. 284 ; GRIMALDI M., *Droit civil - Successions*, 6^e éd., Paris : Litec, 2001, n° 835, p. 811 ; JUBAULT C., *Droit civil - Les successions - les libéralités*, Domat Droit privé, 2^e éd., Paris : Montchrestien, 2010, p. 829, n° 1277 ; MALAURIE P., *Successions - Libéralités*, 3^e éd., Paris : Defrénois 2008, n° 928, p. 455 ; MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., LEVENEUR L. et S., *Leçons de droit civil t. IV, 2^eme vol., Successions - Libéralités*, 5^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1999, n° 1620, p. 761 ; TERRE F. et LEQUETTE Y., *Droit civil - Les successions-Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1996, n° 857, p. 686-688 ; ALBIGES C., *Rép. civil Dalloz V° « Indivision (régime légal) »*, 2011, n° 232 ; *Jcl. Civil*, art. 815 à 815-18, fasc. 41, par DONNIER J.-B., « Successions - Indivision- Régime légal - Droits et obligations des indivisaires (art. 815-14 à 815-16 et 815-18) - Les créanciers (art. 815-17) », 2006, n° 101.

³²⁷ GRIMALDI, M., *op. cit.*, p. 810, n° 835.

³²⁸ C. civ., art. 815-17, al. 1^{er}, *a contrario*.

Cette disposition est-elle contraire au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de dégradation et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement³³⁰ ?

Stricto sensu, l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil n'accorde aux créanciers personnels d'un indivisaire que « la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur [...] ». Du reste, l'action en partage intentée par le créancier ne privera pas forcément le coindivisaire de son droit au logement : le partage ordonné judiciairement, le créancier n'a, en principe, aucun rôle actif à jouer dans sa réalisation, tout au plus il peut la surveiller en intervenant au partage³³¹. A l'issue des opérations de partage, le coindivisaire peut parfaitement être alloti du bien qui lui sert de logement.

Mais, pour la jurisprudence³³², outre la possibilité de provoquer le partage, l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil autorise le créancier à solliciter la licitation d'un ou plusieurs biens indivis. Et, selon certains, pareille demande semblait d'ailleurs nécessaire pour rendre effectif le droit du créancier, notamment lorsque l'un des indivisaires fait obstruction³³³. Toutefois, comme le créancier personnel agit par voie oblique, il ne peut avoir plus de droits que son débiteur, c'est-à-dire qu'il ne pourra obtenir la licitation que si les immeubles ne sont pas commodément partageables³³⁴. C'est donc de la demande de licitation des biens indivis adjointe à l'action en partage que peut naître véritablement une atteinte au droit au logement du coindivisaire. Cette menace est d'autant plus réelle que lorsque la licitation sera ordonnée par le juge, elle sera souvent ouverte aux tiers, de sorte que le bien échappera encore plus facilement aux coindivisaires. Or, si ce droit au logement se décline en plusieurs droits particuliers, et notamment celui de s'y maintenir³³⁵, il se trouve directement menacé lorsque le juge fait droit à la demande de licitation : le coindivisaire du débiteur court le risque de perdre son logement, alors pourtant qu'il n'est pas redevable de la dette.

Ce n'est donc pas tant la possibilité offerte au créancier personnel, pour préserver son droit de propriété, d'agir en justice pour provoquer le partage qui intrinsèquement est susceptible de porter une atteinte au droit au logement des coindivisaires, mais bien plus l'éventuelle demande de licitation qui y est adjointe. Plus que l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil, c'est son interprétation jurisprudentielle, qui est en fait soumise au contrôle préalable de la Cour de cassation au titre de cette QPC, et ce même si la question posée ne mentionne pas expressément, comme c'est parfois le cas « les dispositions telles qu'interprétées de façon

³²⁹. C. civ., art. 815-17, al. 2.

³³⁰. La référence au principe de sauvegarde de la dignité humaine ne saurait surprendre, puisque c'est de ce principe que découle notamment le principe à valeur constitutionnelle du droit pour toute personne de disposer d'un logement décent (Cons. const., 19 janv. 1995, 94-359 DC : *Rec. Cons. const.* 1995, p. 176 ; *AJDA* 1995, p. 455, note JORION B. ; *RFD const.* 1995, p. 404 ; *RFD const.* 1995, p. 582, obs. GAÏA P. V. également PAULIAT H., « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété », *D.* 1995, chron. p. 283).

³³¹. Même si l'article 882 du Code civil offre aux créanciers personnels la possibilité de s'opposer à ce que le partage soit réalisé hors leur présence, afin d'éviter qu'il soit réalisé en fraude de leurs droits, lorsqu'un indivisaire en prend l'initiative, cette opposition est possible lorsque le créancier lui-même est demandeur à l'action en partage (JUBAULT C., *op. cit.*, p. 829, n° 1277 ; DONNIER J.-B., art. préc., n° 112).

³³². CA Paris, 20 nov. 1984 : *JCP éd. G.* 1986, II, 20584, obs. DAGOT M. ; *RTD civ.* 1987, p. 133, obs. PATARIN J. puis Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006 : *Bull. civ.* I, n° 263. En ce sens cf. DONNIER J.-B., art. préc., n° 99.

³³³. DAGOT M., obs. sous Paris, 20 nov. 1986, *JCP éd. G.* 1986, II, 20584.

³³⁴. CA Paris, 16 oct. 1987 : *D.* 1988, jurispr. p. 302, note BRETON A. puis Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 430 ; *JCP éd. G.* 1997, I, 4060, n° 8, obs. PERINET-MARQUET H. ; *Deffrénois* 1997, art. 36529, n° 53, p. 409, obs. GRIMALDI M. ; *JCP éd. G.* 1998, I, 133, n° 2, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP éd. N.* 1998, p. 1707, n° 2, obs. LE GUIDEC R. ; *RTD civ.* 1997, p. 715, obs. PATARIN J.

³³⁵. GRIMALDI M., « Le logement de la famille », in *Le droit au logement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIII, Paris : Economica, 1982, n° 1, p. 422 ; « Le logement et la famille », *Deffrénois* 1983, art. 33120, n° 2, p. 1026.

constante par la Cour de cassation »³³⁶. Cette question prioritaire de constitutionnalité met implicitement en cause l'interprétation jurisprudentielle de l'article 815-17 du Code civil. Si, dans un premier temps, contrairement au Conseil d'Etat³³⁷, la Cour de cassation s'est montrée hostile à ce que l'interprétation jurisprudentielle d'une loi³³⁸ fasse l'objet d'un contrôle au titre d'une question prioritaire de constitutionnalité³³⁹, elle l'a admis, dans un second temps³⁴⁰, le Conseil constitutionnel ayant d'ailleurs rejeté toute interprétation littérale de l'article 61-1 de la Constitution³⁴¹, faisant une application de la théorie dite du droit vivant retenue par la Cour constitutionnelle italienne³⁴². Aussi, il n'est guère surprenant que cette évolution se répercute sur le contrôle préalable qu'elle exerce.

Saisie de cette QPC, la première chambre civile de la Cour de cassation prononce pourtant un non-lieu à renvoi. Le motif n'est pas jugé sérieux car « *le droit des créanciers d'un indivisaire de demander le partage du bien indivis, qui suppose s'il y a lieu la licitation de celui-ci [prévu par l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil] assure la protection du droit de propriété de ces créanciers en leur permettant de passer outre au caractère indivis du bien dont leur débiteur est propriétaire à concurrence de sa part seulement, et ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du coïndivisaire qui, aux termes de l'alinéa 3 du[dit] texte [...], se voit reconnaître la faculté d'arrêter le cours de l'action en partage et qui, par ailleurs, bénéficie d'un droit d'attribution préférentielle du bien s'il en remplit les conditions, notamment s'il s'agit de son logement* ».

C'est en se livrant à un contrôle de proportionnalité entre la protection du droit de propriété du créancier personnel — qui nécessite que lui soit octroyé le droit de provoquer le partage, et s'il y a lieu celui de demander la licitation des biens indivis — et l'atteinte au droit au logement du coïndivisaire qui peut en résulter, que la première chambre civile considère que l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du coïndivisaire, jugeant la question dénuée de caractère sérieux. Pour ce faire, elle se fonde

³³⁶. V. précisément à propos de l'hypothèse inverse où le droit de propriété du bailleur est menacé par le droit au logement du locataire Cass. civ. 3^e, 30 juin 2011, pourvois n° 11-40.017 et 11-40.018 : *AJDI* 2011, p. 885, obs. LE RUDULIER N.

³³⁷. CE, 25 juin 2010, n° 326363 — CE, 18 juin 2010, n° 338638.

³³⁸. V. FRAISSE R., « QPC et interprétation de la loi », in *Un an de QPC* CHALTIEL F. et GUILLOUD L. (dir.), *LPA* 5 mai 2011, p. 5 et s.

³³⁹. V. notamment en ce sens Cass. ass. plén., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-70.161 : *D.* 2010, jurispr. p. 1352 — Plus explicite encore Cass. ass. plén., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-82.582 : « la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée à une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit, la question posée tend en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise mais l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation ».

³⁴⁰. V. Cass. civ. 3^e, 30 nov. 2010, pourvoi n° 10-16.828 ; Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011 : *JCP éd. G.* 2011, 915, n° 27, obs. MATHIEU B. — Sur le doute d'un ralliement de toutes les chambres de la Cour de cassation cf. ROUX J., « QPC et interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives : le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil Constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? », *LPA* 8 juill. 2011, p. 8 et s. ; Pour un ralliement beaucoup plus net : Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2011 : *JCP éd. G.* 2011, 1197, note CHENEDE F. ; *JCP éd. G.* 2011, 1372, n° 27, obs. MATHIEU B. ; *D.* 2011, jurispr. p. 2707, note LEVADE D. ; *AJDI* 2011, p. 880.

³⁴¹. Alors que l'article 61-1 de la Constitution dispose que « 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 », pour le Conseil constitutionnel, « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (Cons. Const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC, *Mme Isabelle D. et Isabelle B. : D.* 2010, jurispr. p. 2744, note CHENEDE F. ; *JCP éd. G.* 2010, 1145, note GOUTTENOIRE A et RADE C. ; *JCP éd. G.* 2010, 1163, p. 2194, n° 15, obs. MATHIEU B. ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. HAUSER J. ; *RTD civ.* 2011, p. 90, obs. DEUMIER P. ; *AJF* 2010, p. 487, obs. CHENEDE F. ; *AJF* 2010, p. 489, obs. MECARY C. V. également MAZIAU N., « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, chron. p. 529).

³⁴². *Cahiers du Cons. Constit.* 2010, n° 30, comm. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039QPCccc_39qpc.pdf p. 6. Cf. également ZAGREBELSKY G., « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions* 2010/1, p. 9 et s.

sur les moyens procéduraux mis à la disposition des coïndivisaires pour préserver leur droit au logement³⁴³. Pour elle, il n'y a pas de disproportion entre le droit reconnu au créancier pour préserver son droit de propriété et l'atteinte qui pourrait en résulter au droit au logement du coïndivisaire, car ce dernier n'est pas démuné face à l'action du créancier. En effet, le droit au logement des coïndivisaires est préservé non seulement, de manière générale, par l'article 815-17, alinéa 3, *in fine* lui-même qui réserve expressément aux coïndivisaires la faculté d'arrêter le cours de l'action en partage (a) mais aussi, plus spécifiquement, par les dispositions du Code civil qui leur permettent de demander le bénéfice de l'attribution préférentielle du bien (b).

a) L'arrêt de l'action en partage, un moyen légalement prévu

Conscient des inconvénients pour les coïndivisaires d'une demande de partage introduite par un créancier personnel, le législateur a tenté d'y remédier³⁴⁴. L'article 815-17, alinéa 3, *in fine* du Code civil leur réserve la possibilité d'« arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis ». Le droit au logement de l'un des coïndivisaires du débiteur sera épargné si l'action du créancier est arrêtée, puisque la licitation du bien indivis par lequel est assuré son logement ne sera pas ordonnée. L'arrêt du cours de l'action en partage est d'ailleurs présenté, par les civilistes, comme un moyen d'assurer la survie de l'indivision³⁴⁵. Cependant, en dépit de la concision des arrêts de la Cour de cassation que l'on connaît, c'est probablement aussi son interprétation jurisprudentielle de l'article 815-17, alinéa 3, qui a conduit la Cour à rejeter le caractère sérieux de la QPC posée. La faculté d'arrêter l'action en partage, telle qu'interprétée par la jurisprudence, contribue, elle aussi, à ce que l'atteinte ne soit pas disproportionnée en garantissant ce moyen (1) et en le rendant particulièrement opérant (2).

1- Un moyen garanti

Même si une atteinte au droit au logement des coïndivisaires peut, semble-t-il, directement résulter de l'action en partage introduite par les créanciers personnels, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 815-17 du Code civil retenue par la Cour de cassation contribue à garantir aux coïndivisaires leur faculté d'arrêter cette action. Cette faculté est d'ordre public et elle tendrait même à devenir un droit pour les coïndivisaires.

Au vu de la jurisprudence, la faculté d'arrêter le cours de l'action en partage réservée aux coïndivisaires serait, pour certains, d'ordre public³⁴⁶. C'est dire qu'elle ne pourrait pas être supprimée conventionnellement, même dans le cahier des charges rédigé en vue de la licitation³⁴⁷. Ainsi, la clause de substitution insérée dans un cahier des charges, subordonnée à l'obligation d'une consignation préalable, ne prive pas le coïndivisaire de la faculté qui lui est reconnue par l'article 815-17. Ce n'est qu'un avantage supplémentaire accordé à ce dernier. Et l'impact de cette solution sera d'autant plus important lorsque c'est le créancier lui-même qui sera amené à rédiger ce document.

Outre que les coïndivisaires ne peuvent pas être privés conventionnellement de la faculté d'arrêter l'action des créanciers, la Cour de cassation tendrait même, pour certains, à faire de

³⁴³. Si l'analyse des moyens procéduraux pour s'assurer de la protection du droit de propriété est parfois critiquée (cf. notamment PAULIAT H., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ? », *Rev. jur. de l'éco. pub.* mars 2012, Etude 2, p. 5, n° 9), elle est certainement moins discutable lorsque le droit de propriété du créancier personnel est lui-même garanti par un moyen procédural.

³⁴⁴. ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, coll. Droit fondamental, 3^e éd., Paris : PUF Droit 2008, n° 404, p. 595.

³⁴⁵ GRIMALDI M., *op. cit.*, n° 836, p. 812.

³⁴⁶ ALBIGES C., art. préc., n° 240.

³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1993 : *Bull. civ.* I, n° 13.

cette faculté un droit pour les coïndivisaires³⁴⁸. Faut-il rappeler que si les coïndivisaires ne sont pas en mesure de connaître le montant de la dette qu'ils devront honorer pour arrêter l'action, le partage demandé par le créancier ne peut pas être prononcé³⁴⁹. La Cour de cassation a, en effet, jugé qu'« en l'absence d'une décision définitive d'admission des créances au passif de la liquidation judiciaire [du débiteur, son coïndivisaire] n'était pas en mesure de connaître le montant de la dette qu'[il] devait payer pour arrêter le cours de l'action, [en conséquence] le partage ne pouvait être ordonné ». La motivation de cet arrêt serait d'autant plus révélatrice qu'elle aurait pu être toute autre. L'action intentée par le créancier n'étant qu'une action oblique particulière³⁵⁰, les conditions requises par l'article 1166 du Code civil doivent être remplies. Aussi, la créance doit être certaine pour que le créancier puisse agir³⁵¹ et, cette condition pouvait, à elle seule, suffire pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt ayant refusé d'ordonner le partage³⁵². En effet, la faculté offerte aux coïndivisaires d'arrêter le cours de l'action en partage n'est pas un droit, mais une application des principes généraux de la théorie des obligations offrant à tout intéressé la possibilité d'effectuer un paiement pour autrui. Par cette motivation, la Cour de cassation « entend[rait] créer de manière prétorienne un nouveau cas d'opposition à partage en vue de conforter la communauté des coïndivisaires »³⁵³.

C'est dire que, plus pragmatiquement, la demande du créancier ne doit pas être présentée prématurément, de sorte que les coïndivisaires soient privés de la faculté de proposer le règlement de la dette du débiteur. Ceux-ci doivent être effectivement en mesure de pouvoir honorer l'engagement du débiteur pour arrêter l'action des créanciers. Aussi, tant que le montant exact de cette dette n'est pas connu, il doit être sursis à l'action en partage du créancier personnel. Ce sursis ne vaudrait, pour certains, qu'à la condition que les indivisaires aient manifesté leur volonté d'acquitter cette dette pour arrêter le partage³⁵⁴. Rien n'est moins sûr puisque la créance doit être, par principe, certaine pour que le créancier puisse agir. Mais si le coïndivisaire propose ce paiement, l'action sera automatiquement arrêtée, ce qui contribue à rendre ce moyen particulièrement opérant.

2- Un moyen opérant

L'article 815-17, alinéa 3, du Code civil vise l'acquiescement de « l'obligation du débiteur » pour arrêter l'action des créanciers. Ce n'est donc que si le coïndivisaire désintéresse le créancier que l'action en partage sera arrêtée. L'arrêt du cours de l'action est subordonné au paiement intégral du créancier personnel, et non au règlement de la part de l'indivisaire débiteur. Les coïndivisaires ne peuvent pas se contenter de régler la dette à hauteur des droits du coïndivisaire débiteur³⁵⁵.

Mais, à supposer que l'un des indivisaires propose de régler intégralement la dette du débiteur, c'est-à-dire une dette pour laquelle il n'est obligé ni personnellement, ni réellement,

³⁴⁸ ZENATI F., obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, 896.

³⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993 : *Bull. civ.* I, n° 378 ; *D.* 1994, jurispr. p. 358, note DERRIDA F. et HONORAT A. ; *LPA* 8 juin 1994, p. 24, note DERRIDA F. et HONORAT A. ; *Defrénois* 1994, art. 35890, p. 1084, note DERRIDA F. et HONORAT A. ; *D.* 1995, somm. p. 339, obs. LUCET F. ; *RTD civ.* 1994, p. 393, PATARIN J. ; *RTD civ.* 1994, p. 895, obs. ZENATI F. ; *JCP éd. G.* 1994, I, 3791, n° 4, obs. LE GUIDE R. — Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010 : *Bull. civ.* I, n° 123 ; *Rev. Lamy dr. civ.* oct. 2010, n° 3984, p. 65, obs. PARANCE B. ; *JCP éd. N.* 2010, 1318, note GARCON J.-P.

³⁵⁰ Cf. *supra*.

³⁵¹ Cass. req., 25 mars 1924 : *DH* 1924, p. 282.

³⁵² ZENATI F., obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 896 pour qui « la Cour de cassation s'est crue tenue de justifier surabondamment la solution qu'elle a retenue en invoquant l'impossibilité dans laquelle se trouve le défendeur à l'action en partage de désintéresser le demandeur, faute de liquidité de la créance ».

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ PARANCE B., obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, *Rev. Lamy dr. civ.* oct. 2010, n° 3984, p. 66.

³⁵⁵ CA Versailles 21 mars 1983 : *Defrénois* 1983, art. 33158, n° 110, p. 1358, obs. CHAMPENOIS G.

le créancier ne peut s'y opposer. Conformément à l'article 1236 du Code civil³⁵⁶, ce paiement pour autrui ne peut pas être refusé par le créancier³⁵⁷. D'ailleurs, la Cour de cassation a jugé que si la règle de l'article 1236 reçoit exception lorsque le débiteur et le créancier sont d'accord pour refuser le paiement, cette exception ne saurait être admise lorsque la personne qui a un intérêt légitime à payer ne se voit opposer aucune raison légitime³⁵⁸, évitant ainsi toute collusion frauduleuse entre le créancier et le débiteur. Quant au créancier, il ne peut refuser ce paiement que s'il ne le satisfait pas, ou encore s'il est de nature à lui porter préjudice³⁵⁹. Dans le contexte précis du paiement réalisé par les coïndivisaires pour arrêter le cours de l'action en partage, nul doute que le coïndivisaire a un intérêt légitime à payer le créancier et que ce dernier ne subit aucun préjudice puisqu'il obtient le paiement de ce qui lui est dû...

Du reste, le créancier qui a obtenu le paiement intégral de sa créance, n'aura plus d'intérêt à agir procéduralement. Ce n'est donc que dans ces conditions qu'il y aura arrêt du cours de l'action en partage qui aboutit, en réalité, à une réelle extinction de l'action. Du fait du paiement, l'obligation du débiteur est éteinte ; le créancier n'a plus la qualité requise pour exercer l'action qui lui est offerte par l'article 815-17, alinéa 3. La demande de licitation devient par conséquent sans objet. C'est dire que, d'un point de vue procédural, même si le juge a ordonné le partage et la licitation des biens indivis, tant que cette dernière n'est pas réalisée, l'indivisaire devrait pouvoir offrir de régler le montant de la créance. En effet, alors même que la licitation avait été ordonnée, la Cour de cassation a considéré que les coïndivisaires conservaient la faculté de régler le créancier de l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil³⁶⁰, en dépit de la clause insérée dans le cahier des charges³⁶¹. Une clause du cahier des charges ne peut pas les priver de la possibilité d'arrêter l'action en partage conformément à l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil. Le paiement devrait donc pouvoir intervenir tant que le bien indivis n'est pas licité.

Aussi au regard de l'article 815-17, alinéa 3, *in fine*, du Code civil et de son interprétation jurisprudentielle, il n'est guère surprenant que la première chambre civile de la Cour de cassation considère que la QPC ne présente pas un caractère sérieux. Elle aurait pu toutefois se contenter de motiver le non lieu à renvoi au regard de la lettre du seul alinéa 3 de l'article 815-17, qui ne vise d'ailleurs que la faculté d'arrêter le cours de l'action en partage du créancier. Pourtant, il n'en est rien. Dès lors que c'est l'interprétation jurisprudentielle de l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil, en ce qu'elle autorise le créancier à demander la licitation des biens indivis, qui justifie l'examen de la constitutionnalité de ce texte au regard des droits et libertés garantis par la Constitution — du droit au logement des coïndivisaires —, rien de plus logique que le contrôle opéré ne le soit pas uniquement au regard de la lettre du texte. Ainsi, s'explique certainement la formule de la Cour selon laquelle, les coïndivisaires ont « *par ailleurs* » le bénéfice de l'attribution préférentielle, car il est également de jurisprudence constante que la faculté de désintéresser le créancier n'est pas l'unique parade pour préserver le droit au logement des coïndivisaires. Au titre des autres moyens offerts au coïndivisaire en cas d'action du créancier, la Cour de cassation admet clairement la faculté de demander le bénéfice de l'attribution préférentielle.

³⁵⁶. C. civ., art. 1236 : « une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ».

³⁵⁷. GRIMALDI M., *op. cit.*, n° 836, p. 812.

³⁵⁸. Cass. civ. 2^e, 29 mai 1953 : *D.* 1953, jurispr. p. 516.

³⁵⁹. Cass. civ., 24 juin 1913 : *DP* 1917, 1, jurispr. p. 38.

³⁶⁰. Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1993 : préc.

³⁶¹. Le cahier des charges est nécessairement rédigé après que la licitation soit ordonnée judiciairement.

b) La faculté de demander l'attribution préférentielle du logement, un moyen jurisprudentiellement admis

L'article 815-17, alinéa 3, *in fine*, du Code civil ne réserve expressément que le paiement du créancier personnel comme moyen d'arrêter son action en partage. Cependant, comme cette action n'est qu'une action oblique particulière, le créancier souffre logiquement les exceptions qui peuvent être opposées au débiteur lors d'une action en partage. Sans qu'il y ait arrêt de l'action en partage, la Cour de cassation considère que les moyens de défense des coïndivisaires ne se limitent pas à l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil. Le droit au logement des coïndivisaires peut être préservé, plus particulièrement, grâce aux facultés légales d'attribution préférentielle. L'attribution préférentielle du local d'habitation n'est-elle pas d'ailleurs présentée comme « *l'une des manifestations du droit au logement, plus précisément du droit de le conserver, que la législation contemporaine consacre de multiples manières* »³⁶² ? Mais, pour cela, il faut considérer que les moyens réservés aux coïndivisaires par l'article 815-17, alinéa 3, ne sont pas limitatifs, pour admettre la recevabilité de cette demande (1). Encore faut-il, de surcroît, que cette dernière soit traitée prioritairement sur la demande de licitation (2) pour que le droit au logement puisse être véritablement protégé.

1- La recevabilité de la demande

En demandant l'attribution préférentielle du local d'habitation, sur le fondement de l'article 831-2 1° du Code civil, le coïndivisaire ne s'oppose pas à la demande de partage du créancier personnel, il en accepte même le principe. Il se prévaut d'une modalité particulière de partage, d'un mode d'allotissement spécifique — l'attribution préférentielle. S'il remplit les conditions légales, le coïndivisaire peut demander que le bien — le logement — lui soit attribué, au titre du partage à réaliser. L'attribution préférentielle n'a-t-elle pas d'ailleurs été créée par le législateur pour remédier notamment aux inconvénients de la licitation des biens indivis³⁶³ ? Par conséquent, lorsqu'une action en partage est intentée, l'un des indivisaires peut présenter une demande d'attribution préférentielle. Ce bénéfice reconnu lorsque l'un des indivisaires est à l'initiative de l'action en partage vaut, en réalité, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, quelle que soit la qualité du demandeur à l'action³⁶⁴. Ainsi, l'arrêt d'une cour d'appel a été censuré pour avoir rejeté une demande d'attribution préférentielle formée par un indivisaire au seul motif qu'elle ne pouvait pas être opposée à l'action en partage formée par le créancier personnel d'un autre indivisaire, dont l'action ne pouvait être arrêtée qu'en acquittant l'obligation du débiteur³⁶⁵. La cassation est d'ailleurs opérée pour violation des articles 815-17, alinéa 3, et 832 du Code civil, et plus précisément pour fausse application du premier et refus d'application du second. C'est dire que, pour la Haute juridiction, les moyens de défense à l'action en partage d'un créancier ne se limitent pas au seul paiement prévu par l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil. Pour elle, « *l'article 815-17 n'a pas pour fin de faire prévaloir l'intérêt d'un créancier personnel d'un indivisaire sur tous les droits et facultés qui appartiennent normalement aux défenseurs à une action en partage ; [elle refuse une] « mauvais[e] [interprétation] a contrario* » du texte³⁶⁶. En somme, rien de plus normal :

³⁶². GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 872, n° 889.

³⁶³. MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., LEVENEUR L. et S., *op. cit.*, n° 1728, p. 852-853.

³⁶⁴. V. notamment Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1990 : *Bull. civ. I*, n° 209 ; *JCP éd. G.* 1991, II, 21641, obs. SIMLER P. ; *JCP éd. N.* 1991, II, p. 43, note SALVAGE P. ; *Defrénois* 1991, art. 34982, p. 308, obs. SAVATIER X. ; *RTD civ.* 1991, p. 380, obs. PATARIN J. : arrêt rendu dans une espèce où l'action en partage était introduite par un créancier personnel du mari.

³⁶⁵. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1983 : *Bull. civ. I*, n° 90 ; *D.* 1983, jurispr. p. 613, note BRETON A. ; *Defrénois* 1984, art. 33312, p. 718, note BRETON A. ; *RTD civ.* 1984, p. 569, obs. PATARIN J. — Cass. com., 3 oct. 2006 : *Bull. civ. IV*, n° 194 ; *D.* 2006, act. jurispr. p. 2602, obs. LIENHARD A. ; *JCP éd. G.* 2007, I, 142, n° 29, obs. TISSERAND-MARTIN A.

³⁶⁶. PATARIN J., obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1983, *RTD civ.* 1984, p. 541.

l'action du créancier, n'étant qu'une application particulière de l'action oblique, celui-ci peut se voir opposer tous les moyens qui peuvent l'être au débiteur³⁶⁷.

Certes, encore faut-il, et la Cour de cassation le rappelle, que le coïndivisaire en remplisse les conditions légales, et en outre qu'il y ait effectivement son habitation non seulement au moment du décès mais aussi au jour où le juge statue³⁶⁸. Cette exigence n'est pas davantage de nature à compromettre le droit au logement du coïndivisaire : comment ce dernier pourrait-il revendiquer le droit de se maintenir dans son logement, s'il n'y habite plus lorsque le juge statue ? Mais surtout, pour que ce moyen soit opérant encore faut-il s'enquérir du traitement qui est réservé à la demande d'attribution préférentielle.

2- Le traitement de la demande

En présence d'une demande de licitation initiée par un créancier personnel, si le coïndivisaire présente à son tour une demande d'attribution du bien indivis par lequel est assuré son logement, le traitement réservé à cette demande devient déterminant pour préserver son droit au logement.

Par nature, la demande d'attribution préférentielle est incompatible avec une demande de licitation³⁶⁹. Procéduralement, il est, là encore, de jurisprudence constante qu'elle peut être présentée tant que le partage n'a pas été ordonné selon une autre modalité incompatible³⁷⁰. Et la licitation du bien indivis constitue précisément une modalité de partage incompatible avec l'attribution préférentielle. Par conséquent, ce n'est que lorsque la licitation a été ordonnée par une décision devenue irrévocable, qu'il est impossible, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, de prononcer l'attribution préférentielle du même bien indivis³⁷¹, et ce même si le bien n'est pas encore licité.

De surcroît, l'indivisaire qui demande la licitation d'un (ou plusieurs) bien(s) indivis est irrecevable à présenter ensuite une demande d'attribution préférentielle, sauf s'il renonce à sa demande initiale avant toute décision irrévocable³⁷². Or, en reconnaissant au coïndivisaire le droit de revendiquer le bénéfice de l'attribution préférentielle, même en présence d'une demande de partage et de licitation présentée par un créancier personnel, la Cour de cassation laisse clairement entendre que celle-ci doit être traitée préalablement, sinon sa recevabilité n'aurait guère de sens. Seulement, le sort réservé par le juge à cette demande dépendra directement du type d'attribution préférentielle.

A *minima*, en présence d'une attribution préférentielle facultative, la loi reconnaît au juge le pouvoir de statuer en fonction des intérêts en présence³⁷³. Le magistrat peut préférer un partage avec vente par licitation à un partage avec attribution préférentielle du bien. Et, du reste, le refus opposé à l'indivisaire ne résultera pas seulement des intérêts des coïndivisaires, il pourra aussi être justifié par le risque que fait courir l'attribution préférentielle aux

³⁶⁷. GRIMALDI M., *op. cit.*, n° 836, p. 811 ; JUBAULT C., *op. cit.*, p. 829, n° 1277 ; TERRE F. et LEQUETTE Y., *op. cit.*, n° 857, p. 687.

³⁶⁸. Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1969 : *D.* 1970, jurispr. p. 382, note BRETON A. ; *RTD civ.* 1970, p. 596, obs. SAVATIER R.

³⁶⁹. DONNIER J.-B., art. préc., n° 109.

³⁷⁰. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1983 : préc.

³⁷¹. Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 1968 : *D.* 1969, jurispr. p. 57, note BRETON A. ; *RTD civ.* 1969, p. 162, obs. HEBRAUD P. et RAYNAUD P. ; *RTD civ.* 1969, p. 595, obs. SAVATIER R. — Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1971 : *Bull. civ.* I, n° 77 ; *D.* 1971, somm. p. 151.

³⁷². Cass. civ. 1^{re}, 29 avr. 1975 : *Bull. civ.* I, n° 149 ; *D.* 1975, inf. rap. p. 159 ; *RTD civ.* 1976, p. 590, obs. SAVATIER R.

³⁷³. C. civ., art. 832-3, al. 2.

créanciers personnels de l'indivisaire³⁷⁴, même si l'intérêt du coindivisaire est « *fréquemment jugé préférable à celui des créanciers* »³⁷⁵.

Cependant, depuis la loi du 3 décembre 2001, la donne a légèrement changé puisque le législateur a créé un nouveau cas d'attribution préférentielle de droit : l'attribution préférentielle du local d'habitation et du mobilier le garnissant au profit du conjoint survivant³⁷⁶. C'est dire que si le coindivisaire n'est autre que le conjoint survivant, il pourra invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 831-3 du Code civil. Mais alors, contrairement à l'attribution préférentielle facultative, le juge sera privé de tout pouvoir d'appréciation. L'attribution préférentielle ne pourra pas être refusée au conjoint survivant, d'une part, et il bénéficiera, également de droit, des délais légaux pour le paiement de la soulte³⁷⁷ d'autre part. Le magistrat ne pourra pas, comme pour l'attribution préférentielle facultative, rejeter la demande en ce qu'elle compromettrait les intérêts du créancier personnel. Tout au plus, il se contentera de vérifier que le conjoint survivant satisfait aux conditions requises, le législateur le privant ensuite de tout pouvoir d'appréciation. Nul doute que, dans ce cas, le droit au logement du conjoint survivant primera même sur l'intérêt du créancier, qui subira les conséquences des éventuels délais légaux de paiement de la soulte que le conjoint survivant a pu obtenir.

Une leçon s'impose à l'analyse de cette décision au regard de l'appréciation du caractère sérieux de la QPC. En l'occurrence, les moyens qui permettent d'exclure l'inconstitutionnalité de l'article 815-17 du Code civil ne sont autres que les armes procédurales mises à la disposition du coindivisaire dont le droit au logement serait violé du fait d'une disposition prétendument inconstitutionnelle au regard de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. La concision des décisions de la Cour de cassation ne doit toutefois pas leurrer. Dans cette hypothèse, pour déterminer si la question présente un caractère sérieux, en termes de méthode, la Cour de cassation devrait, en toute vraisemblance, se livrer à un contrôle de l'ensemble des moyens légaux existants pour garantir les droits fondamentaux — le droit au logement —, tout en tenant compte de sa propre interprétation jurisprudentielle de la disposition contestée — l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil. Si le contrôle de constitutionnalité s'étend à l'interprétation jurisprudentielle de la loi, il est somme toute logique que la construction jurisprudentielle afférente à la disposition contestée soit prise en compte dans sa globalité pour apprécier le caractère sérieux de la question posée ! Mais on pressent alors l'effet pervers de cette appréciation au regard du caractère sérieux ou non de la QPC. Les juges n'ont-ils pas eux-mêmes l'obligation d'adopter une interprétation des textes conforme à la Constitution ?

*

A côté de ces facteurs permissifs permettant à l'office du Conseil de pleinement se déployer dans l'espace concret du procès et dans ses relations avec les juridictions suprêmes, il existe encore de nombreux facteurs de résistance, sans doute temporaires, qui freinent les ardeurs du Conseil et des justiciables.

³⁷⁴ TISSERAND-MARTIN A., obs. sous Cass. com., 3 oct. 2006, *JCP éd. G.* 2007, I, 142, n° 29.

³⁷⁵ BRENNER C., *Rép. civil Dalloz V°* « Partage (4° modes d'attribution spécifiques) », 2009, n° 237. En ce sens TGI Chaumont, 10 juin 1963 : *Gaz. Pal.* 1964, 1, jurispr. p. 19 ; *RTD civ.* 1964, p. 354, obs. SAVATIER R. faisant primer l'intérêt familial sur l'intérêt des créanciers personnels.

³⁷⁶ C. civ., art. 831-3, al. 1^{er} : « l'attribution préférentielle de la propriété du local et du mobilier le garnissant visée au 1° de l'article 831-2 est de droit pour le conjoint survivant ».

³⁷⁷ C. civ., art. 832-4, al. 2 : « sauf accord amiable entre les copartageants, la soulte éventuellement due est payable comptant. Toutefois, dans les cas prévus aux articles 831-3 et 832, l'attributaire peut exiger de ses copartageants, pour le paiement d'une fraction de la soulte, égale au plus à la moitié, des délais ne pouvant excéder dix ans. Sauf convention contraire, les sommes restant dues portent intérêt au taux légal ».

§ 2 : Les facteurs de résistance

Deux facteurs de résistance ont plus particulièrement retenu notre attention. Le premier est externe à l'office du juge constitutionnel et concerne l'ordre judiciaire. Le second est interne à son office et tient plus d'ailleurs d'une difficulté que d'une véritable résistance. Nous nous attarderons ainsi, à l'aune de certains arrêts dissidents de la Cour de cassation et de la position adoptée depuis l'affaire Melki par son Président, sur la culture judiciaire et la spécificité de l'office de la Cour de cassation (A), avant de nous intéresser à la difficile hiérarchisation des normes de valeur constitutionnelle au travers de l'exemple du droit de l'environnement (B).

A) La culture judiciaire et l'office de la Cour de cassation

Boris BERNABE³⁷⁸ et Solange SEGALA DE CARBONNIERES³⁷⁹

« *Roi et justice sont frères et ne peuvent rien l'un sans l'autre* » écrit Pierre Salmon au XIV^e siècle, tandis qu'avec les voies de recours et la hiérarchie des tribunaux, apparaît la notion de Cour souveraine ou Parlement, principale juridiction d'appel du royaume. Parce que cette dernière est la figure incarnée du roi, la *pars corporis regis*, sa mission première consiste à protéger les lois fondamentales, les libertés locales et les privilèges des sujets, quitte, pour cela, à interpréter ou rejeter l'application d'une ordonnance royale dont le contenu aurait été « surpris à la religion du roi ». La V^{ème} République a fait le choix de confier le contrôle de constitutionnalité à « neuf sages », interdisant au Conseil d'État comme à la Cour de cassation – tous deux héritiers des attributions de la *curia regis* – d'exercer ce pouvoir. Jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et à l'introduction par la loi organique du 10 décembre 2009 de la Question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'exerçait, dans certaines conditions de saisine, qu'un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Dans le cadre de ce contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel joue un rôle de conseiller sur la loi non encore promulguée.

La Question prioritaire de constitutionnalité, instaurant un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, pose à l'historien du droit un problème particulier lié aux temps du droit et de l'histoire, à leur écrasement par la nouvelle procédure. Car l'histoire juridique de la loi française tourne invariablement autour d'un axe solide : la loi des 16 et 24 août 1790 portant séparation des autorités judiciaire et administrative – portant en somme séparation du domaine législatif et du domaine judiciaire. Jusque-là, les deux domaines étant indissolublement liés – la loi dépendant alors de la justice –, les juges contrôlaient³⁸⁰ la loi du prince *a priori*, par le moyen des remontrances *avant enregistrement*, et ce depuis le XIV^e siècle. Or, dans notre système actuel – « *post 1790* » – de « séparation des pouvoirs », les actes du législateur sont indépendants de ceux du juge, tandis que les actes du juge sont subordonnés à la loi. Si bien que l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité accorde désormais une place ambiguë au Conseil constitutionnel. Car dans le cadre du

³⁷⁸ Professeur à l'Université de Franche-Comté, CRJFC (Centre de Recherche Juridique de l'Université de Franche-Comté ;

³⁷⁹ Maître de conférences à l'Université de Valenciennes, IDP (Institut du Développement et de la Prospective).

³⁸⁰ Le mot mérite d'être précisé : il s'agit de la possibilité offerte par le roi aux magistrats du Parlement de proposer des commentaires ou des modifications respectueuses au monarque législateur, avant leur enregistrement pour entrée en vigueur. Dans les faits, les hauts magistrats *contrôlent* la conformité de loi royale à la justice ou à la constitution coutumière du royaume. Au fil du temps, cette humble vérification s'est muée en contrôle d'opposition politique, voir sur ce point SAINT-BONNET F., « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du Roi », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 86 s. et KRYNEN J., *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, 2009, notamment p. 239 s.

contrôle *a posteriori*, la procédure législative a pleinement joué son rôle légitimant ; la loi est promulguée, elle est l'expression de la volonté générale, de sorte que le Conseil constitutionnel sanctionne, comme un juge, la loi déjà interprétée au regard de la norme constitutionnelle. La nature de l'action du Conseil constitutionnel change non pas tant en raison de l'organe qui procède à sa saisine, mais bien plutôt en raison du moment de sa saisine : *a priori*, le Conseil est conseiller du législateur ; *a posteriori*, le Conseil est juge de la loi. Double action du Conseil constitutionnel, double vision de son rôle de gardien de la constitution à travers le contrôle de la constitutionnalité de la loi, les articles 61-1 et 62 de la Constitution de 1958 révèlent, aux yeux de l'historien du droit, un paradoxe majeur. La Constitution de 1958, produit d'une histoire constitutionnelle postérieure à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, se nourrit de la « séparation des pouvoirs » et, au nom de la protection des droits fondamentaux, vient aujourd'hui nier cette séparation même par l'instauration de la procédure de QPC. Paradoxe dont les historiens se délectent. Les institutions techniques du Conseil constitutionnel favorisent ce rôle ambigu : sa composition, sa procédure, le respect du principe du contradictoire, la forme de ses décisions, l'impossibilité de tout appel... Tout concourt à nourrir le paradoxe, tantôt conseil législatif, tantôt juridiction. L'introduction de cette procédure d'un contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori* à titre incident conduit à s'interroger, d'un point de vue historique sur ses conséquences ou ses réminiscences (1). Elle invite par ailleurs à revisiter selon une démarche généalogique le rôle jadis confié au juge dans le contrôle de la constitutionnalité du droit : son office constitutionnel (2).

1) Les conséquences historiques de la QPC

L'introduction de la QPC emporte deux conséquences notables d'un point de vue historique : une remise en cause de la séparation des pouvoirs (a) et la réminiscence d'une ancienne querelle sur l'interprétation du droit (b).

a) Les conséquences du double contrôle de constitutionnalité : le Parlement retrouvé

Par l'instauration du double contrôle – *a priori* et *a posteriori* – le principe de séparation des pouvoirs est ébranlé. Tantôt conseil législatif, dans le champ du contrôle de la conformité des lois à la constitution, tantôt juge de l'interprétation de la loi dans sa dimension constitutionnelle, le Conseil constitutionnel renoue avec une confusion des pouvoirs qui caractérisait l'ancien Parlement de la monarchie.

Part de la *curia regis* lorsque celle-ci siège *in parlamento*, le Parlement est l'organe des délibérations du roi. Cour souveraine de justice fixée par le roi au cœur de la Cité depuis le milieu du XIII^e siècle, la compétence du Parlement est d'abord judiciaire – en appel sur les causes de droit commun, en premier et dernier ressort sur les causes qui touchent un privilège nobiliaire. Les Parlements étaient établis seulement à Paris jusqu'au sortir de la Guerre de Cent ans – sauf quelques délocalisations, notamment à Poitiers pendant les heures sombres du Moyen Âge –. La reprise en main du gouvernement monarchique conduira le roi à en créer plusieurs en province – 13 en tout à la fin de l'Ancien Régime. Ces Parlements, qui forment la voix unique du roi sur tout le territoire ont aussi des attributions extrajudiciaires. Chambre d'*enregistrement des lois* du roi, le Parlement est chargé de publier, par affichage et cri, les ordonnances du souverain. Recevant ainsi expédition des lois pour enregistrement, le Parlement, pour des raisons liées à la volonté royale de préserver une légitimité parfois contestée durant certains épisodes du Moyen Âge, s'est vu autorisé à donner son avis sur le

contenu des lois promulguées par le roi. Ces remarques, qui se font par voie d'humbles *remontrances*, se font au fil du temps plus hardies que l'indépendance institutionnelle des juges sera grande : officiers de haut rang, les magistrats du Parlement, inamovibles, finissent par profiter politiquement du système de la vénalité des offices. En outre, sur toute l'étendue de leur ressort, les Parlements peuvent édicter des *arrêts de règlement*, qui fixent l'état du droit sur une question jusque-là controversée. Ces prérogatives, qui appartiennent clairement à la sphère administrative ou législative, vont, entre les mains de la haute magistrature, servir d'armes politiques.

C'est donc à l'occasion de la procédure d'enregistrement que les Cours souveraines exercent bien ce que l'on pourrait appeler un contrôle de constitutionnalité *a priori*³⁸¹, même si le dernier mot revient au roi par le moyen ultime du lit de justice. Il est vrai toutefois qu'il n'existe pas de procédure spéciale permettant aux magistrats d'ignorer une disposition législative, et donc d'exercer une sorte de contrôle *a posteriori*. Mais la notion d'*arbitraire* (*arbitrium*) permet au juge d'agir très librement face à la loi, d'autant plus que les jugements n'ont pas à être motivés : il lui suffit de « mettre en souffrance » c'est-à-dire de ne pas appliquer la loi au cas d'espèce, ou de l'interpréter de manière à ce qu'elle ne porte pas tort à une liberté fondamentale. Il ne s'agit pas là d'un contrôle de constitutionnalité au sens contemporain du terme : le roi, « fontaine de justice », et le juge concourent tous deux à la réalisation de la justice, à l'image de Dieu ; si bien que le roi ne devient législateur qu'en raison de la mise en œuvre de son pouvoir justicier. Aussi, dans cette perspective – lorsque le prince promulgue des lois – l'action du juge doit être comprise comme une façon de parfaire la loi, l'accomplir, la mener à son achèvement ultime en la confrontant au réel et en recherchant la véritable intention du législateur, qui ne peut être que la justice et au-delà, l'équité. Aristote démontrait déjà dans la *Rhétorique* combien les deux missions du législateur et du juge sont complémentaires : tandis que le jugement de l'un porte « sur le futur et le général », celui de l'autre « porte sur le particulier » et ne concerne que « des cas actuels et déterminés ».

Pourtant, à l'époque moderne, ces deux missions, jadis complémentaires, sont conçues comme concurrentes : dès la fin du XVI^e siècle, le roi ne tolère plus que ses juges s'immiscent dans la sphère législative qu'il considère désormais comme son domaine réservé ; les Parlements, de leur côté, insistent et entrent en opposition au roi – opposition qui se transforme en *Fronde* au XVII^e siècle, aboutissant à la réunion des États généraux en 1789. Régulièrement, la monarchie rappelle les juges à leur devoir d'obéissance, ce qui sous-entend une application stricte de la loi, expression de la volonté du monarque absolu de droit divin. Un des rappels à l'ordre les plus solennels se trouve sans doute dans la grande ordonnance civile de 1667 qui s'en prend au contrôle *a priori* et au contrôle *a posteriori* des magistrats³⁸² : « Art. 2 : Seront tenues nos cours de Parlement, et autres nos cours de procéder incessamment à la publication et enregistrement des ordonnances, édits, déclarations et autres lettres, aussitôt qu'elles leur auront été envoyées, sans y porter aucun retardement, et toutes affaires cessantes, même la visite et jugements des procès criminels, ou affaires particulières des compagnies. [...] Art. 7 : Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de Parlements et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté pour l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous pour apprendre ce qui sera notre interprétation. »³⁸³. L'efficacité de

³⁸¹ SAINT-BONNET F., « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du Roi », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 86 s.

³⁸² Voir ce qu'en dit KRYNEN J., *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 191-212.

³⁸³ Ordonnance civile d'avril 1667, titre I.

ce rappel à l'ordre, apparente pour le contrôle *a priori* – tout au moins durant le règne de Louis XIV³⁸⁴ –, laisse à désirer pour le contrôle *a posteriori* qu'aucun monarque n'est parvenu à limiter³⁸⁵, d'autant plus que les arrêts ne sont pas motivés. Au même moment, des auteurs en nombre croissant rendent la vision traditionnelle du juge et de la cour suprême incompréhensible, en interprétant l'action du Parlement comme une volonté de puissance et la revendication d'une parcelle de souveraineté. *L'esprit des lois* (1748) parle d'une « puissance de juger », qui ne cesserait de s'opposer aux deux autres puissances, législative et exécutive ; l'opposition doit disparaître grâce à une meilleure répartition des pouvoirs, seul moyen, semble-t-il, de parvenir à un gouvernement fondé sur un principe de liberté. Les parlementaires, gagnés par cette fièvre de réformes politiques, modifient les fondements de leurs prétentions et semblent toujours plus s'éloigner de leur rôle de gardien du droit : ainsi, au motif qu'il conviendrait de modérer la monarchie absolue de droit divin, ils n'hésitent pas à ériger de nouveaux principes en lois fondamentales, ou encore ils se présentent comme les défenseurs naturels des citoyens contre le despotisme du roi et des ministres³⁸⁶. Les constituants ont haï ce rôle d'opposant politique endossé par le Parlement. Légicentristes, ils n'entendaient pas que des juges puissent se dresser contre la souveraineté législative. Lors des discussions sur la nouvelle loi relative à l'organisation judiciaire³⁸⁷, on entendit plusieurs voix s'élever, qui rallièrent à elles l'opinion générale : « *Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation, ou peuvent influencer, en quelque manière que ce soit, sur la formation de la loi. [...] Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si les tribunaux se trouvent composés d'un grand nombre de magistrats, et forment ainsi des compagnies puissantes. Car, s'il est convenable pour un peuple qui ne jouit d'aucune liberté politique, qu'il existe des compagnies puissantes de magistrats, capables de tempérer par leur résistance l'action toujours désastreuse du despotisme, cet ordre de choses, au contraire, est funeste pour tout peuple qui possède une véritable liberté politique [...]* »³⁸⁸ ; « *[il faut craindre que les nouveaux juges d'appel] ne cherchent à abuser de leur autorité légitime [...] tentés par l'exemple de ceux auxquels ils vont succéder* »³⁸⁹ ; « *Voici à quoi se réduisent toutes les objections : si vous faites des tribunaux souverains sédentaires, ce seront des parlements, et vous n'en voulez pas* »³⁹⁰. Le statut des nouveaux juges d'appel ne doit pas reproduire celui des conseillers aux Parlements. L'instauration d'une hiérarchie juridictionnelle, la sédentarisation des juges, sont des éléments statutaires de l'ancienne organisation juridictionnelle à ne reconduire, selon les constituants, sous aucun prétexte. Le renversement des cadres de l'ancienne monarchie par les acteurs de la Révolution, tel est le récit global retenu. Mais plusieurs questions affleurent : pourquoi des députés qui ont pu se réunir grâce à l'intervention du Parlement s'opposent-ils si vertement à cette institution ? Pourquoi les thuriféraires d'un régime libéral fondé sur un équilibre des pouvoirs rejettent-ils aussi violemment le corps jusque-là le plus apte à garantir l'équilibre ?³⁹¹ C'est que faute d'avoir soutenu le parti patriote durant le coup d'État de l'été 1789, la Cour suprême ne survit pas à la Révolution. Les constituants ne pouvaient admettre, dans le renversement de souveraineté qu'ils proposaient, que la loi, signe et témoin du

³⁸⁴ ANTOINE M., « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », *B.E.C.*, 1993, vol. 151, n° 1, p. 87-122.

³⁸⁵ KRYNEN J., « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi en France avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *R.H.D.*, 2008 (2), p. 161-197.

³⁸⁶ LEMAIRE E., *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., 2010.

³⁸⁷ Il s'agissait alors de savoir quelle forme prendraient les juridictions d'appel : cours ou tribunaux ? appel hiérarchique ou appel circulaire ? « sédentarité » ou « ambulance » des juges ?

³⁸⁸ Nicolas BERGASSE dans son célèbre discours du 17 août 1789, *Archives parlementaires*, VIII, p. 441.

³⁸⁹ THOURET, *Archives parlementaires*, XV, p. 359.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 362.

³⁹¹ Sur le libéralisme du Parlement, voir LEMAIRE E., *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, Léviathan, 2010.

nouveau souverain, tombât aux mains des juges. Dès lors que les parlementaires risquaient de conserver leurs revendications en matière de contrôle des lois, ils se transformaient en concurrents d'un législateur s'affirmant comme l'unique expression légitime de la volonté générale ; et celui-ci était bien décidé à avoir le dernier mot, comme le roi absolu sous l'Ancien Régime et même plus encore, puisqu'il entendait être le seul à pouvoir parler. L'historien Lefebvre a qualifié la Révolution de 1789 de « *Révolution des juristes* » : bien surprenants juristes qui réclament l'anéantissement de leur office et de la liberté qui en constituait le fondement essentiel. Les débats ont d'ailleurs donné lieu à des accouplements politiques que d'aucuns pourraient qualifier de contraires à la nature : ainsi, des hommes aussi éloignés politiquement que Le Chapelier et Robespierre souhaitent effacer le mot « jurisprudence » du vocabulaire français.

Chassé par la grande porte pendant les débats de la Constituante, le Parlement « Sénat de France » et cour souveraine – conseiller du législateur et interprète de la loi – fait sa réapparition subreptice, sous les traits d'un Conseil constitutionnel nouvelle formule offrant deux « contrôles » de la loi, *a priori* et *a posteriori*, dont l'écart de *tempo* même modifie radicalement la nature, en une réduction inattendue de la « séparation des pouvoirs ». L'écrasement du temps proposé par l'introduction de la QPC doit cependant interdire toute analogie trop hâtive ou trop parfaite : le Conseil constitutionnel nouveau Parlement ? Le rapprochement intellectuel n'a de sens aujourd'hui que si deux éléments d'ajustement sont pris en considération : la place de la loi et la valeur de son interprétation.

b) « La querelle de l'interprétation » (1083)

Les 6 et 14 octobre 2010, le Conseil constitutionnel rendait deux décisions QPC³⁹² qui, l'une et l'autre, eurent pour conséquence de reconnaître explicitement la possibilité, pour un justiciable, de contester par le moyen d'une QPC la constitutionnalité d'une loi telle qu'elle a pu être interprétée par le juge judiciaire ou le juge administratif. Dans ces deux décisions, le Conseil constitutionnel rappelle la nécessité dans laquelle il s'est trouvé d'inclure l'interprétation de la loi par le juge judiciaire ou administratif dans son contrôle, dans la mesure où la loi organique de 2009 modifiant l'ordonnance de 1958 sur la saisine du Conseil constitutionnel permet une contestation de la constitutionnalité de la loi par un justiciable à la condition que la disposition contestée soit « *applicable au litige ou à la procédure* ». Or, il n'existe de « *disposition applicable au litige ou à la procédure* » qu'interprétée. Sur son journal d'information³⁹³, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à préciser : « *Toute autre solution aurait porté atteinte au rôle des cours suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif et vidé de son sens la réforme de la QPC. Si le Conseil constitutionnel n'avait pas considéré qu'il ne peut examiner une disposition législative qu'à la lumière de l'interprétation donnée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, il aurait méconnu le rôle régulateur de ces derniers. Il revient en effet à ces deux cours d'interpréter la loi pour en assurer une application uniforme dans le pays. Pour autant, le justiciable peut alors contester la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la disposition législative ainsi interprétée. Le contraire conférerait une impunité constitutionnelle à l'interprétation de la loi, privant la réforme de la QPC d'une partie de sa portée.* » Autrement dit, parce que la fonction première de la Cour de cassation et du Conseil d'État, chacun dans son ordre juridictionnel, consiste à interpréter la loi, le contrôle de la loi telle qu'interprétée s'impose au

³⁹² Rendues la première sur renvoi de la Cour de cassation (n° 2010-39 QPC, relative à l'article 365 du code civil), la seconde sur renvoi du Conseil d'État (n° 2010-52 QPC, relative à une loi de 1941).

³⁹³ Journal publié sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/novembre-2010-qpc-et-interpretation-de-la-loi.50038.html

Conseil constitutionnel. Pour logique que soit la solution adoptée par ces deux décisions – par ailleurs abondamment commentées³⁹⁴ – il n'en demeure pas moins qu'elle remet en cause la souveraineté des interprétations de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Cette souveraineté interprétative, la Cour de cassation, pour ne parler que d'elle, l'a obtenue à l'issue d'un processus historique complexe qui, dès le commencement de la Révolution, avait d'abord exclu les juges de toute interprétation et de tout contrôle. Tout est fait pour que le nouveau Tribunal de cassation, instauré par la loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790, soit, lui aussi, réduit à n'être qu'un simple exécutant de la loi. Composé de juges élus, il est placé « *auprès du Corps législatif* ». Mais surtout, le mécanisme du référé législatif (obligatoire après deux cassations dans la même affaire) réserve clairement au pouvoir législatif l'interprétation des lois³⁹⁵. Le tribunal est le régulateur de l'ordre judiciaire puisqu'il a pour fonction de se prononcer sur la bonne application de la loi, sans jamais juger au fond ; tout contrôle de la loi est assimilé à un crime de lèse-nation³⁹⁶. Ainsi, le célèbre arrêt du 18 Fructidor an V (4 septembre 1797) casse pour excès de pouvoir un jugement du tribunal de la Dyle et rappelle l'interdiction faite aux juges d'usurper le pouvoir législatif « *en jugeant le mérite d'une loi* » publiée par une autorité compétente³⁹⁷. Or, dans un régime constitutionnel, l'interprétation de la loi ayant pour aune première la constitution, interpréter la loi revient à interpréter la constitution. Il fallait donc opérer un choix conforme à l'histoire de la justice et de la loi françaises : soit on remettait aux mains du juge, interprète de la loi, le devoir d'interpréter la constitution ; soit on créait un organe spécial. La seconde solution, conforme à l'idée de séparation des pouvoirs – conforme à la volonté révolutionnaire de faire disparaître le Parlement – fut tôt envisagée, mais toujours de manière imparfaite jusqu'à la création du Conseil constitutionnel en 1958³⁹⁸. En effet, le droit de veto royal, pourtant parfaitement constitutionnel, et rarement utilisé par Louis XVI, fut l'une des causes de la chute de la monarchie. Les interventions du peuple, sous la forme prévue dans la Constitution girondine de 1793 ou sous la forme bien connue du *jury constitutionnaire* de Sieyès, sont restées à l'état de projets. Quoi de plus simple pourtant que la lecture d'un texte constitutionnel ? Quant au contrôle par le Sénat prévu dans la Constitution de l'an VIII, il est resté lettre morte, l'institution ayant été rapidement transformée en instrument docile entre les mains du Consul puis de l'Empereur. La pratique de la Constitution de 1852 ne fera guère mieux et les lois de 1875 sont muettes sur la question. Les révolutionnaires ont bien envisagé de créer une « *Cour suprême de révision* », pour reprendre l'expression de Thouret³⁹⁹.

Cette querelle de l'interprétation, infinie, trouve son ressort perpétuel dans la question de la souveraineté originare du pouvoir politique. Les juristes médiévaux qui glosèrent le droit romain redécouvert ont parfaitement circonscrit les degrés d'interprétation possibles en fonction de cette souveraineté politique. Ainsi, quatre modalités d'interprétation sont distinguées et popularisées par Azon et Accurse, en fonction des « *agents susceptibles d'interpréter la loi* » : l'interprétation coutumière, l'interprétation par le juge, l'interprétation

³⁹⁴ Voir notamment

³⁹⁵ Sur cette question, voir, LESAGE, M., *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, LGDJ, 1960, pp. 24-61 ; ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin, G. Giappichelli, 2005.

³⁹⁶ GAVEN J.-Ch., *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique, 1789-1791*, thèse droit Toulouse, 2003, dactyl., 2 vol.

³⁹⁷ *Bulletin des jugements du Tribunal de cassation*, an V, n° 422, cité par HALPERIN J.-L., « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, p. 33.

³⁹⁸ Voir sur cette « longue absence d'une justice constitutionnelle » : KRYNEN J., *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, notamment ch. 7, « Le surgissement de la justice constitutionnelle ».

³⁹⁹ THOURET, *Archives parlementaires*, op. cit.

par la doctrine, et enfin l'interprétation par le prince : « *L'interprétation par la coutume est fondée sur la proclamation au Digeste (1, 3, 37) de la consuetudo "meilleure interprète des lois" (optima legum interpres). En suivant Azon, Accurse la considérait "probable" (probabilis, car non écrite) mais "nécessaire" (necessaria, c'est-à-dire obligeant les membres de la communauté). À l'interpretatio iudicis, attestée par une sentence rédigée, il attribuait un caractère obligatoire ("nécessaire"), mais uniquement pour les parties en cause. Une telle interprétation (necessaria) ne pouvait être considérée d'application générale (generalis). L'interprétation doctrinale (interpretatio magistri) était présumée simplement "probable" (nemo est adstrictus stare verbis magistri) et non point "nécessaire". Enfin, l'interpretatio principis, qualifiée d'interpretatio authentica. Elle seule, manifestée par une loi (lex declarativa ou declaratoria), était revêtue d'un caractère "nécessaire" et reconnue d'application générale (necessaria, et in scriptis redigenda, et generalis). »⁴⁰⁰ On retrouve, passée par le stoïcisme latin, la grande distinction aristotélicienne entre la loi (générale) et le jugement (particulier) qui hisse la loi et son créateur au sommet de la hiérarchie des droits. Toutefois, si les sentences sont relatives aux parties au procès⁴⁰¹, l'interpretatio iudicis (l'interprétation du juge) a vocation à forger des solutions uniformes, valant *erga omnes*. C'est que l'équité, « *mère de l'interprétation* », commandait que « *dans des causes égales soient attribués des droits égaux* »⁴⁰². Or, l'équité, qui pouvait échapper à la loi et qui formait le cœur de l'office du juge jusqu'à la Révolution, offrait en pratique au juge un pouvoir supérieur à celui du législateur⁴⁰³. Si tel n'est plus le cas aujourd'hui, le « *génie de la jurisprudence prétorienne* »⁴⁰⁴ peut toutefois demeurer fidèle, dans une certaine mesure à son ancienne et haute place, en développant un office constitutionnel du juge.*

2) L'office constitutionnel du juge

Jadis fondé sur l'équité, l'office du juge a vu sa puissance considérablement réduite par l'avènement du légicentrisme révolutionnaire. Un juge-automate ne remplit aucun office. Lié à sa faculté mais aussi à une certaine liberté d'interprétation, l'office du juge consiste aussi dans la sauvegarde des principes constitutionnels. Si cet office est historiquement dévolu au juge judiciaire (a), il convient de prendre en considération l'avènement du juge administratif (b).

a) Le juge judiciaire, juge naturel de la constitutionnalité

Avec la rupture révolutionnaire, le juge a perdu sa place dans la protection des règles constitutionnelles ou même dans un éventuel contrôle de constitutionnalité. Peut-on même encore parler de « *pouvoir judiciaire* » ? La Constitution de 1791 conserve bien cette expression pour intituler l'un de ses chapitres mais dans un sens uniquement fonctionnel. Faut-il considérer que la France, à partir de 1789, a fait sienne la phrase de Tocqueville : « *Si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaisse* » ? Les juges qui se

⁴⁰⁰ KRYNEN J., « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi... », p. 169.

⁴⁰¹ Cf. art. 1351 du Code civil sur l'autorité relative des jugements.

⁴⁰² *Idem.* p. 167.

⁴⁰³ Là est la raison de l'article 5 du code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* », dont l'ancêtre est l'article 6 de l'ordonnance de 1667 : « *Voulons que toutes nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes soient observées, tant aux jugements des procès, qu'autrement, et sans y contrevenir ; ni que sous prétexte d'équité, bien public, accélération de la justice, ou de ce que nos cours auraient à nous représenter, elles ni les autres juges s'en puissent dispenser ou en modérer les dispositions, en quelque cas, et pour quelque cause que ce soit.* »

⁴⁰⁴ CORNU G., « *Libres propos sur la jurisprudence* » (1992), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, ch. 13, p. 173-176. Voir aussi, dans le même ouvrage, les articles du même auteur portant sur l'office du juge et l'interprétation de la loi par le juge, notamment « *La sentence en France* » (1985, p. 177-186) et « *Le règne de l'analogie* » (1993, p. 331-345)

disaient « la bouche du roi », sont sommés de devenir simplement « la bouche de la loi » ; ils sont voués à devenir ces « *êtres inanimés* » dont parle Montesquieu ou, comme le dira l'historien Peter Stein, des « *personnes fongibles* ». Dès lors, le juge ne pouvant qu'appliquer la loi, ne saurait l'interpréter car en l'interprétant, il interférerait dans le processus législatif, ce qui lui est interdit par la loi des 16-24 août 1790 (art. 10). Aussi, lorsque le « pouvoir judiciaire » ressurgit de façon épisodique au cours du XIX^e siècle, au détour de nécessités politiques, personne n'est dupe : en 1815, lors des Cent Jours, il faut convaincre une magistrature légitimiste ; en 1848, la Révolution issue d'une insurrection parisienne doit convaincre les élites et trouver une légitimité populaire. Quant aux chartes de 1814 et de 1830, elles évoquent simplement un « ordre judiciaire », et il n'y a rien dans la Constitution de 1852. Faut-il s'étonner que le Titre VIII de la Constitution de 1958 soit consacré à « L'autorité judiciaire » ? Il est des mots qui fâchent encore... À moins d'y voir un surprenant hommage gaulliste à *l'auctoritas* judiciaire, par opposition à la simple *potestas* de l'exécutif et du législatif...

Et pourtant... N'est-ce pas justement en retrouvant son rôle traditionnel de défenseur de la Constitution que le juge de l'ordre judiciaire – cet « asile de réaction » selon l'expression de Thouret – a su redonner toute sa substance à un office en apparence déchu ? Ainsi, entre 1791 et 1793, la Constitution est invoquée par le « Tribunal » de Cassation pour casser plus d'une vingtaine de décisions de justice. Les héritiers du Parlement ne pouvaient trouver meilleur moyen de prouver leur fidélité au nouveau régime et leur désir de respecter le principe de séparation des pouvoirs. Ils en ont d'ailleurs été rapidement récompensés : le déclin du référé législatif permet à la Cour de retrouver progressivement ses capacités de création jurisprudentielle ; mettant en avant sa mission d'unification du droit, elle parvient également à étendre son contrôle des juges du fond ainsi que son pouvoir d'interprétation de la loi⁴⁰⁵. La lecture des archives judiciaires et en particulier des plaidoiries d'avocats, montre combien la vision traditionnelle du juge de l'ordre judiciaire, gardien naturel de la Constitution et donc des libertés, redevient un lieu commun développé à l'infini par les politiques qui y voient là un élément essentiel à la construction puis la défense du régime parlementaire libéral. Par exemple, en 1829, dans une affaire concernant le droit individuel d'être armé, l'avocat Émile Renard évoque « *cette faculté d'examen et de résistance dont jouit le magistrat, la seule digne qui puisse en pareil cas être opposée aux envahissements du pouvoir ministériel* »⁴⁰⁶.

La Cour de cassation aurait-elle retrouvé la place de contre-pouvoir que son ancêtre, le Parlement de Paris, ambitionnait d'occuper face au pouvoir royal ? Quoi qu'il en soit, et tout au long du XIX^e siècle, quel que soit le régime, la Cour de cassation n'hésite pas à confirmer de nombreuses décisions de juges ordinaires qui refusaient d'appliquer, pour cause d'inconstitutionnalité, certains actes pris par l'exécutif, qu'il s'agisse de décrets impériaux⁴⁰⁷, d'ordonnances royales⁴⁰⁸ ou, plus tard encore, de décrets coloniaux⁴⁰⁹. Les juges de l'ordre judiciaire font même preuve d'un certain cran en procédant à l'analyse de constitutions étrangères, et à des comparaisons parfois audacieuses avec le droit constitutionnel français, lorsque cela s'avère nécessaire, afin de résoudre de délicates questions de droit international

⁴⁰⁵ Plus particulièrement à partir de la loi du 1^{er} avril 1837 qui, en cas de conflit persistant d'interprétation, oblige la 2^{ème} cour de renvoi à se conformer à la solution de la Cour de cassation.

⁴⁰⁶ BNF, 4-FM-5662, p. 16.

⁴⁰⁷ MESTRE J.-L., « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 35-67 (spécialement p. 49).

⁴⁰⁸ MESTRE J.-L., « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *R.F.D.C.*, 15, 1993, p. 451-461.

⁴⁰⁹ DURAND B., « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? », *Cahiers aixois d'histoire des droits d'outre-mer français*, 2007, n° 3, p. 11-54.

et de diplomatie⁴¹⁰. Il est vrai que la Cour de cassation n'ose pas aller plus loin et exercer un contrôle de constitutionnalité sur la loi elle-même, à une exception près dans deux arrêts datés de 1851⁴¹¹. En revanche, les projets de réforme constitutionnelle⁴¹² qui prévoient un contrôle de constitutionnalité n'hésitent pas à franchir le pas et bon nombre d'entre eux souhaitent confier ce contrôle au juge de l'ordre judiciaire. Par exemple, pour ne citer que l'un des plus connus, celui de Charles Benoist, déposé à la Chambre le 28 janvier 1903 qui précise dans son art. 3 : « *La Cour de Cassation, toutes chambres réunies, est érigée en Cour suprême* ». Quel meilleur hommage à ces juges qui ont su patiemment reconstituer leur office et faire oublier la méfiance manifestée à leur égard un siècle plus tôt ? C'est donc bien en vain qu'en 1921 Édouard Lambert tentera de brandir l'épouvantail du « *gouvernement des juges* ». Cela n'empêchera pas la Constitution de 1958 de proclamer (art. 66) les juges de l'ordre judiciaire « *gardiens naturels des droits des individus* », retrouvant, peut-être sans le vouloir, une évidence médiévale. *Quid* des juges de l'ordre administratif ?

b) Le juge administratif et la constitutionnalité du droit

« *Restons fidèle au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs qui occupent les fonctions de juge ; il ne faut pas croire à une magistrature administrative, il faut croire à des fonctionnaires libres qui exercent des fonctions judiciaires* »⁴¹³ Ainsi s'exprimait Michel Debré devant le comité consultatif constitutionnel, le 5 août 1958, peu d'années donc après la naissance des Tribunaux administratifs. Pourtant, un demi-siècle plus tard, il suffit de constater l'élaboration progressive d'un droit commun processuel, tendant à rapprocher les procédures judiciaires et administratives, pour constater que ces « fonctionnaires libres » sont parvenus à imposer leurs qualités de juge mais en se fondant sur une toute autre tradition. La juridiction administrative est souvent accusée de souffrir d'un mélange des genres : en effet, le Conseil d'État cumule la qualité de Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif et celle de conseil de gouvernement ; c'est pourquoi, chacun de ses membres est rattaché à une formation de conseil et à une formation contentieuse. Mais n'est-ce pas justement ce mélange des genres qui a protégé le juge administratif ? Le Conseil d'État, parce qu'il ne risquait pas d'être soupçonné de vouloir reconstituer l'ancien pouvoir du Parlement, a pu développer son office avec toute la discrétion qui caractérise les grands commis de l'État. Non seulement le droit administratif s'impose comme une construction prétorienne mais toute codification – du droit comme de la procédure – est repoussée jusqu'au milieu du XX^e siècle, laissant au juge administratif un espace de liberté et d'interprétation qui a sans doute fait bien des envieux parmi ses confrères de l'ordre judiciaire. Dès l'an VIII, le Conseil d'État intervient lui aussi en faveur du respect de la Constitution et déclare donc abrogées toutes les dispositions législatives inconciliables avec cette loi fondamentale de l'État. Il est vrai que les parties et leurs avocats considèrent

⁴¹⁰ Voir par ex. Trib. correct. de la Seine, 8 janvier 1880, et Cour de Paris, 17 juillet 1880, *Gouvernement du Portugal* (SEGALA DE CARBONNIERES S., « Pavane pour une infraction défunte : l'offense à chef d'état étranger (1819-2004), entre théorie et pratique », in *L'offense. Du « torrent de boue » à l'offense au chef de l'État*, C.I.A.J., n° 26, Pulim, 2010, plus particulièrement p. 373-375).

⁴¹¹ Il s'agit des arrêts *Gauthier* (Cass. 15 mars 1851, D. 1851, 1, p. 142) et *Gent* (Cass. 17 novembre 1851, S. 1851, I, p. 707). Le motif invoqué par un des avocats était que « le pouvoir législatif est un pouvoir limité » ; un tel argument ne pouvait guère avoir d'avenir à cette date. Le coup d'État a mis fin à cette jurisprudence tandis que le Sénat se voit confier le droit du contrôle *a priori*, droit dont d'ailleurs il n'usera pas. Voir l'analyse qui en est faite par MESTRE J.-L., « Le contrôle de constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la II^e République », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 291-310.

⁴¹² Voir en particulier PINON S., *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, LGDJ, 2003.

⁴¹³ Cité par SALLES D., « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, p. 153, n. 27.

plus rarement le juge administratif comme le gardien naturel des droits et libertés individuelles ; il s'agit plutôt de résoudre des questions de conflits d'attribution. Néanmoins, lorsque le cas se présente, le rejet du contrôle de constitutionnalité est tout aussi clairement affirmé par le Conseil d'État, en particulier par l'arrêt Arrighi de 1936⁴¹⁴.

*

La V^{ème} République a finalement fait le choix de confier le contrôle de constitutionnalité à neuf Sages, interdisant au Conseil d'État comme à la Cour de cassation d'exercer ce pouvoir, au prix d'une mise à l'écart, partielle il est vrai, de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, l'adoption de la théorie italienne du « droit vivant » par la décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010, démontre, en matière de QPC, combien les deux ordres de juridiction, s'appuyant sur une tradition longue de deux siècles – et peut-être plus –, ont su défendre leur office et leur pouvoir d'interprétation, dans le respect du principe de séparation des pouvoirs tel qu'il est interprété par la doctrine française. Les juges ont aujourd'hui la lourde tâche de transformer la *vox mortua* constitutionnelle en une *vox viva*. Chacun doit y trouver la place qui lui revient dans un droit complexe qui n'est pas sans rappeler les délices des conflits de juridiction que connaissait bien notre ancien droit français. Il serait regrettable de voir des juges français accepter de se départir de leur caractère souverain, alors que, dans le même temps, le droit communautaire, sous l'influence du droit anglo-saxon, fait renaître une vision du juge doté d'une liberté d'interprétation si grande qu'elle n'est pas sans rappeler celle du juge français médiéval.

B) La difficile hiérarchisation des normes de valeur constitutionnelle : le cas du droit de l'environnement en QPC ?

Manuel GROS⁴¹⁵ Thomas DELANLSSAYS⁴¹⁶

L'intervention combinée d'une charte constitutionnelle de l'environnement (2005) et d'une procédure de QPC (2008) pourrait constituer un élément nouveau d'impact de cette procédure sur l'architecture juridictionnelle, en accentuant la difficile question de la hiérarchie ou de l'absence de hiérarchie entre normes de valeur constitutionnelle en cette matière environnementale. La QPC, appliquée aux droits de l'environnement créera nécessairement de nouveaux enjeux (1) et forcera sans doute le juge constitutionnel à émettre de nouveaux schémas dans les figures d'opposition entre normes (2).

⁴¹⁴ Dans la note qu'il a rédigée sous cet arrêt, EISENMANN affirme que les raisons juridiques doivent s'effacer devant le respect de la séparation des pouvoirs et l'équilibre entre les pouvoirs tels qu'il est défini par la tradition révolutionnaire française. Voir MILET M., « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *RF sc. pol.*, 1999, 49-6, p. 783-802.

⁴¹⁵ Professeur à l'Université Lille 2, Doyen honoraire, CERDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit-Équipe de Recherche en Droit Public).

⁴¹⁶ Doctorant à l'Université Lille 2, CERDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).

1) QPC et enjeux nouveaux

a) Une remise en cause de la relative discrétion du juge constitutionnel en matière de droits de l'environnement

L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait ressortir une certaine réserve du juge constitutionnel dans l'application effective des droits environnementaux substantiels. Alors que le pouvoir du juge n'a cessé de croître dans un ordre juridique qui multiplie les normes juridiques, donc les conflits potentiels et réels, l'application de la Charte de l'environnement révèle une attitude modérée du juge en cas de conflits entre normes de niveau constitutionnel. Certes, le contentieux est peu abondant, contrairement au contentieux hiérarchique vertical depuis plus de trois décennies avec les législations et réglementations en droit de l'environnement, mais pour quelle(s) raison(s) les normes constitutionnelles environnementales s'accommodent mal à une conciliation *stricto sensu* avec les normes portant sur les droits et libertés fondamentaux traditionnels ?

L'intervention de l'article 61-1 n'a guère permis d'amender cette tendance à une grande prudence du juge constitutionnel en matière environnementale. Les principes environnementaux substantiels paraissent plus matérialisés par la morale⁴¹⁷ ainsi que par les mœurs (changeantes au fil du temps), de sorte que la conciliation entre un droit « dur » (comme par exemple la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, etc.) et un droit environnemental « mou » fait peser une charge considérable sur le juge, acteur de concrétisation de ces principes. Comme l'a énoncé D. SALAS, le juge « *se fait l'interprète des valeurs morales émergentes dont il devient le porte-parole réfléchi [...]. Il réinvente ainsi un autre droit au-delà des règles abstraites qui en masquaient la source morale* »⁴¹⁸. Est-ce le rôle du juge de déterminer ce qui *est* contraire à « un environnement équilibré et respectueux de la santé » ? Est-ce que le juge possède suffisamment de compétences techniques pour définir la teneur du « développement durable » ou vérifier l'application du « principe de précaution », sachant qu'il existe de nombreuses controverses scientifiques ? Le juge ne se fait alors plus juge que du *droit*, mais juge du *fait* environnemental, social et économique. Dès lors, comment concilier, *stricto sensu*, une règle ou principe juridique avec un tel droit ? Mais ce droit, caractérisé par une grande imprécision et constitué d'objectifs mal définis, est en position de faiblesse face aux anciens droits formellement identifiés et définis. Ainsi, « *si l'on essaie de concilier le faible et le fort, il y a tout de même plus de chances pour que le faible y laisse plus de plumes que le fort* »⁴¹⁹.

Il est vrai qu'une confrontation entre normes constitutionnelles classiques et normes environnementales pourrait avoir bien plus qu'une simple incidence au sein du seul système juridique. Une décision en faveur d'une protection maximale de l'environnement (comme par exemple en Grèce avec la générosité du Conseil d'Etat grec avec l'environnement⁴²⁰)

⁴¹⁷ Selon le Littré, la morale est l'« ensemble des règles qui doivent diriger l'activité libre de l'homme, décomposé en deux parties : démontrer que l'homme a des devoirs, des obligations, et faire connaître ces devoirs, ces obligations ».

⁴¹⁸ SALAS D., Juge (Aujourd'hui), in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 863.

⁴¹⁹ ROMI R., *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 10.

⁴²⁰ PAPAPOLYCHRONIOU S., Le rôle du juge dans la consécration d'un droit fondamental à l'environnement, le cas grec, in *Le rôle du juge ...op. cit.*, p. 136 : « *L'activisme du Conseil d'Etat, et notamment de sa cinquième section, a provoqué des critiques aiguës : il aurait outrepassé les limites du contrôle de légalité et il serait entré dans le sable mouvant de l'opportunité. Dès lors, on a brandi le spectre du « gouvernement des juges* ». Et cet activisme juge « *s'est trouvé au cœur de tensions institutionnelles récurrentes avec les pouvoirs politiques. A chaque fois, il s'agissait de délimiter le contrôle*

générerait des incidences sociales (voire sociétales), économiques et financières. « *Le juge constitutionnel, dans l'exercice modéré de ses pouvoirs, se doit de vérifier l'ampleur et l'adéquation de la dépense de constitutionnalité même s'il ne dispose pas toujours des instruments et des informations nécessaires à une parfaite appréciation* »⁴²¹. Cette affirmation générale du Professeur D. RIBES est totalement transposable au contentieux de l'environnement. Imaginons que le juge constitutionnel, saisi d'une QPC, abroge une disposition législative en faisant prévaloir l'art. 1 de la Charte sur la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, le droit à obtenir un emploi, le droit de grève, etc. L'exemple serait celui où une disposition législative autorise un quota élevé d'émission de produits polluants, et que cette disposition soit déclarée contraire aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement⁴²². Outre l'éclipse (partielle ou totale Cf. *infra* en II) de ces droits, l'incidence d'une telle décision serait considérable (emploi, économie nationale et locale, diminution des recettes fiscales, etc.). La « faible » place qu'accorde pour l'heure le juge constitutionnel aux droits environnementaux par rapport aux autres principes, règles ou intérêts comme le droit de la concurrence, la liberté d'entreprendre, le droit de propriété ou le principe d'égalité peut-elle évoluer à l'avenir ? D'autant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme fait de la protection de l'environnement une composante importante de son contrôle⁴²³.

Le contentieux n'est ainsi pas important, mais l'introduction de la QPC pourrait changer la donne. Du fait de l'intégration récente de la Charte de l'environnement au sein du Bloc de constitutionnalité, la QPC devrait permettre de vérifier la constitutionnalité de dispositions législatives antérieures à 2005 dépourvues de tout contrôle *a priori*, ainsi que celles qui n'ont pas été soumises à ce même contrôle après 2005, comme par exemple les lois Grenelles I et II, du fait d'un consensus politique. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a créé une nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, en insérant un nouvel article 61-1⁴²⁴ et en modifiant l'article 62⁴²⁵, et complété

exercé par le Conseil d'Etat, en révisant tant les dispositions substantielles sur l'environnement que les dispositions qui organisent la compétence de la Haute juridiction en matière de contentieux d'annulation et même de contrôle de constitutionnalité des lois ! ». *id.* p. 140.

⁴²¹ RIBES D., L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel, *Cah. Cons. const.*, 2008, n° 24, p. 107.

⁴²² Cette hypothèse n'est pas improbable, car la décision *Arcelor* du Conseil d'Etat (CE, Ass., 8 fév. 2007, *Arcelor et autres*, n° 287110) laisse entrevoir cette possibilité. Même s'il s'agit d'un contrôle d'un acte réglementaire transposant une directive communautaire, le juge confronte le droit de l'environnement au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. Et de dire que : « *Considérant que la seule circonstance que les entreprises du secteur sidérurgique soient incluses dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ne saurait être regardée comme portant atteinte aux principes généraux du droit communautaire qui garantissent le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, dès lors qu'une telle atteinte ne pourrait résulter, le cas échéant, que du niveau de réduction des émissions de gaz à effet de serre assigné à ce secteur dans le cadre du plan national d'allocation des quotas prévu par l'article 8 de la directive et approuvé par un décret distinct du décret contesté* » (souligné par nous). Ainsi, l'atteinte à ces principes peut résulter d'un niveau de réduction des polluants, mais pas dans le régime même. Et pourtant, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont partiellement éclipsés dans cette affaire. On pourrait parfaitement imaginer un recours juridictionnel (par ex. une QPC) contre une disposition législative mettant en œuvre ce genre de restriction... et le juge devra confronter la Charte de l'environnement avec d'autres principes constitutionnels (droit de propriété, liberté d'entreprendre, etc.).

⁴²³ V. note 88.

⁴²⁴ « *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* ».

⁴²⁵ « *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* ».

par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. C'est une procédure qui offre au justiciable la possibilité de demander au juge de vérifier la conformité de dispositions législatives aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ainsi que la Cour de cassation ont déterminé les normes constitutionnelles invocables et, en ce qui nous concerne, les droits et devoirs issus de la Charte de l'environnement⁴²⁶. L'intérêt ici n'est pas d'entrer dans le débat sur le caractère abstrait ou concret de la QPC, des contraintes procédurales, mais plutôt de se questionner sur la portée pratique de cette nouvelle procédure, et si elle peut avoir une incidence sur la constatation et la résolution de nouveaux conflits entre droits environnementaux et droits et libertés fondamentaux classiques. En outre, le juge utilisera-t-il les techniques du contrôle *a priori* de l'article 61 ?

De nombreuses dispositions législatives intéressant l'environnement⁴²⁷ ont été adoptées avant 2005, date d'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, dont beaucoup n'ont pas été soumises au contrôle de constitutionnalité de l'article 61⁴²⁸. Seules deux décisions du Conseil constitutionnel, à l'heure actuelle, ont statué sur la conformité de normes à la Charte de l'environnement, dont la première en avril 2011⁴²⁹. Pour le Conseil d'Etat, on peut considérer que sur la dizaine de QPC invoquant la Charte, seules trois intéressent plus ou moins directement les conflits de normes de même valeur. Ainsi, il a vérifié par exemple l'application de l'article 6 de la Charte par le législateur⁴³⁰, sans toutefois renvoyer au Conseil constitutionnel. Certes, il s'agit d'une avancée quantitative timorée, mais on peut supposer qu'à l'avenir, la mise en œuvre de la procédure de QPC aboutira à l'extraction et à la résolution de conflits entre les droits environnementaux substantiels et procéduraux issus de la Charte et les droits classiques. Notamment, les dispositions de la loi « Grenelle II »⁴³¹ par exemple (qui comporte 256 articles sur 126 pages !) n'ont pas été soumises au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. D'autant que les dispositions de la loi mettent en œuvre le principe d'intégration dégagé de la Charte, c'est-à-dire la prise en compte des exigences environnementales dans l'ensemble des politiques publiques.

b) L'impossible hiérarchie entre les droits fondamentaux et droits environnementaux antagonistes ?

L'idée serait qu'une protection maximale de l'environnement permettrait, *de facto*, une préservation sur le long terme des autres droits fondamentaux. En effet, comment le droit de propriété pourrait-il être exercé si le propriétaire ne possède plus son bien, du fait par exemple de la montée des mers et océans, ou de la survenance fréquente d'incendies ? Comment assurer la sauvegarde de l'ordre public, et le droit à la sûreté, si des conflits sociaux naissent du fait du manque de matières premières alimentaires ? L'environnement primerait sur les autres droits, de façon à assurer leur « effectivité ». Les concepts de « responsabilité environnementale », inclus dans la Charte de l'environnement, mais aussi et surtout ceux

⁴²⁶ *Supra*, introduction.

⁴²⁷ Par ex, la Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

⁴²⁸ Loi précitée.

⁴²⁹ Cons. Const., 8 avril 2011, 2011-116 QPC, et Cons. Const., 14 oct. 2011, 2011-182 QPC.

⁴³⁰ CE, 14 sept. 2011, n° 348394.

⁴³¹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

« d'intégration », de « précaution », de « développement durable », n'ont-ils pas comme objectifs de sauvegarder « les ressources et les équilibres naturels [qui] ont conditionné l'émergence de l'humanité »⁴³² ? L'effet pervers d'une hypertrophie de cette idéologie environnementaliste, fondée sur l'avenir, réside dans le fait qu'elle toucherait directement l'individu actuel. Veut-il perdre (ou se voir limiter) ses « droits et libertés » pour sauvegarder ceux de ses générations futures ? Surtout que ces droits fondamentaux sont nécessaires à l'Homme afin d'assurer son épanouissement au sein de la société. On le voit, le dilemme est complexe. Pour l'heure, le juge, acteur principal de concrétisation des normes, se veut prudent dans la mise en œuvre du droit de l'environnement. Le peu de jurisprudence à propos de la Charte de l'environnement dans les conflits de normes de type horizontal ne permet pas de systématiser une possible hiérarchie matérielle entre celles-ci. D'ailleurs, peut-il exister une hiérarchie matérielle entre droits ? G. DRAGO affirme que « *la différence dans le degré de protection ne conduit pas à l'établissement d'une hiérarchie, ni matérielle, ni formelle. Les droits et libertés ont toujours la même valeur. La conciliation ou la prévalence, si on préfère, procède toujours de considérations d'espèce, tenant à certains éléments du texte de loi que le juge prend en compte* »⁴³³. Tout est question de pragmatisme, des « circonstances de l'espèce ». Les juridictions n'ont pas affirmé la prévalence d'une catégorie de droits sur une autre, mais plutôt une difficile articulation entre eux, même si l'on a pu s'apercevoir de la timidité du juge à prendre en compte l'environnement de manière opératoire. Dans tous les cas, quand bien même les juridictions feraient prévaloir un certain droit sur un autre, *os habent, et non loquentur...*

c) Figures d'agencement et d'opposition en matière de QPC environnementale

À la faveur de QPC en matière environnementale, le juge constitutionnel devra nécessairement mettre en péréquation des règles de niveau constitutionnel parfois inconciliables. En effet contrairement aux idées reçues, nous pensons que toute création d'une nouvelle norme, ou *a fortiori* d'un nouveau droit⁴³⁴ n'est pas sans effet sur les autres droits. Comme disait Lavoisier « *rien ne se perd et rien ne se crée, tout se transforme* » et la formule chimique est vraie juridiquement ; par un phénomène de vases communicants, ou de simple balance de Roberval, chaque création d'un nouveau droit atteint un ancien droit, au moins partiellement. Ce droit « ancien » peut parfois d'ailleurs ne se manifester qu'à la faveur de la création du droit nouveau : ainsi c'est le principe nouveau de liberté sexuelle qui a révélé le droit à la fidélité conjugale, au travers de l'atteinte à ce dernier, de la même façon que c'est le nouveau droit à l'adoption des couples homosexuels qui met en lumière l'existence éventuelle d'un droit de l'enfant à une famille hétérosexuelle. Le droit à la mort (euthanasie) met en exergue un droit à la vie...

En tous les cas, à l'image de la liberté d'expression (incluant le droit d'affichage et le droit au « Tag »), nécessairement attentatoire au droit de propriété (publique ou privé selon le support utilisé), tout nouveau droit, toute nouvelle norme a vocation à porter atteinte à une ancienne règle juridique, y compris en simple présence implicite, révélée au grand jour par la

⁴³² Alinéa 1 du Préambule de la Charte de l'environnement : « *que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité* ».

⁴³³ DRAGO G., La conciliation entre principes constitutionnels, *D.*, chro., 1991, p. 266.

⁴³⁴ Le droit subjectif s'entendant selon nous - selon l'idée célèbre de René Capitant - d'une norme à la sanction de laquelle serait associée une procédure.

naissance de son droit antagoniste. Cette évidence d'un monde juridique équilibré où les droits subjectifs s'opposent nécessairement (l'afficheur politique et le propriétaire du mur, la liberté sexuelle et le droit à la fidélité conjugale etc..) mérite un examen plus approfondi dans la confrontation de nouvelles normes constitutionnelles issues en particulier de la charte constitutionnelle de l'environnement de 2004⁴³⁵, et des anciennes normes constitutionnelles, notamment contenues dans les deux autres composants de notre bloc de constitutionnalité, savoir la déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de la constitution de 1946.

En effet, la théorie de la conciliation des droits⁴³⁶, dans l'évident pragmatisme qu'elle révèle, n'enlève pas l'essence même du combat entre Droit et droits ou entre droits et droits. Il faut aller au-delà, et nous pourrions prendre comme hypothèse de départ les deux figures classiques d'opposition possibles entre normes de même valeur : la conciliation et la prévalence. Mais au cas particulier, s'agissant de normes de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire de normes appartenant toutes au pyramidion de notre hiérarchie des normes, il n'est pas si simple d'utiliser des figures d'opposition classique.

En effet, la figure de conciliation, très aristotélicienne (A est compatible avec B), est souvent opposée à celle de la prévalence plutôt platonicienne (A élimine B), et en l'absence de possibilité de trancher pour l'une ou l'autre, une position de refus de conflit par le dépassement de ce dernier, très « thomiste »⁴³⁷ permet d'éviter l'affrontement (A n'est pas dans le même champ que B), mais ces figures utiles pour les normes *infra* constitutionnelles, à raison de procédures expérimentées, s'appliquent selon nous mal, telles quelles, aux normes de niveau constitutionnel. Il convient donc d'émettre de nouvelles hypothèses de figures d'opposition.

2) Hypothèses de mises en perspectives de normes contradictoires dans le cadre d'une QPC environnementale.

Nous donnerons la préférence ici à une formulation des rapports entre normes anciennes et normes nouvelles un peu différente, dans une logique presque graphique : l'hypothèse du remplacement d'une ancienne norme constitutionnelle ayant perdu de sa substance par une autre, celle de l'éclipse de cette vieille norme constitutionnelle démodée par une plus jeune et enfin l'axe d'opposition le plus étrange ; celui de l'ignorance ou de la négation implicite de l'ancienne norme par la nouvelle.

a) L'hypothèse du remplacement de la vieille règle devenue désuète par une nouvelle norme.

Un certain nombre des grands principes environnementaux de valeur constitutionnelle (par exemple les principes d'intégration, de précaution et de réparation) sont venus en 2004 « bousculer » de vieux droits individuels tels que le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie ou encore même la liberté d'aller et venir. Sans entrer dans le débat -pourtant passionnant- de cette opposition entre de nouveaux droits d'inspiration collective et les anciens droits d'inspiration individuelle, la mise en opposition des uns et des autres n'est pas inintéressante.

⁴³⁵ Même si nombre de principes de cette charte avait été dégagés préalablement par la jurisprudence.

⁴³⁶ cf. par exemple V. Saint James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français* : PUF, 1995.

⁴³⁷ Pour Saint Thomas d'Aquin : le célèbre « *Mon royaume n'est pas de ce monde...* », permettant d'évacuer l'opposition entre religion et pouvoir politique.

1- La liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'intégration.

Le droit des I.C.P.E - un des premiers ensembles de normes d'inspiration environnementale - est par définition une atteinte permanente à la liberté du commerce et de l'industrie : le régime déclaratif ou d'autorisation est d'ailleurs en soi au moins une atténuation et parfois même une atteinte à cette liberté. A la question de savoir si une liberté peut- être soumise à autorisation préalable, le Conseil constitutionnel a pourtant répondu par la négative à propos de la liberté d'association (Cons. const., 16 juill. 1971 : AJDA 1971, p. 537, note J. Rivero). Même remarque, en simples termes d'atténuation cette fois, dans les régimes de surveillance et de sujétions (fumées, rejets, déchets etc...). Mais la liberté du commerce et de l'industrie est-elle une norme de valeur constitutionnelle, et même encore une simple liberté publique ? Nul doute que sous la IIIème République, si les objectifs de valeur constitutionnelle et leur « géniteur » avaient existés, le conseil constitutionnel aurait consacré la liberté du commerce et de l'industrie comme un tel objectif !

On ne peut pas concevoir en effet qu'au XIXe siècle et au début du XXe siècle, l'objectif de liberté du commerce et de l'industrie n'ait pas pu avoir la même reconnaissance que par exemple le pluralisme de la presse. Mais en tous les cas, au XXIe siècle, ce principe est évidemment-en tous les cas du point de vue du droit national- en quasi désuétude, voire en perte de contenu : du principe reconnu par le Conseil d'Etat dans le premier quart du vingtième siècle (Conseil d'Etat 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* -S. 1931, 3, 73, concl. de M. P.L. Josse, note R. Alibert) à la validité admise d'interventions municipales en vue de la satisfaction de besoins qui n'étaient plus strictement matériels, tels que la création d'un théâtre en plein air (CE, sect. 12 juin 1959, *Synd. des exploitants de cinématographes de l'Oranie* : Gaz. Pal. 1959, 2, 311 ; AJDA 1960, p. 85, concl. Mayras) ou d'un service de consultations juridiques gratuites (CE, sect. 23 déc. 1970, *Préfet. du Val-d'Oise et min. int. c. Cne de Montmagny* : Rec. Cons. d'Et. p. 788 ; Dr. adm. 1971, n. 38) ou enfin d'une piscine municipale améliorant simplement l'initiative privée (CE, sect. 23 juin 1972, *Sté « La Plage de la forêt »* : Rec. Cons. d'Et. p. 477 : AJDA 1972, II, p. 462, n. 53 et I, p. 452, observ. Labetoulle et Cabanes ; Rev. dr. publ. 1972, concl. Antoine Bernard), la Haute Assemblée – sans parler de la loi du 2 mars 1982 institutionnalisant précairement l'interventionnisme économique - a fortement dilué le contenu de cette liberté naguère importante !⁴³⁸

De la sorte, il est évident que le principe d'intégration, exprimé dans la charte constitutionnelle en termes généraux de devoir⁴³⁹, s'est engouffré dans le vide constitutionnel laissé par ce grand principe du XIXe siècle qu'était la liberté du commerce et de l'industrie.

2- Le droit de propriété et les principes de précaution et de réparation.

Le sacro-saint droit de propriété, protégé pourtant par l'article 2 (« *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ») et l'article 17 (« *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* ») de la déclaration des droits du citoyen du 26 août 1789,

⁴³⁸ Il est vrai que du point du droit de l'Union européenne, cette perte de contenu est moins flagrante !

⁴³⁹ Notamment à l'article 2 : « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* », mais aussi implicitement au travers des différentes Lois « Grenelle » I et II.

intégrée au bloc de constitutionnalité par le préambule de la constitution du 4 octobre 1958, est par principe contrarié par le droit de l'environnement en général et par les principes de précaution⁴⁴⁰ et de réparation⁴⁴¹.

Or l'on oublie souvent qu'en droit français, c'est un droit théoriquement absolu (« *droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* » (C. civ., art. 544)). Ainsi par définition les principes environnementaux sont contradictoires de l'exercice absolu du droit de propriété. Le principe de précaution impose par exemple au propriétaire des sujétions qu'il ne s'imposerait pas naturellement dans la plénitude de son droit de propriété. De même dans une sorte d'irrespect sémantique le principe du pollueur payeur est devenu un temps et jusqu'à récemment et non sans résistance des juges celui du propriétaire non pollueur responsable, parce qu'il fallait un responsable facile à poursuivre et le dernier propriétaire est évidemment aisément identifiable, quand l'exploitant, à l'origine de la pollution, avait disparu. Pendant de longues années le droit d'une jouissance absolue et pérenne de sa propriété était directement contredit par un principe environnemental⁴⁴². Certes l'opposition directe a disparu grâce à la Haute assemblée⁴⁴³, mais cette opposition d'esprit entre droit de l'environnement et droit de propriété persiste dans les textes législatifs fondateurs eux-mêmes⁴⁴⁴, et l'intervention des articles quatre et cinq de la charte constitutionnelle a changé la donne en opposant directement des normes de même valeur⁴⁴⁵. Dans ces conditions, l'histoire du droit individuel de propriété est celle d'un affaiblissement proportionnel à l'émergence et à l'augmentation des droits collectifs au regard de la même propriété foncière.

⁴⁴⁰ **Article 5.** *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.*

⁴⁴¹ **Article 4.** *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.*

⁴⁴² Différentes Cours administratives d'appel conformément aux positions de l'Administration, avaient un temps admis que des remises en état de sites pollués s'appliquaient au propriétaire d'un site où avait été exploitée précédemment l'installation classée (CAA Paris, 14 juin 1994, *SCI Les Peupliers*, n° 93.851 : BDEI 1995 p. 13 à 16), CAA Lyon, 10 juin 1997, *Zoegger : Dr. env.* sept. 1997, p. 9). Mais, par deux arrêts rendus, le Conseil d'État affirma que le propriétaire ne pouvait, par cette seule qualité, faire l'objet des mesures de remise en état des installations classées (CE, 21 févr. 1997, n° 160 250, *SCI Les Peupliers* : *JurisData* n° 1997-050187. – CE, 21 févr. 1997, *Ministre de l'Environnement c/ SA Wattelez : Dr. env.* avr. 1997, p. 15).

⁴⁴³ Voir note précédente.

⁴⁴⁴ La loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature (Loi 76-629 du 10 juillet 1976 (*J.O* 13 juillet 1976. 4203) est par principe une entrave au libre exercice du droit de propriété : l'étude d'impact préalable à une autorisation de travaux viole par nature la liberté du propriétaire. La loi du 3 janvier 1986 en matière de protection du littoral (Loi 86-2 du 3 janvier 1986, relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral), codifiée à l'article L 146-4 du code de l'urbanisme porte une atteinte directe au droit de construire par la fameuse bande des cent mètres (le nouvel article L 146-4 du code de l'urbanisme, tel qu'il résulte de la loi dispose que « *en dehors des espaces urbanisés, les constructions ou installations sont interdites sur une bande littorale de cent mètres à compter de la limite haute du rivage ou des plus hautes eaux pour les plans d'eau intérieurs...* ».) De même l'article L 146-6 du même code régleme sévèrement les constructions routières nouvelles (Distance minimale de 2000 mètres du rivage, interdiction des routes de plage ou de corniche...), privant les propriétés riveraines de la mer d'un accès direct. La loi « montagne », la loi sur l'eau pourraient tout aussi bien illustrer cette évidence. Ainsi les principes majeurs comme les lois spécifiques du droit de l'environnement vont dans le même sens d'un affaiblissement des droits des propriétaires privés.

⁴⁴⁵ Cette atteinte de l'environnement au droit fondamental de propriété n'est pas réellement spécifique au droit de l'environnement : les atteintes successives à ce droit de propriété -pourtant fondamental à l'époque de la Révolution- en ont fait un droit mineur en comparaison des intérêts collectifs liés au « foncièrement correct », dans ce que la « pensée unique » foncière voit du déport entre propriété privée et biens collectifs : permis de construire, de démolir, de lotir, droits de préemption, procédure d'expropriation, plan d'urbanisme, schéma directeur, sous couvert de l'intérêt général ont, petit à petit, transformé le contenu réel du concept de propriété. Ce processus a précédé le droit de l'environnement : les célèbres conclusions BRAIBANT sur la non moins célèbre jurisprudence « Ville nouvelle est » étaient édifiantes et montraient une définition déjà beaucoup plus collective de la notion de propriété à défendre.

3- La liberté d'aller et venir et l'ensemble des prescriptions constitutionnelles environnementales

La liberté d'aller et venir n'a jamais certes fait l'objet d'aucune reconnaissance explicite en droit écrit français. Mais le Conseil constitutionnel affirme que « *la liberté d'aller et venir est un principe constitutionnel* »⁴⁴⁶, comme la Cour de cassation statuant dans des affaires relatives à des mesures de refus ou de retrait de passeport⁴⁴⁷, ou encore le Tribunal des conflits⁴⁴⁸, et enfin le Conseil d'Etat⁴⁴⁹ qui font tous référence à « *la liberté fondamentale d'aller et venir* ».

À l'évidence, l'ensemble des principes constitutionnels environnementaux sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'aller et venir : le « *droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » (article premier de la charte) s'accommode mal des trafics routiers et a fortiori aériens en pleine croissance, le « *devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » (article deux) est-il compatible avec la liberté d'aller et venir sans limite, par les modes de transport les plus coûteux et surtout les plus attentatoires aux énergies fossiles et à l'environnement ? Le principe de précaution (article 5), dans l'incertitude des effets sur la santé publique des pollutions liées aux moyens de communication fondés sur le pétrole, est-il compatible avec la liberté précitée ? Un développement durable (au sens de l'article six de la charte) permet-il réellement une telle utilisation abusive de la liberté d'aller et venir en avion comme en véhicules à moteur ? Le droit de l'environnement est à l'évidence une entrave partielle permanente - comme il y a des incapacités partielles permanentes (I.P.P) - à cette liberté : seuils de pollution et interdiction de circulation automobile, voies piétonnes, couloirs réservés etc... Une des constantes de ces trois exemples de vieux droits constitutionnels est de relever d'une approche individuelle et sans doute en cours de désuétude, alors que les principes collectifs nouveaux du droit constitutionnel de l'environnement apparaissent en pleine croissance. Ne pourrait-on alors concevoir que loin de s'opposer - alors qu'ils sont contradictoires - anciens droits individuels de nature constitutionnelle et nouvelles normes collectives environnementales de valeur constitutionnelle se concilient parce que les dernières remplissent le vide laissé par la nécrose - ou « peau de chagrin » pour les amateurs de littérature balzacienne - des anciennes libertés individuelles.

Sans opposition, la conciliation s'opère naturellement et, la nature juridique ayant horreur du vide, les nouvelles normes anciennes environnementales ont remplacé la disparition partielle d'assiette des anciennes.

⁴⁴⁶ Déc. 12 juill. 1979, dans l'affaire des « ponts à péage » : *AJDA* 1979, p. 46.

⁴⁴⁷ Cass. civ. 1re, 28 nov. 1984, 1re esp. *Bonnet c. Trésorier principal de Boulogne-Billancourt*; 2e esp. *Trésorier principal du XVIe arrondissement de Paris c. Litzman* : *JCP* 86GII, 20600, note LOMBARD M.; *D.* 1986, 316, note GAVALDA Ch.; *Rev. fr. dr. adm.* 1985, p. 760, concl. SADON M.

⁴⁴⁸ Trib. conflits 9 juin 1986, *Préfet, commissaire de la République de la région Alsace c. Colmar*; *Bruno Eucat c. Trésorier payeur général du Bas-Rhin* : *AJDA* 1986, n. 91, p. 456, chr. AZIBERT M., de BOISEDEFFRE M., p. 428; *Rev. gén. dr. int. publ.* 1988, 3, p. 739, observ. ROUSSEAU C.; *Rev. dr. publ.* 1987, p. 1073, note ROBERT J. et p. 1082, concl. Mme LATOURNERIE; *JCP* 87GII, 20746, note PACTEAU B.

⁴⁴⁹ CE 8 avril 1987, *min. int. et décentr. c. M. Peltier* : *Rec. Cons. d'Et.* p. 128, concl. MASSOT M.; *JCP* 87GII, 20905, observ. DEBENE M.; *Rev. fr. dr. adm.* juill.-août 1987, p. 608, note PACTEAU B.; *Rev. adm.* mai-juin 1987, p. 237, note TERNEYRE Ph. - 4 mai 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 148; *Rev. fr. dr. adm.* 1989, p. 198.

b) L'hypothèse de l'éclipse la vieille règle démodée par la nouvelle norme

Les nouvelles normes constitutionnelles environnementales peuvent également être opposées à d'anciennes normes constitutionnelles, pourtant apparemment de même nature, parce que collectives elle aussi. La confrontation n'en est que d'autant plus intéressante ; si les vieux principes individuels de 1789 peuvent paraître parfois désuets au regard des nouveaux principes collectifs environnementaux, certains droits fondamentaux, consacrés à l'occasion du préambule de 1946, sont en effet aussi, d'inspiration collective, et ne sauraient être considérés comme tombés en désuétude ou *a fortiori* vidés de substance. Pourtant, ils ne sont plus à la mode et l'on peut se demander si les nouveaux principes constitutionnels, sans avoir aucune prévalence, ne seraient pas en train de les éclipser, à l'image des éclipses de lune ou de soleil. Il s'agit des célèbres droits au travail et au progrès. La charte constitutionnelle de l'environnement ne peut d'ailleurs les ignorer, puisque l'article six de la charte, relatif au développement durable, affirme sans doute un peu rapidement l'hypothèse d'une conciliation :

« les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. »

Cette affirmation formelle d'une conciliation ne cache-t-elle pas en réalité une certaine gêne du constituant à l'égard de principes relativement récents et pourtant peut-être démodés.

1- Le droit au travail

Ignoré à la Révolution, âprement débattu, contesté notamment par Thiers et Tocqueville, en 1848, le droit au travail n'apparaît constitutionnellement que dans le Préambule de 1946 qui dispose que « 5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi » et internationalement dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁴⁵⁰ (Article 23 « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage »).

Or le principe de développement durable, consacré constitutionnellement par l'article six de la charte de l'environnement, comme ceux de décroissance rationnelle, d'économie des ressources, sont nécessairement un frein au plein emploi. Certes, on ne peut pas considérer qu'il y ait incompatibilité manifeste entre développement durable - tel qu'il est conçu en occident, c'est-à-dire dans une logique d'interdiction ou de limitation drastique des entreprises polluantes ou attentatoires aux ressources énergétiques de la planète- et droit à l'emploi, car les prescriptions ou restrictions environnementales fondées sur le principe constitutionnel de développement durable ne visent jamais directement le droit à l'emploi. Toutefois, sans reprendre le célèbre slogan anti environnementaliste d'une centrale syndicale nationale selon lequel « les bonnes cheminées d'usine sont celles qui fument », parce qu'elles révèlent une activité industrielle pourvoyeuse d'emplois, il est certain que sur une génération, un nombre considérable d'emplois, dans certains secteurs de l'industrie (on citera pour exemple la chimie ou l'industrie du béton) ont disparu totalement de l'Hexagone à raison des normes environnementales. Elles sont toutes relocalisées dans des pays où le développement durable n'a pas valeur constitutionnelle. Mais s'il est atténué et même contredit, le droit à l'emploi n'est pas directement violé par les principes de développement durable, puisque ce dernier se contente de l'éclipser.

⁴⁵⁰ Adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris

2- Le droit au progrès

Présent implicitement dans le préambule de 1946 (« 10. *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* 11. *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ») le droit au progrès n'est pas expressément reconnu par le bloc de constitutionnalité français, mais la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 le proclame en son préambule (« *Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* ») comme à l'article 25 (« *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* »).

Or dans une société de consommation, le droit au progrès c'est le droit de consommer le progrès technologique et il est antithétique des principes environnementaux, et notamment du développement durable visé à l'article six de la charte constitutionnelle. Le droit de posséder et d'utiliser plusieurs téléphones cellulaires par personne, d'être isolé à moindre coût par de l'amiante, de manger de la viande bovine à bon marché ou des poulets d'élevages à des coûts dérisoires sont contradictoires du principe de prévention ou à défaut de précaution. On pourrait alors s'interroger sur le contenu même de ce droit au progrès qui dans nos sociétés occidentales - pleines précisément déjà de ce progrès - est démodé. Pour les pays en voie de développement, le droit au progrès c'est le droit à la consommation, exprimé dans ce qui constitue pour nous des excès (voiture gloutonne d'énergie fossile et composée d'éléments non recyclables, utilisation systématique des transports aériens, sur-utilisation obsessionnelle des instruments électroniques télévisuels ou téléphoniques ou encore informatiques ...). Il ne serait pas incohérent dans ces conditions, pour un citoyen occidental de revendiquer le droit au progrès, dont les modalités seraient le droit au « Quatre-quatre » ou au Smartphone.

En réalité, la question ne se pose jamais en termes de procédure car l'on n'oppose pas actuellement droit au progrès et droit au développement durable : le premier est assurément démodé, sinon « ringard » alors que le second procède de toutes les industries, de tous les diplômes universitaires toutes disciplines confondues et de tous les partis politiques. Le « développement durable » est assurément à la mode. Dans ces conditions, le droit constitutionnel de l'environnement, loin de s'opposer au droit à l'emploi comme au droit au progrès, se contente de les éclipser tout simplement, se substituant partiellement à eux sans pour autant les détruire. Il n'y a pas prévalence, mais superposition, et superposition temporaire, si l'éclipse se termine.

c) L'hypothèse où la nouvelle norme ignore les vieilles règles qu'elle bafoue

Un troisième mode de résolution - par omission- des conflits est peut-être aussi l'ignorance pure et simple de la vieille norme par la nouvelle. Ce qui vient d'être dit précédemment résulte de l'évidence : il ne saurait être contesté que les principes environnementaux portent atteinte à certains droits de l'homme fondamentaux (propriété, liberté d'aller et venir, du commerce et d l'industrie, travail, progrès). Comment est -il possible que dans un monde occidental qualifié souvent de « droit de l'homme » - au sens Térencien (« *summum jus summa injuria* »⁴⁵¹)- ces atteintes ne soient pas relevées et violemment critiquées ? Pourquoi des voix ne s'élèvent-elles pas au nom de la propriété, du progrès, du droit au travail ? Une hypothèse pourrait être de se demander si ce paradoxe ne viendrait pas du simple fait que les principes environnementaux aujourd'hui de valeur constitutionnelle incontestable, porteraient aussi atteinte aux plus fondamentaux des droits de l'homme, la liberté de penser et d'exprimer ses pensées ?

Affirmées dès la déclaration des droits de l'homme de 1789, la liberté d'opinion (« Art. 10. *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ») et celle d'expression (« Art. 11 *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ») font pourtant partie de notre incontestable patrimoine constitutionnel.

L'idée serait qu'il existe une pensée unique environnementale, une sorte « d'environnementale – environnement mental (?) - correct ». Et de fait, a-t-on aujourd'hui le droit de remettre en cause le principe de précaution ? Peut-on critiquer le « développement durable » au profit d'un développement « immédiat » ? A-t-on le droit de remettre en cause en France le principe de la valorisation seulement énergétique ? Les articles 2⁴⁵² et 3⁴⁵³ (devoirs environnementaux) de la charte constitutionnelle imposent même un comportement, voire une adhésion officielle du citoyen aux principes environnementaux. Juridiquement - sous la réserve des effets réels de la loi Grenelle II, exécution directe du principe d'intégration - il est toujours possible de considérer que ces articles de la charte n'ont pas d'effet immédiat et direct sur les libertés individuelles, mais pragmatiquement ? Un candidat aux grands concours pourrait-il développer des thèses « déviationnistes » en matière environnementale ? Quel candidat à une élection serait assez fou pour ne pas être pour l'environnement voire l'écologie ? Quel fonctionnaire, en termes de carrière administrative – à l'exception des enseignants-chercheurs ou au moins du corps des Professeurs – se sent assez libre aujourd'hui – pour ne pas aller dans le sens des grands principes ?

Pourquoi ces interdits ? Sans doute en raison du passage d'une éthique individualiste à une éthique collective. On a parfois dit que le code civil était le petit livre rouge – par allusion à un éditeur juridique connu – de la ... « bourgeoisie ». Il est vrai en tous les cas que les droits de l'homme sont à l'origine individuels⁴⁵⁴. Or le droit de l'environnement, comme beaucoup

⁴⁵¹ in L'Heautontimorroumenos.

⁴⁵² Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

⁴⁵³ Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

⁴⁵⁴ Ainsi, pour ne reprendre qu'un exemple, la liberté d'aller et venir était pour le Doyen HAURIU la première des « libertés civiles » figurant parmi « les vieilles libertés fondamentales de l'ordre individualiste », C'est dans la tradition libérale, que la possibilité d'aller et venir est une faculté naturelle, inhérente à la vie, qu'elle soit appelée « liberté de déplacement » (RIVERO J., *Libertés publiques*, Thémis 1983, vol. 2, p. 108), « liberté de mouvement » (ROBERT J. et DUFFAR J., *Libertés publiques et Droit de l'homme*, 4e éd., Précis Domat, éd. Montchrestien, 4e éd. 1988, p. 317) ou «

de principes constitutionnels récents, est d'inspiration collective ; la société pense pour l'individu et lui impose des prescriptions qui sont aussi des restrictions (port de la ceinture, port du casque, interdiction de fumer, de consommer de l'énergie, de polluer l'air ou l'eau ou la terre...)

Mais est-il concevable aujourd'hui de poser à quelque juridiction que ce soit, y compris le Conseil constitutionnel, l'obligation d'un arbitrage entre courants de pensée sociétaux actuels (les préoccupations d'environnement) et les fondements mêmes de notre société juridique (les droits de l'individu !) ? Le juge, quel qu'il soit, est nécessairement à l'écoute de la société sur laquelle il exerce son office et il existe incontestablement aujourd'hui une « pensée unique » ou un politiquement correct qui ne permettent pas d'opposer réellement les vieux droits individuels aux nouveaux droits collectifs « à la mode ». Dans ces conditions, feindre de ne pas voir, c'est-à-dire complètement ignorer les anciens droits plus ou moins mis à mal par l'application des nouvelles normes constitue une solution à tout le moins compatible avec la stabilité de notre société. Le fait de ne pas voir, ou de feindre de ne pas voir, comme le célèbre héros du livre de science-fiction « Martiens go home » est sans doute le moyen le plus efficace d'assurer une prévalence de fait⁴⁵⁵.

*

En conclusion, nous pensons que la question à venir, au titre de l'article 61-1 de la Constitution, des conflits entre normes constitutionnelles nouvelles environnementales et les anciennes normes constitutionnelles imposera au Conseil constitutionnel de revisiter les règles de résolution des conflits entre normes de même valeur : la conciliation n'a pas réellement d'effet utile et la prévalence théorique apparaît impossible. Ce sont donc des variantes qui paraissent pouvoir s'imposer : quand la norme ancienne a perdu de sa substance, la norme nouvelle peut remplir le vide qu'elle a laissé (propriété, liberté d'aller et venir, liberté du commerce et d'industrie). Quand la norme ancienne, sans avoir perdu de sa substance, est simplement démodée, peut-être d'ailleurs provisoirement, la norme nouvelle pourra se contenter de l'éclipser en se superposant à elle et en faisant ainsi disparaître une partie de la « surface » de l'ancienne norme (droit au travail, droit au progrès). Enfin, quand la norme ancienne ne peut à raison de son caractère essentiel ni perdre de sa substance, ni être démodée, seule son ignorance par la nouvelle norme permet une coexistence juridique, significative il est vrai d'une prévalence de fait de la nouvelle norme. L'absence de facilités procédurales pour confronter en droit français deux normes de valeur constitutionnelle aidait sans doute ces modes de résolution non juridictionnelle des conflits de normes constitutionnelles. Le développement de la QPC pourrait dans l'avenir bouleverser la sérénité de nos normes de valeur constitutionnelle et ne pas se satisfaire de nos trois hypothèses de refus de conflit ouvert.

liberté locomotrice » (ROSSI, cité par COLLIARD C.A., *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 5e éd. 1975, p. 285) elle constitue « sans doute un droit naturel » (ROBERT J., 3e éd. *op. cit.* p. 364), mais c'est un droit naturel ...individuel !.

⁴⁵⁵ Dans « martiens go Home », de Frederic BROWN (1955 Gallimard), le héros, Luke Devereaux, est le seul à ne pas voir les martiens qui ont envahi le monde ; il les ignore à leur grand agacement et au bout du compte les martiens... disparaîtront, puisque n'existant plus dans la pensée de ce héros, ils n'existeront plus réellement.

CHAPITRE 2 : l'incidence de la QPC sur le dualisme juridictionnel : le paradigme évolutionniste de l'office juridictionnel

Vaste question que celle de l'incidence de la QPC sur le dualisme juridictionnel !

En effet, du point de vue formel le dualisme juridictionnel repose sur un principe de séparation et de répartition des compétences juridictionnelles hérité de la Révolution française et formalisé par des textes de valeur législative auxquels le Conseil constitutionnel n'hésita pas à donner une portée nouvelle dans sa décision du 23 janvier 1987, tout en formulant une réserve autorisant le législateur à « unifier les règles de compétence juridictionnelles » au profit d'un des ordres « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Or si la QPC n'a pas pour effet de rendre nécessaire l'unification des règles de compétence juridictionnelle, elle pose des règles communes aux deux ordres et attribue à leurs juridictions un même office les amenant à participer à une même mécanique depuis l'initiative de la QPC qui les oblige à filtrer et, le cas échéant, à renvoyer à la juridiction suprême puis au Conseil constitutionnel, jusqu'à la réintroduction du résultat de la QPC « victorieuse » dans le procès principal et les instances en cours. La QPC a par conséquent tissé un réseau de relations entre une action individuelle dont l'efficacité est partagée entre le Conseil constitutionnel, seul habilité à trancher la question de la constitutionnalité et à en déterminer les effets, et les juridictions ordinaires, seules habilitées à recevoir la QPC et à lui faire suivre la voie du filtre jusqu'au renvoi ou au non renvoi. La question de la survie du dualisme juridictionnel tel qu'il a été conçu à l'origine, c'est-à-dire comme un principe né d'une méfiance à l'égard des Parlements mais structurant au final la *summa divisio* classique droit public/droit privé, ne se pose finalement que si n'est pas convenablement rempli l'objectif de cette nouvelle procédure, c'est-à-dire une garantie juridictionnelle contre la violation par la loi des droits et libertés constitutionnellement garantis dans le cadre d'un litige concret.

L'effectivité de cette garantie devant le juge ordinaire dépend de deux paramètres se rattachant aux deux extrémités d'une QPC : l'exercice du filtrage et la réception de la décision QPC en particulier lorsqu'elle aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité. Il ne serait par exemple pas admissible que les justiciables se trouvent placés dans une situation d'inégalité dans la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel ou dans le bénéfice qu'ils peuvent attendre d'une déclaration d'inconstitutionnalité, selon l'ordre juridictionnel devant lequel leur litige est traité. C'est la question des convergences et des divergences suscitées par l'application de la QPC dans les deux ordres juridictionnels et en particulier par leur juridiction suprême qui détermine l'efficacité de cette nouvelle procédure c'est-à-dire son adéquation avec le but que s'était fixé le constituant en 2008, rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 décembre 2009 : son « effet utile ».

En réalité les deux hypothèses envisageables débouchent toutes sur l'idée, si ce n'est d'une remise en cause, du moins d'une mutation du dualisme juridictionnel. En effet, trop de divergences entre les deux ordres amènerait soit à reconsidérer le principe du filtrage en retirant au juge ordinaire cet office qui le fait aujourd'hui participer activement au contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi, soit à repenser notre architecture juridictionnelle en unifiant nos deux ordres autour d'un seul et même office juridictionnel, quitte à spécialiser certaines formations comme au Royaume-Uni par exemple. A l'inverse, une parfaite convergence entre les deux ordres attesterait d'un nivellement des offices juridictionnels propice à une mutation plus ou moins radicale du dualisme juridictionnel. Il s'agirait d'un phénomène, bien connu des biologistes, de « **convergence évolutive** », c'est-à-dire de l'émergence progressive de ressemblances entre espèces différentes soumises aux mêmes contraintes environnementales. Cette convergence évolutive qui amorce une mutation du dualisme juridictionnel est en réalité déjà en œuvre. L'Europe a en effet contribué à affermir l'autorité des juges et par là de la Justice, que ce soit par la CJUE, dont le rôle a été renforcé par les traités successifs et dont la jurisprudence est aujourd'hui en grande partie intégrée

par les deux ordres de juridictions, ou par la Cour EDH qui a contribué à édifier un droit commun du procès autour de l'article 6 §1^{er} de la Convention auquel n'échappe aucun juge, même le juge constitutionnel¹. Les exigences découlant du droit au procès équitable ont elles-mêmes contribué à rapprocher les procédures et les offices juridictionnels quels que soient les systèmes et les traditions étatiques (*Common law* ou système de droit romano germanique, dualisme juridictionnel ou non, existence ou non d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi et diversité de ce mode de contrôle lorsqu'il existe). Ce renforcement de la Justice s'est opéré au profit du justiciable et de l'affirmation du corpus des droits et libertés fondamentaux, en faveur de la légitimité de la loi et du législateur, seul habilité à y apporter des limitations, sous le contrôle du juge. La QPC s'inscrit dans ce mouvement d'unification de l'office juridictionnel. Elle devrait donc participer au phénomène de « convergence évolutive » et à la mutation des sous-basements du dualisme juridictionnel qu'il sous-tend. Son ancrage dans une structure juridictionnelle en réalité ternaire avec le Conseil constitutionnel pose néanmoins la question de l'incidence des divergences observables entre les deux ordres juridictionnels sur l'égalité de protection des droits et libertés et l'égal accès au juge tels que garantis par le CEDH comme par notre Constitution.

Faire apparaître une telle évolution nécessitait de porter un regard croisé sur les deux conditions alternatives déterminant le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes (**Section 1**) avant de se risquer à voir un phénomène de convergence évolutive dans la pratique générale de la QPC par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (**Section 2**).

Emmanuel CARTIER

¹ Notamment le juge constitutionnel, v. SZYMCZAK D., *La convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2004, p. 402 et s., plus spéc. p. 425 et s.

Section 1 : Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

Pauline TÜRK² et Valérie DURAND³

Rapidement ressenti comme une véritable nécessité, le contrôle de la conformité des lois à la Constitution est une revendication ancienne⁴. Pour autant, aussi impérieuse soit-elle, son introduction en droit français n'a été que très progressive. La première pierre est jetée avec la création du Conseil constitutionnel et la consécration d'un contrôle de la constitutionnalité *a priori*⁵. Mais le progrès qu'il introduit reste partiel. A tout le moins échoue-t-il à masquer les inconvénients de ce contrôle⁶. Parce qu'il impose un examen de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation, ce contrôle est avant tout abstrait. Il saisit la loi avant toute application empêchant ainsi de débusquer les difficultés qui naîtront de sa mise en œuvre. Ensuite, le nombre limité des acteurs pouvant recourir à cette procédure ainsi que leur statut en a sensiblement réduit la mise en œuvre. Pour preuve, il n'est besoin que de se référer au nombre de saisines du Conseil constitutionnel avant la réforme opérée en 2008. Enfin les modalités de ce contrôle en limitaient la portée. Les dispositions promulguées sans saisine du Conseil constitutionnel⁷ ainsi que les dispositions promulguées avant l'institution du Conseil constitutionnel lui échappaient alors même qu'elles ne présentaient aucun gage de constitutionnalité⁸.

Après plusieurs tentatives avortées⁹ et à la faveur de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la question prioritaire¹⁰ de constitutionnalité a fait son entrée dans notre droit. Il s'agit, cette fois, de mettre en place un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Principales visées : les lois promulguées, quelle que soit leur date. Sonnant le glas du légicentrisme à la française¹¹ et marquant

² Maître de Conférences en droit public – HDR, Laboratoire ERDP – CRDP, Université de Lille 2

³ Maître de conférences en droit privé à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.

⁴ Les propos de Sieyès devant la Convention sont particulièrement éloquentes : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre. Un oubli de ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil ; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique ? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer. Il m'est donc permis de le demander : qui avez-vous nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la Constitution », cité par TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Pouvoirs n° 137, p. 5-6. V. DUEZ P., « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France, comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, MCMXXIX, p. 213 et s.

⁵ Article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁶ TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Pouvoirs n° 137, p. 10.

⁷ Cons. const., 27 juillet 1978, 78-96 DC, décision dans laquelle le Conseil constitutionnel précise que le contrôle constitutionnalité des lois se limite aux lois non promulguées. Par la suite, le Conseil a assoupli cette solution.

⁸ BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009, p. 1107 et s.

⁹ A plusieurs reprises, des projets visant à introduire un contrôle *a posteriori* ont été présentés mais sans jamais aboutir. Ces projets ont en partie inspiré la réforme constitutionnelle introduisant la question prioritaire de constitutionnalité en droit français. V. not., BADINTER R., « Avant-propos », in *La question prioritaire de constitutionnalité en débat*, Constitutions Janv.-mars 2010, p. 1 et s. ; BENETTI J., « La genèse de la réforme », AJDA 2010, p. 74 et s. ; BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », RFDA 2009, p. 1107 et s. ; VERPEAUX M. : « Les QPC : la troisième fois est la bonne », in *Conseil constitutionnel et QPC : une révolution ?*, La documentation française, févr. 2011, n° 368, p. 8 et s.

¹⁰ De ce point de vue, la réforme se démarque des projets de 1990 et 1993 qui avaient choisi le désignant d'« exception d'inconstitutionnalité ». Ce terme, jugé inadéquat, n'a pas été retenu. De même, l'Assemblée Nationale, suivie sur ce point par le Sénat, n'a pas souhaité utiliser celui de « question préjudicielle » pourtant plus fidèle à la procédure mise en place. Mais la logique de ces deux mécanismes serait différente. Selon certains auteurs, la question préjudicielle fonderait un contrôle complet du dossier, préoccupation parfaitement étrangère à la question prioritaire de constitutionnalité. V. ARRIGHI J., STAHL J.-H., HELIMLINGER L. : « Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », AJDA 2010, p. 383 et s. ; BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009, p. 1107 et s.

¹¹ TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, Pouvoirs, n° 137, p. 10 ; BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009, p. 1107 et s. ; PUIG P., « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », RTD civ. 2010, 66.

promulguées, quelle que soit leur date. Sonnant le glas du légicentrisme à la française¹² et marquant « l'avènement d'une culture de la constitution »¹³, cette réforme permet, dans le même temps, d'aligner le droit français sur celui des autres pays européens et de remédier « à l'incongruité tenant à la dissymétrie du régime juridique de la loi, totalement incontestable vis-à-vis de la Constitution une fois promulguée, d'une part, et quotidiennement mise à l'écart par les juges ordinaires en cas de conflit vis-à-vis des conventions internationales, pourtant de valeur infraconstitutionnelle, d'autre part »¹⁴. L'objectif poursuivi serait triple : selon les mots du Professeur Bertrand Mathieu, il s'agirait de purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, de permettre aux citoyens de faire valoir les droits qu'ils tirent de la Constitution et d'assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique¹⁵.

Toute la question est alors celle des modalités de ce contrôle. L'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 livre sur ce point une partie des réponses en fixant les grandes lignes de ce nouveau droit. Il prévoit en effet que « 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. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ». Voici la Constitution restaurée et, avec elle, les droits fondamentaux qu'elle contient¹⁶. Mieux cette restauration bénéficie directement au citoyen. Cela étant acquis, il ne restait plus qu'à préciser les modalités d'application de ce nouveau droit. L'enjeu est de taille : de ces modalités dépend directement l'efficacité de ce contrôle *a posteriori*. La majeure partie d'entre elles est fixée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009¹⁷ relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Introduisant dans l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 un nouveau chapitre¹⁸, cette loi définit les conditions de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) que celle-ci soit présentée devant les juges du fond, devant les cours suprêmes ou devant le Conseil constitutionnel. Ces dispositions sont ensuite complétées à l'aide de plusieurs instruments piochés dans l'éventail des outils de la réglementation. Le décret d'application n° 2010-148 du 16 février 2010¹⁹ et le décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la QPC par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel²⁰ viennent parachever l'édifice. A ce dispositif, il convient enfin d'ajouter la circulaire de la Chancellerie du 24 février 2010. A la faveur d'une présentation de la QPC, cette circulaire apporte un certain nombre de précisions quant à son objet, sa transmission à la Cour de cassation et son renvoi au Conseil constitutionnel²¹.

¹² TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs*, n° 137, p. 10 ; BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107 et s. ; PUIG P., « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010, 66.

¹³ ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, n° 240.

¹⁴ TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs*, n° 137, p. 9-10.

¹⁵ MATHIEU B., « La question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de droit », *JCP éd. G* 2009, 602.

¹⁶ BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107 et s., qui souligne que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une « technique de garantie de la suprématie de la Constitution dans son ensemble mais seulement (...) une technique de protection des droits et libertés constitutionnels ».

¹⁷ La loi organique est intervenue trois mois après la réforme organique, permettant ainsi aux juridictions de s'adapter à la question prioritaire de constitutionnalité. Avant son entrée en vigueur, la loi organique a été soumise au Conseil constitutionnel qui l'a déclarée conforme à la Constitution sous réserve. V. Cons. const., 3 décembre 2009, 2009-595 DC. Par ailleurs, ce décalage a, selon un auteur, « permis aux juridictions de se préparer dans les meilleures conditions possibles, au pouvoir réglementaire d'adopter les dispositions nécessaires, au Conseil constitutionnel de compléter son règlement intérieur » (in, BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107 et s.).

¹⁸ Le chapitre II bis, consacré à « la question prioritaire de constitutionnalité ».

¹⁹ Modifié par le décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010 à la suite de la suppression des formations spéciales de la Cour de cassation. V. sur ce point not., LAVRIC S., « Question prioritaire de constitutionnalité : mesures d'application », *D.* 2010, p. 19 ; ARRIGHI J., STAHL J.-H., HELMLINGER L. : « Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA* 2010, 383.

²⁰ Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, adopté le 4 février 2010 un règlement intérieur organisant les règles relatives à l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité dont il est saisi.

²¹ S. Lavic, « Circulaire de présentation de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010, 564.

La procédure est ici tout à fait singulière. Il ne s'agit pas d'instaurer une saisine directe du Conseil constitutionnel²². Le risque d'engorgement qui le guette est trop grand²³. Le choix s'est donc porté sur une procédure en deux temps : une phase de filtrage suivie d'une phase d'examen proprement dit de la constitutionnalité de la loi. Dans ce cadre, l'examen de la constitutionnalité de la loi ne devrait en principe faire aucune difficulté. Il revient au Conseil constitutionnel qui dispose théoriquement d'un monopole en ces lieux²⁴. Le filtrage est, quant à lui, mis entre les mains des juridictions des deux ordres juridictionnels²⁵. Ce faisant, le filtrage de la QPC s'affranchit, à tout le moins partiellement, du double degré de juridiction. Il est en effet tout à fait possible de saisir directement les cours suprêmes. Dans le cas contraire, la QPC sera soumise à un double filtre²⁶. Ce double filtre revêt au moins un intérêt : les conditions de filtrage sont légèrement différentes selon que la question est examinée par les juges du fond ou les cours suprêmes. Lorsque la QPC est formulée devant une juridiction de première instance ou d'appel, « *la juridiction statue 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. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux* »²⁷. La réunion de ces conditions fonde la transmission de la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation selon l'ordre juridictionnel auquel appartient la juridiction saisie au premier ou second degré. Les cours suprêmes doivent, quant à elles, réaliser le filtrage des questions prioritaires introduites devant elles ou transmises par les juges du fond selon les conditions posées à l'article 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Autrement dit, il s'agit pour elles de contrôler trois conditions : l'applicabilité de la disposition au litige, à la procédure ou vérifier que cette dernière constitue le fondement des poursuites ; caractériser une absence de précédent ; examiner le caractère nouveau ou sérieux de la QPC. Au-delà de cette différence dans les conditions de filtrage, c'est aussi l'appréciation qui en est faite qui les différencierait. Le filtrage réalisé par les Cours suprêmes serait nécessairement plus strict que celui réalisé par les juges du fond.

Cette réforme recèle de nombreuses particularités. Tout d'abord, elle permet de faire participer les juridictions suprêmes à un contrôle qu'elles se sont toujours refusées à exercer²⁸. Pour autant, le filtrage n'est en principe pas le contrôle de constitutionnalité lui-même. Si ces juridictions sont associées à la procédure, cette association ne les transforme en principe pas en juges de droit commun de la constitutionnalité de la loi²⁹. C'est à tout le moins ce qui résulte de l'intention du constituant. Pour autant, il n'en demeure pas moins que la part de subjectivité dont est notamment

²² Celui-ci ne peut être saisi que sur renvoi de l'une des cours suprêmes. V. sur des obs. critiques, TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs* n° 137, p. 10-11.

²³ ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, n° 240 ; PERRIER J.-B., « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011, 711.

²⁴ Toute la question est de mesurer l'impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur le statut du Conseil constitutionnel. Au détour de la réforme se serait-il transformé en Cour suprême constitutionnelle. V. not. sur ce point, GUILLAUME M., « Avec la QPC, le conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP éd. G* 2012, 722 ; BARTHELEMY J., BORE L., « L'ordre constitutionnel », *Constitutions* Avril-Juin 2010, p. 252.

²⁵ Là où la loi constitutionnelle vise simplement les juridictions, la loi organique précise qu'il s'agit des juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ainsi que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation eux-mêmes. La Cour de cassation connaît la technique du filtrage encore qu'il vise les pourvois en cassation. V. sur ce point, CANIVET G., « Administration des cours suprêmes et filtrage des affaires », *BICC* 15 mars 2003.

²⁶ Ce double filtre distingue la procédure de question prioritaire de constitutionnalité consacrée en France de celle reçue notamment dans les pays européens.

²⁷ Article 23-2, alinéa 1, de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

²⁸ Cass. crim., 11 mai 1833, *S.* 1833, p. 358 ; Cass. crim., 2 mai 1988, pourvoi n° 87-84.556 ; Cass. crim., 20 décembre 1994, *Bull. crim.*, n° 424 ; Cass. crim., 29 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 146 ; Cass. crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-85.102 ; Cass. crim., 5 novembre 2002, pourvoi n° 01-88.461 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 2007, pourvoi n° 07-82.353 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 octobre 1973, pourvoi n° 73-10.439 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 136.

²⁹ LIEBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, 1355 et s.

empreint le critère du sérieux de la QPC tend à atténuer les frontières qui existent entre le contrôle réalisé dans le cadre du filtrage et le contrôle de constitutionnalité. Autre singularité : la réforme associe les juridictions suprêmes dans des termes identiques. Elles officient ensemble, selon les mêmes modalités et ce, en dépit des différences qui marquent leur office traditionnel comme leur appréhension de la norme constitutionnelle. Enfin, parce que la saisine du Conseil constitutionnel n'est pas directe, Cour de cassation et Conseil d'Etat ont un rôle clé dans l'efficacité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Plus le filtrage sera souple plus le Conseil constitutionnel sera sollicité et inversement, plus le filtrage sera strict moins le contrôle *a posteriori* sera mis en œuvre. C'est dire la place cardinale que la réforme constitutionnelle a offert aux juridictions suprêmes et, par contrecoup, toute l'importance d'une étude consacrée à l'appréciation des critères de filtrage telle qu'elle est réalisée par ces dernières. Cette étude permet en effet de mesurer le degré d'appropriation de ce contrôle, le rôle qu'elles jouent effectivement ainsi que son impact sur l'efficacité de la QPC.

L'objet général de cette recherche est ainsi d'étudier les approches privilégiées par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans l'appréciation de la condition de recevabilité déduite du sérieux ou de la nouveauté de la QPC. Il s'agit de comparer l'appréciation de cette condition par les deux cours suprêmes. Pour ce faire, seront notamment pris en compte les méthodes d'argumentation, la rigueur de l'interprétation, les efforts de motivation, la cohérence et la continuité dans le mode d'appréciation. Ces divers éléments seront examinés à l'aune des spécificités structurelles (attributions et rôles de chacune des cours suprêmes, conception de leur rôle, de leur pouvoir d'interprétation et de l'étendue de leur pouvoir de filtrage, rapport au Conseil constitutionnel, au droit européen...) et fonctionnelles (disparition des chambres spécialisées et affectation du contentieux relatif à la QPC aux différentes chambres de la Cour de cassation, différenciation des sections au Conseil d'Etat). De même seront pris en compte les éléments de contexte (période d'expérimentation, d'acclimatation de la QPC, de construction d'une jurisprudence) qui marquent chacune des Cours suprêmes. La période de temps prise en compte est aussi particulière puisqu'elle embrasse un peu plus d'un an et demi d'existence (1^{er} mars 2010 au 31 décembre 2011). Ce faisant, elle permet, d'une part, de saisir les particularités caractéristiques de la période de rodage et, d'autre part, de tirer quelques conclusions face au retour d'expérience. Autrement dit, elle permet d'appréhender des tendances réelles dans le cadre de ce filtrage.

Au-delà, cette étude correspond aussi à une démarche originale en ce qu'elle vise à établir une comparaison des approches retenues par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Autrement dit, il s'agit ici de coller autant que possible à la logique qui imprègne le filtrage afin de mettre en évidence les points sur lesquels ces juridictions se rejoignent et ceux, au contraire, sur lesquels elles se désolidarisent l'une de l'autre³⁰. Il reste que la quantité d'arrêts et l'importance inégale des conditions de transmission de la QPC imposaient de limiter le champ des conditions étudiées. Ce faisant, l'application des critères de sérieux ou de nouveauté semblait constituer le lieu d'oppositions marquées comme d'accords sans réserve. Mieux, en raison des particularités de chacune des cours suprêmes, leurs positions semblaient pouvoir être différenciées. Sans adopter des solutions foncièrement contradictoires, il apparaissait que les deux Cours suprêmes des deux ordres juridictionnels pouvaient, sur certains aspects, se démarquer l'une de l'autre, à des degrés divers. Mais à l'inverse, sans pour autant retenir des positionnements identiques, leurs approches et appréciations semblaient, sur d'autres points, pouvoir être rapprochées.

Il convenait donc de s'intéresser plus largement aux convergences et aux divergences, réelles ou apparentes, procédurales, formelles ou plus fondamentales, qui existent dans la façon qu'ont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat d'apprécier les caractères nouveau et sérieux des QPC qui leur sont soumises, afin de comprendre leur impact sur le développement du mécanisme de la QPC.

³⁰ En dépit de l'identité de fonction et de modalités de réalisation du filtrage dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

Ce regard croisé imposait deux temps à la réflexion, nécessairement précédée d'une analyse des arrêts rendus par chacune des Cours suprêmes. Afin de procéder à cette étude il a donc fallu, dans un premier temps, examiner successivement les conditions d'application de ces deux critères par chacune des cours suprêmes, afin de dégager les éléments de comparaison (**Sous-Section 1**). Ces éléments ont constitué le ciment de l'analyse comparative réalisée dans un second temps, sous la forme d'un tableau de comparaison systématique et de sa synthèse (**Sous-section 2**).

Valérie Durand

Sous-Section 1 : les spécificités dans l'appréciation par chaque cour suprême des caractères nouveaux et sérieux de la question

L'étude portera successivement sur le filtrage tel qu'il est exercé par chacune des juridictions suprêmes. Cette étude permet tout d'abord de mettre en évidence les spécificités du contrôle réalisé par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (§1) et, d'autre part, de préparer l'ensemble des éléments nécessaires à l'approche comparative réalisée dans un second temps (§2).

§1 : Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveaux et sérieux dans la jurisprudence de la Cour de cassation

La Cour de cassation a cette spécificité d'être divisée en chambre. Elle en compte actuellement six (première Chambre civile, deuxième Chambre civile, troisième Chambre civile, Chambre commerciale, Chambre sociale et Chambre criminelle) auxquelles l'on ajoute traditionnellement les formations spéciales (comme l'Assemblée plénière). A l'origine, cette division ne devait avoir qu'une incidence mineure sur le contentieux de la QPC dans la mesure où la compétence avait été attribuée à deux chambres spéciales. Avec leur disparition, les choses ont changé de façon assez notable dans la mesure où ce sont désormais les chambres et formations particulières de la Cour de cassation qui sont désormais saisies des questions prioritaires de constitutionnalité. L'étude du filtrage par Chambre et formation spéciale répond sans doute à un intérêt pratique lié au volume du contentieux. Mais au-delà, cette étude permet de mettre en évidence la spécificité du contentieux devant chaque chambre et formation ainsi que celle du filtrage qu'elles réalisent. Partant, l'étude consacrée à l'appréciation des caractères nouveaux et sérieux sera-t-elle menée en les distinguant chacune les unes des autres.

A) La première Chambre civile de la Cour de cassation

Marc PICHARD³¹

À l'instar des deuxième et troisième, la première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas eu à connaître d'un nombre particulièrement élevé de questions prioritaires de constitutionnalité. De la mise en place de la procédure nouvelle jusqu'au 31 décembre 2011, quarante décisions posant la question du renvoi au Conseil constitutionnel ont été considérées comme significatives. Les trois premières décisions de la chambre qui refusent la réouverture de l'instruction ont été évincées de l'étude³² : elles semblent trop liées à la mise en place de la procédure elle-même pour pouvoir renseigner sur le dispositif nouveau.

S'agissant des quarante décisions retenues, quatorze sont des décisions de renvoi. À deux reprises, la Cour de cassation est conduite à se prononcer à la même date sur une même question, posée respectivement par deux ou trois plaideurs³³, et décide de renvoyer. Par conséquent, le Conseil

³¹ Professeur à l'Université Lille 2, CRDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Privé).

³² Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-65995 ; 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-14347 ; 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-15277.

³³ Première hypothèse : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvois n° 11-40008 et 11-40010 ; seconde hypothèse : Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439.

constitutionnel est invité à l'initiative de la première chambre civile de la Cour de cassation à se prononcer sur onze questions prioritaires de constitutionnalité³⁴.

Vingt-six décisions n'emportent donc pas transmission – et une décision de transmission s'accompagne d'un refus de transmission d'une autre question posée à la même occasion (hypothèse de renvoi partiel au Conseil constitutionnel³⁵). On peut donc considérer qu'il existe vingt-sept hypothèses de non-transmission.

Avant d'étudier comment la première chambre civile de la Cour de cassation parvient à de telles conclusions de transmission ou de non transmission, une remarque s'impose. L'analyse des décisions révèle la conception que se fait la Cour de cassation du rôle des juges s'agissant de la question elle-même : elle est la chose des parties. Il faut en effet souligner que la première chambre civile se refuse à reformuler les questions qui lui sont posées. Dans une hypothèse de question transmise par les juges du fond, la Cour souligne qu'« *il n'appartient pas au juge de modifier la teneur de la QPC que pose une partie de sorte que c'est au regard de la formulation arrêtée par celle-ci qu'il convient de se prononcer* » ; le retour à la question telle qu'initialement formulée s'impose³⁶ - solution cohérente au regard de l'impossibilité pour le juge de relever d'office l'incompatibilité d'une disposition à la Constitution³⁷. Et la Cour s'impose à elle-même ce qu'elle exige des juges du fond – au détriment des requérants, d'ailleurs, en l'occurrence³⁸.

Un schéma idéal d'examen préalable des questions prioritaires de constitutionnalité est appliqué par la première chambre civile de la Cour de cassation, en quatre temps : vérification de l'applicabilité du texte au litige ; vérification de l'absence de précédent ; examen du caractère nouveau de la question ; examen du caractère sérieux de la question. À chaque item correspond en principe un paragraphe de la décision. On dénombre toutefois de très nombreuses décisions qui ne comprennent pas ces quatre rubriques. L'applicabilité de la disposition au litige et l'absence de précédent constitutionnel étant des conditions nécessaires à l'éventuelle transmission par application des critères, eux, alternatifs, de nouveauté et de sérieux de la question, il n'y a rien d'étonnant à ce que de nombreuses décisions ne recèlent aucune information relative à la nouveauté ou au sérieux – car l'examen de ces deux critères n'apparaît tout simplement pas utile. Pour autant, ces décisions ne sauraient être négligées. Il convient donc de distinguer les décisions étrangères aux critères de nouveauté et de sérieux (1) et les décisions mettant en œuvre les critères de nouveauté et de sérieux (2).

1) Les décisions étrangères aux critères de nouveauté et de sérieux

Par hypothèse, les décisions étrangères aux critères de nouveauté et de sérieux sont toujours des décisions de non-transmission. On peut en dénombrer quinze³⁹. On aurait pu s'attendre à ce qu'une terminologie particulière permette de distinguer clairement ces décisions de celles qui sont prises après un examen plus approfondi de la QPC. En particulier, les questions *irrecevables* auraient pu

³⁴ On retiendra le rattachement formel à la première chambre civile de la Cour de cassation, y compris de décisions qui, initialement, ont été rendues par la formation spécialisée – abrogée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010, relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (*JO* 23 juillet 2010, p. 13562).

³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40008.

³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-40044.

³⁷ Art. 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, tel qu'issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO* 11 décembre 2009, p. 21379.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-13488, qui évoque « la première question prioritaire de constitutionnalité proposée [sic] par M. Y..., qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de modifier » ; *adde* Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2011, pourvoi n° 11-40070 où, dans le même contexte, est employée exactement la même formule. Dans les deux cas, la question n'est pas transmise en raison de la nature de la norme contestée (v. *infra*).

³⁹ Si du moins on intègre la décision Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-40053, qui évoque le caractère nouveau mais refuse de transmettre pour une raison étrangère aux critères de nouveauté et de sérieux – qui auraient donc logiquement pu ne pas être abordés (v. *infra*).

être distinguées des questions *ne donnant pas lieu à renvoi*. Cette distinction n'est pas absolument sans titre, dans la mesure en particulier où toutes les décisions de non-transmission prises après examen des caractères nouveau et sérieux sont des décisions de *non-lieu à renvoyer* ou *saisir* – jamais des décisions d'*irrecevabilité*. Mais l'inverse n'est pas vrai. Ainsi lit-on, dans une décision du 27 septembre 2011, étrangère aux critères de nouveauté et de sérieux, que les deux questions posées étant *irrecevables*, il n'y *pas lieu de renvoyer* ces questions au Conseil constitutionnel (dans les motifs) ou *de saisir* le Conseil (dans le dispositif) – et l'arrêt est affiché comme un *non lieu à renvoi*⁴⁰. Irrecevabilité et non lieu à renvoyer ou saisir semblent alors interchangeables.

Ceci signalé, il faut dès l'abord isoler les décisions, qui conduisent à ne pas transmettre pour des raisons de « pure » procédure – qui ne semblent pas présenter un intérêt doctrinal majeur. On peut dénombrer trois décisions relevant de ce registre « exclusivement procédural ». Dans une première décision, le pourvoi et le mémoire contenant la QPC sont déclarés irrecevables, faute pour le demandeur d'avoir constitué avocat⁴¹. Dans une deuxième décision, l'auteur du pourvoi s'étant purement et simplement désisté de celui-ci, la QPC est jugée sans objet, faute d'instance en cours : non lieu à renvoi⁴². Dans une troisième décision, le désistement ne concerne que la QPC⁴³ ; il est donné acte de ce désistement⁴⁴. Ces décisions ne renseignent évidemment guère sur l'examen préalable des questions prioritaires de constitutionnalité par la première chambre civile de la Cour de cassation.

De ces trois décisions doit être rapprochée celle rendue le 26 juillet 2011, à propos d'un texte du Code de procédure pénale⁴⁵. Le reproche adressé au texte – l'absence d'obligation de notifier le motif et le fondement d'un contrôle par les services de police ou de gendarmerie – serait sans portée dans la mesure où, en l'espèce, le motif de l'interpellation avait été notifié à l'intéressé, de sorte que « *l'inconstitutionnalité alléguée [...] serait dépourvue d'incidence sur la solution du litige* ». On peut n'être pas convaincu : l'inconstitutionnalité de la disposition, quoique le reproche qui lui soit adressé soit sans consistance en l'occurrence, aurait conduit à faire disparaître le fondement des poursuites – ce qui aurait eu une influence indiscutable sur l'issue du litige. C'est bien plutôt d'une absence d'intérêt à soulever ce grief qu'il s'agit. De là à voir dans la décision une expression de l'adage « pas de nullité sans grief » et donc d'une limite purement procédurale ...

En revanche, plusieurs décisions non seulement renseignent sur l'analyse que la Cour de cassation adopte des critères de recours quasi systématique (a) mais aussi révèlent l'existence de causes autres de non transmission, de critères d'usage exceptionnel (b).

a) Les critères de recours quasi systématique

En général, et en particulier dans les décisions qui iront jusqu'à l'examen des conditions de nouveauté et de sérieux, les deux conditions préalables que sont l'applicabilité de la disposition au litige et l'absence de précédent font l'objet de deux paragraphes distincts. Il advient toutefois que ces deux conditions soient examinés dans un paragraphe unique, les deux constats étant alors séparés par un point virgule⁴⁶. Si les deux paragraphes distincts ne s'imposent pas toujours, c'est que l'étude de ces conditions ne donne pas lieu à des développements abondants. Elle conduit parfois à exclure la transmission.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-13488. Rapp. Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2011, pourvoi n° 10-40077 : la « question n'est pas recevable ; par ces motifs : dit n'y avoir lieu à renvoyer ».

⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, pourvoi n° 11-60240.

⁴² Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2011, pourvoi n° 11-17604.

⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2011, pourvoi n° 11-17683.

⁴⁴ Et l'arrêt porte la mention originale : « Qpc incidente – renonciation ».

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40042.

⁴⁶ En ce sens, v. Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2011, pourvoi n° 10-24547 ; 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40043 ; 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-40044 ; 14 septembre 2011, pourvoi n° 11-40051 ; 12 octobre 2011, pourvoi n° 11-40062.

1- L'applicabilité du texte

Lorsqu'elle est retenue, l'applicabilité du texte au litige est en principe posée plus que motivée. La formule la plus courante est « *Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige* »⁴⁷. Cette condition est même parfois oubliée – comme dans deux arrêts du 24 février 2011⁴⁸ ou une décision du 26 octobre 2011⁴⁹, la transmission étant, dans les trois cas, *in fine* exclue⁵⁰. À mi-chemin entre les deux, la vérification n'est parfois qu'indirecte, *via* une incise : « *Le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution [la disposition], dans sa version applicable au litige* »⁵¹. Certaines décisions sont toutefois plus précises : « *les dispositions contestées sont applicables au litige, [le requérant], né à Marovoay (Madagascar) ayant engagé une action déclaratoire de nationalité* »⁵² ; « *les dispositions contestées sont applicables au litige, [le requérant], dont la demande d'asile a été rejetée par l'OFPRA ayant été placé et maintenu en rétention par le juge des libertés et de la détention en vue de l'exécution d'une mesure d'éloignement, alors que son recours était pendant devant la Cour nationale du droit d'asile* »⁵³ ; « *la disposition contestée est applicable au litige, le destitution [du requérant], notaire, ayant été prononcée par arrêt du 8 février 2011, frappé de pourvoi* »⁵⁴ ; « *l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est applicable à la procédure dès lors que la rétention administrative [du requérant] a été précédée d'une garde à vue qui n'aurait pu être ordonnée si le délit reproché à l'intéressé n'avait pas été puni d'une peine d'emprisonnement* »⁵⁵. La précision dans la vérification semble une pratique plus courante dans les décisions de renvoi (hypothèse des trois dernières décisions citées) que d'absence de renvoi.

Mais, naturellement, l'examen de cette condition préalable conduit parfois à exclure la recevabilité – et ce sont ces décisions étrangères aux critères de nouveauté et de sérieux qui doivent retenir l'attention.

La première décision rendue en ce sens date du 14 septembre 2010⁵⁶. Le texte contesté prévoyait une limitation de la capacité de recevoir au détriment des seules personnes physiques. La disposition était contestée au regard, entre autres, du principe d'égalité. Mais « *les intéressés poursuivant la nullité d'une libéralité consentie à une personne morale, l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition contestée, inapplicable à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution* ». Le dispositif porte en conséquence une déclaration d'irrecevabilité de la question. La décision est très significative des angles morts de la réforme – telle que comprise par la première chambre civile de la Cour de cassation : la restriction du champ d'application d'un texte, source d'une distinction injustifiée, ne pourrait jamais faire la matière d'une QPC posée par celui qui se plaindrait de ne pas se voir appliquer le texte, faute de texte applicable – puisque, par hypothèse, il ne l'est pas – à censurer⁵⁷.

⁴⁷ Parfois le texte est précisément rappelé dans ce paragraphe, comme dans trois décisions du 26 juillet 2011 (Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439) : « *Attendu que l'article 20-II, 6° de l'ordonnance du 4 juillet 2005 est applicable au litige* ».

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2011, pourvoi n° 10-40067 : le premier paragraphe, au lieu d'être consacré à la vérification de l'applicabilité de la disposition au litige, porte le constat que « *la question posée est pour partie irrecevable en ce qu'elle invoque la non-conformité de dispositions législatives à la Convention européenne des droits de l'homme* » ; puis est étudié le critère du précédent : celui de l'applicabilité est comme oublié.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-15290.

⁵⁰ Respectivement pour défaut de caractère sérieux de la question, pour absence de nature législative de la disposition ou en raison de l'existence d'un précédent constitutionnel.

⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-15435.

⁵² Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-40037.

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, pourvoi n° 10-40059.

⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 2011, pourvoi n° 11-15263.

⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, pourvoi n° 11-40069.

⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 14 septembre 2010, pourvoi n° 10-13616.

⁵⁷ Outre qu'elle génère des résultats très difficiles à justifier, la solution est d'autant plus étonnante que, par la suite, le texte a été modifié et son application étendue aux personnes morales.

Un même raisonnement pour une même décision d'irrecevabilité est suivi dans un arrêt rendu le 6 juillet 2011⁵⁸. La Cour de cassation se contente de répondre à la QPC incidente que « *l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, inapplicables à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution* ». On comprend, à la lecture de cet arrêt comme de la décision rendue au fond le 28 mars 2012, que ce qui était contesté était le champ d'application trop restreint – aux yeux du requérant – d'une disposition, qui la rendait donc inapplicable au litige. En elle-même, la question posée pouvait, en l'occurrence, sembler peu pertinente mais ces deux décisions illustrent que certaines distinctions opérées par le législateur sont hors de portée de ce type de contrôle de constitutionnalité, quand bien même elles seraient très délicates à justifier. La condition d'applicabilité au litige est un facteur de maintien de distinctions infondées dans le droit positif.

L'hypothèse est à rapprocher de celle où c'est le défaut de disposition qui est contesté au soutien d'une QPC : celle-ci est alors vouée à l'échec, comme l'illustre une décision du 16 novembre 2010⁵⁹. Etait mise en cause l'absence, dans le statut de la magistrature, de toute disposition relative au pourvoi en cassation contre une décision du Conseil supérieur de la magistrature⁶⁰. Il n'y a pas lieu à transmettre une question qui « *ne conteste pas la conformité à la Constitution d'une disposition législative mais celle d'une absence de disposition* ».

Dans tous ces cas où est en cause un défaut de texte, ou bien parce que le texte qui semblerait pertinent voit son champ d'application excessivement (aux yeux des requérants) réduit, ou bien parce qu'aucun texte pertinent (aux yeux des requérants) n'existe, la question prioritaire est vaine. Il n'est pourtant guère douteux que de tels défauts puissent emporter atteinte aux droits ou libertés fondamentaux.

2- L'absence de précédent

Dans la plupart des décisions, l'absence de précédent est retenue. Comme la condition d'applicabilité du texte au litige, celle d'absence de précédent donne alors lieu à des formules très stéréotypées. La formule est même toujours identique : « *Attendu qu'elle [la disposition contestée] n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* ». Sur les quarante décisions retenues, la formule se retrouve vingt-cinq fois, sans variante significative⁶¹.

Il en va évidemment différemment dans les arrêts qui excluent la transmission en raison de l'existence d'un précédent constitutionnel – au sens où les dispositions visées auraient déjà fait l'objet d'une décision du Conseil. Ce motif de non transmission n'est sollicité que dans deux décisions. La première concerne un texte jugé non conforme par une décision du Conseil constitutionnel⁶². La première chambre civile de la Cour de cassation indique la date de la décision du Conseil et rappelle l'existence de dispositions transitoires spécifiques relatives à cette déclaration de non-conformité. L'arrêt rendu sur le fond applique le texte jugé pourtant non conforme à la Constitution – du fait de l'aménagement par le Conseil des effets dans le temps de sa décision⁶³. La seconde décision concerne en revanche une hypothèse où le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà reconnu la constitutionnalité d'une disposition. La première chambre civile indique alors non seulement la date de la décision mais son numéro exact⁶⁴ – sans toutefois aucune autre indication

⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10393.

⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-60366.

⁶⁰ « L'absence [...] de toutes dispositions [sic] porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ? ».

⁶¹ On lira parfois « que ce texte » ou « qu'elles » - lorsque sont en cause plusieurs dispositions.

⁶² Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-15435. L'applicabilité du texte au litige est d'ailleurs alors vérifiée indirectement : v. *supra*.

⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2011, pourvoi n° 11-15435.

⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-15290.

sur les raisons pour lesquelles la disposition a été jugée conforme de sorte que l'on ne peut pas savoir, à la seule lecture de la décision de la Cour, si le Conseil s'est prononcé sur le grief avancé par la QPC. Dans les deux cas, l'existence d'un précédent est un motif de non lieu à renvoi⁶⁵.

Mais une décision se singularise : celle rendue par la première chambre civile le 9 février 2011⁶⁶. L'examen de la condition de précédent conduit à reconnaître que la constitutionnalité de la disposition avait été retenue, dans une décision dont la date et le numéro sont rappelés. Simplement, la Cour de cassation estime qu'une décision de la Cour nationale du droit d'asile, qui a profondément modifié les incidences factuelles de la disposition jugée conforme à la Constitution, « *caractérise un changement de circonstances qui rend recevable la question posée* ». Par conséquent, la Cour de cassation juge que l'existence d'un précédent ne fait pas obstacle à la transmission. Quoiqu'elle ne l'explique pas, elle fait alors application de l'article de l'article 23-4 qui lui-même renvoie à l'article 23-2 de l'ordonnance portant loi organique : « *Il est procédé à [la] transmission si [...] la disposition contestée [...] n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* »⁶⁷. Les ressources de la loi organique sont donc sollicitées par la première chambre civile – dont les décisions révèlent également des critères sous-jacents, d'usage exceptionnel.

b) Les critères d'usage exceptionnel

L'examen de la pratique de la première chambre civile de la Cour de cassation révèle que les motifs de non transmission, avant même examen du caractère nouveau ou sérieux de la question, ne se limitent pas à l'absence d'applicabilité du texte ou à l'existence d'un précédent. D'autres causes sont susceptibles de faire obstacle à la transmission au Conseil constitutionnel : la nature de la question posée ; la nature de la norme contestée.

1- La nature de la question posée

La question posée doit être une question de constitutionnalité et une QPC.

Il doit s'agir d'une question de constitutionnalité – et pas de conventionalité. La première chambre civile de la Cour de cassation n'a, finalement, guère eu à censurer les plaideurs sur ce point. Une seule question est déclarée « *pour partie irrecevable en ce qu'elle invoque la non-conformité de dispositions législatives à la Convention européenne des droits de l'homme* ». Au demeurant, cette irrecevabilité partielle est sans grande conséquence : une telle incompatibilité entre une disposition et la Convention pourra être examinée ultérieurement par le juge judiciaire.

Il doit s'agir d'une QPC. Dans une décision du 27 septembre 2011, deux questions étaient posées. La seconde était formulée comme suit : « *Subsidiairement, le principe constitutionnel de la personnalité des peines résultant des articles 8 et 9 du de [sic] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impose-t-il que la personne ayant fait l'objet d'une sanction pécuniaire ayant le caractère d'une peine en supporte seule la charge finale ?* ». Elle est jugée irrecevable, en ce qu'elle consiste à interroger le Conseil constitutionnel « *sur le sens et la portée d'un principe constitutionnel qu'il a énoncé ou dégagé* ». Une telle question, qui « *s'analyse [...] en une question préjudicielle* », selon la Cour de cassation, est « *étrangère au dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité* »⁶⁸. Où l'on constate que la formulation même de la question a une importance majeure : la question doit être formulée de telle sorte qu'elle porte très directement sur une

⁶⁵ Et pas d'irrecevabilité.

⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, pourvoi n° 10-40059.

⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2011, pourvoi n° 10-40067.

⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-13488.

disposition identifiée ; une question d'ordre général posée à la Cour de cassation pour transmission au Conseil constitutionnel ne sera pas renvoyée à celui-ci.

2- La nature de la norme contestée

Il advient que la première chambre civile de la Cour de cassation exclue la transmission au regard de la nature de la norme contestée. Deux griefs doivent être distingués : ou bien le texte en cause n'est pas de nature législative ; ou bien n'est pas en cause un texte.

S'agissant, en premier lieu, de la nature du texte en cause, trois décisions doivent être mentionnées, entre lesquelles il convient toutefois de distinguer.

La décision la moins riche d'enseignements est la dernière en date. La question posée visait à contester les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 relative à l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle est écartée sans examen d'aucune autre question préalable, dès lors que le droit applicable était en réalité issu du décret n° 2002-76 du 11 janvier 2002 « *qui a repris* » les dispositions de l'ordonnance royale⁶⁹. La nature non-législative des dispositions contestées ne faisait en l'espèce guère de débats – et on ne s'étonnera guère de l'absence d'examen de toute autre condition

Très différentes sont les deux autres décisions qui excluent la transmission en raison du caractère non législatif des dispositions déferées au contrôle. Il s'agissait alors, formellement, de contester une disposition législative ; simplement, la première chambre civile de la Cour de cassation estime que derrière l'écran de cette contestation d'une disposition législative se camoufle celle d'une disposition réglementaire.

Le premier arrêt à adopter un tel raisonnement est une décision du 12 janvier 2011⁷⁰. La Cour de cassation procède de manière très méthodique. Elle commence par s'assurer de l'applicabilité de la disposition au litige. Puis elle vérifie qu'aucun précédent n'exclut l'examen de la question. Elle constate ensuite l'absence de nouveauté de celle-ci. C'est uniquement au stade généralement réservé à l'étude du caractère sérieux de la question que la Cour relève que, « *sous couvert de la critique* » d'un texte législatif, « *la question posée ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution [de] dispositions réglementaires* », précisément énumérées. La méthode suivie est en l'occurrence assez significative : l'irrecevabilité ne découle pas immédiatement de la question elle-même ; il faut en étudier le contenu pour considérer que, en réalité, il ne s'agit pas de contester un texte législatif mais divers textes réglementaires. Or le critère qui, en principe, appelle l'examen le plus poussé, est celui du caractère sérieux de la question⁷¹. Même si la Cour de cassation ne prétend pas, en l'espèce, étudier le caractère sérieux de la question (le mot sérieux est absent de la décision), elle aborde la nature de la disposition effectivement contestée en lieu et place du caractère sérieux, ce que l'on peut interpréter comme la volonté de souligner l'existence d'une difficulté (sérieuse ?) d'interprétation. Mais le juge conclut à l'irrecevabilité de la question et pas au non-lieu à renvoi, formule de principe lorsqu'est en cause l'absence de caractère sérieux d'une question⁷². On peut y voir un signe supplémentaire que, si la nature en réalité réglementaire des dispositions contestées est étudiée à la place (« géographique ») du caractère sérieux, elle ne l'est pas dans le cadre de l'examen du caractère sérieux.

⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 11-18181.

⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-40053.

⁷¹ V. *infra*.

⁷² V. *supra*.

D'ailleurs, l'autre décision à exclure la transmission en raison de la nature de la disposition, du 17 mars 2011⁷³, ne suit pas la même méthode, ce qui conforte l'analyse selon laquelle, même si la nature de la disposition est parfois abordée à la place de l'examen du caractère sérieux, il ne s'agit pas de l'examen du caractère sérieux de la question. Pour conclure à l'irrecevabilité, la Cour, sans vérifier l'applicabilité des textes visés au litige, ni aucune autre condition, va en effet alors directement au constat que « *sous le couvert de la critique* » d'articles législatifs, « *la question posée ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution des dispositions réglementaires* » d'un article du même code – et le dispositif retient le non-lieu à renvoi. En somme, ni les étapes du raisonnement, ni le dispositif ne correspondent à l'arrêt du 12 janvier 2011 – qui n'est donc pas érigé en modèle.

Il y a, dans l'identification de la disposition effectivement contestée, de nature réglementaire et non législative, une cause autonome de non-transmission – qui laisse une certaine marge d'appréciation au juge chargé du filtrage. Car si, lorsque la question porte directement sur une disposition de nature réglementaire, il apparaît évident que la transmission doit être exclue, l'analyse de ce qui se camoufle derrière la contestation apparente confère une incontestable liberté d'action aux juges – en l'occurrence à la première chambre civile de la Cour de cassation.

Très proche de l'hypothèse précédente, comme d'ailleurs de celle d'absence d'applicabilité du texte au litige⁷⁴, est, en second lieu, celle de l'absence de norme textuelle à contester. On sait en effet combien il a été difficile pour la Cour de cassation d'admettre qu'une interprétation jurisprudentielle puisse faire la matière d'une QPC⁷⁵. Or, si deux décisions établissent que la première chambre civile a reconnu que la jurisprudence était susceptible d'être atteinte par une QPC, cette chambre demeure très circonspecte lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette solution. Certes, dans les deux décisions en cause, la Cour semble se soumettre ; mais cette soumission n'emporte aucun effet direct pour les plaideurs. Il importe toutefois de distinguer car, comme en matière de nature de la disposition contestée, la question est parfois posée très directement, parfois beaucoup plus indirectement.

La question est parfois posée très directement – comme dans un arrêt du 27 septembre 2011⁷⁶. Deux questions étaient posées. La première visait non seulement une interprétation mais, aux termes mêmes de la question, une « *règle jurisprudentielle* »⁷⁷. Or la Cour de cassation répond que, « *s'il a été décidé que "tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative" [...], il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction* ». Or en l'espèce la question, que la Cour s'interdit de modifier⁷⁸, ne vise aucune disposition législative : elle est irrecevable.

C'est une hypothèse un peu différente qu'a eu à connaître la Cour de cassation dans sa décision du 8 décembre 2011⁷⁹. En l'occurrence, en effet, un texte était visé dans la question – l'article 9 du Code

⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2011, pourvoi n° 10-40077.

⁷⁴ V. *supra*.

⁷⁵ V. en part. MOLFESSIS N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 83 et s., spéc. n° 7, p. 87 et s.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-13488.

⁷⁷ « La règle jurisprudentielle suivant laquelle un tiers peut être tenu au titre de sa responsabilité d'indemniser une personne d'une sanction pécuniaire ayant la nature d'une peine est-elle contraire au principe constitutionnel de personnalité des peines résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait ? »

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2011, pourvoi n° 11-40070.

civil – et pas une « règle jurisprudentielle ». Mais était contesté le régime de prescription applicable à cet article : c'est en ce que le texte « *ne soumet pas les actions en réparation des atteintes à la vie privée [...] aux règles de prescription prévues par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, ni aux exigences de l'article 53 de la même loi* » que sa constitutionnalité est mise en débats. Or, dans une réponse très riche, la Cour de cassation souligne, d'abord, que la constitutionnalité de l'article 9 du Code civil, qualifié de « *texte de fond* », est avérée car reconnue dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, ensuite, que la question « *porte exclusivement sur, d'une part, la soumission jurisprudentielle au droit civil commun procédural des actions auxquelles cet article donne lieu, en l'absence de textes spécifique, sans dénoncer de dispositions précises régissant le délai de leur prescription ou la rédaction de la citation, et, d'autre part, sur la non application corrélatrice des articles 65 et 53 de la loi du 29 juillet 1881, dont elle déplore une portée insuffisamment étendue sans contester leur constitutionnalité* ». En somme, le requérant aurait dû contester les textes régissant le droit commun de la prescription – ce que l'on peut entendre ... On peut en revanche rester très perplexe à l'égard de l'invitation faite *in fine* par la Cour à contester les articles 65 et 53 de la loi de 1881. De fait, la question déplore que ces textes soient inapplicables au litige. Or, inapplicables au litige, ils ne pourraient précisément pas faire l'objet d'une QPC – au regard de la définition stricte de l'applicabilité de la disposition au litige que retient la première chambre civile de la Cour de cassation⁸⁰ ...

L'examen des décisions qui ne se réfèrent ni au critère de nouveauté ni au critère de sérieux établit que de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité ne font pas l'objet d'une transmission pour une raison autre que leur défaut de caractère nouveau ou sérieux : quinze décisions sur quarante, soit plus d'un tiers. Or on constate que l'interprétation et l'appréciation par le juge ne sont pas absentes de ces décisions qui ne présentent pas toutes le caractère mécanique des arrêts qui n'ont qu'à constater le désistement de l'instance, par exemple. Il y a là matière à une politique jurisprudentielle – s'agissant par exemple de la place à accorder aux solutions jurisprudentielles associées à une disposition. Il n'en demeure pas moins que la majorité des décisions met en œuvre les critères de nouveauté et de sérieux de la question posée.

2) Les décisions mettant en œuvre les critères alternatifs de nouveauté et de sérieux

Les critères de transmission que sont la nouveauté de la question ou son caractère sérieux sont des critères alternatifs. La Cour de cassation le pose d'ailleurs expressément dans au moins une décision⁸¹. Il est donc logique et même nécessaire qu'ils soient l'un et l'autre étudiés dans les décisions concluant à la non-transmission de la question. Dans la mesure où, dans les décisions qui portent examen des deux critères, l'étude de la nouveauté précède, du moins à partir de 2011⁸², celle du sérieux, la même méthode sera adoptée : le caractère nouveau, cause exceptionnelle de transmission (a), sera étudié avant le caractère sérieux, cause régulière de transmission (b).

a) Le caractère nouveau, cause exceptionnelle de transmission

La première chambre civile de la Cour de cassation a pris acte du caractère alternatif des critères de nouveauté et de sérieux. Par conséquent, dès lors qu'un seul critère suffit à fonder la transmission, lui seul est, en principe, examiné. Trois arrêts font exception, mais rendus le même jour sur la même question, de sorte que l'on peut soutenir que l'exception est unique : alors, le caractère nouveau est étudié et écarté, avant que le caractère sérieux soit examiné et retenu⁸³. En somme,

⁸⁰ V. *supra*.

⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2010, pourvoi n° 14-40042, qui qualifie le caractère nouveau de « critère alternatif de saisine ».

⁸² V. en effet, en sens contraire, la seule décision de 2010 qui procède à l'étude de tous les critères pour *in fine* ne pas renvoyer : Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-40037 (où le critère de la nouveauté est étudié en dernière position).

⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439.

dans les décisions de transmission fondées sur le caractère sérieux de la question, le caractère nouveau de celle-ci n'est généralement pas abordé (alors qu'on aurait pu imaginer qu'il soit étudié, ne serait-ce que pour souligner l'importance d'une question qui s'avérerait et sérieuse et nouvelle)⁸⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation procède donc par économie de moyens. La méthode n'a rien de contestable.

L'est en revanche, l'« oubli » de l'examen de la nouveauté dans un arrêt rendu le 1^{er} juin 2011⁸⁵. En l'espèce, deux questions étaient posées à la Cour de cassation, relatives à la même disposition législative : la première est jugée sérieuse – « il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel », sans examen de son caractère nouveau, ce que l'on peut parfaitement admettre ; la seconde, en revanche, est jugée non sérieuse, et n'est pas renvoyée : mais son caractère nouveau n'est alors pas examiné, ce qui ne paraît pas orthodoxe. Même peu satisfaisante, la solution est toutefois dépourvue d'enjeu : ce qui importe probablement au plaideur est alors que la constitutionnalité de la disposition soit soumise à l'examen du Conseil, au demeurant susceptible de se fonder sur des textes autres que ceux invoqués au soutien de la question pour abroger une disposition ...

Lorsqu'il est étudié, le critère de la nouveauté n'est en principe pas retenu. Plus qu'ailleurs, la formule apparaît particulièrement stéréotypée : « *Attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* ». Les seules variantes consistent à indiquer plus précisément quelle est la norme constitutionnelle en cause. Ainsi, la question « *qui tend à faire constater l'atteinte prétendument portée aux droits garantis par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen par les textes législatifs critiqués, ne concerne pas l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application* » et « *n'est donc pas nouvelle* »⁸⁶. Une précision de ce type se lit dans six arrêts, correspondant à quatre questions différentes⁸⁷. Si cette référence à la norme constitutionnelle concernée ne semble pas nécessairement utile dès lors que la question la vise très précisément, on peut rester très perplexe à la lecture d'un arrêt du 12 juillet 2011⁸⁸. Alors que la question ne vise que « *la Constitution* », la Cour répond, comme à l'accoutumée : « *la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* ». La motivation semble bien légère, qui ne permet pas de comprendre quelle serait la disposition en cause ...

La formule stéréotypée, enrichie ou non d'une référence à la norme en cause, et parfois utilisée à assez mauvais escient, est porteuse d'un sens précis conféré à la nouveauté : une question nouvelle serait une question qui porterait sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle « vierge » - au sens où le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion d'en faire application. La formule est extrêmement restrictive – et vise au premier chef les textes constitutionnels récents reconnaissant des droits et libertés nouveaux, fort rares ... À s'en tenir là, on comprendrait que le caractère nouveau de la question n'ait été retenu qu'une seule fois.

⁸⁴ En ce sens, v. Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, pourvoi n° 10-40059 ; 17 mai 2011, pourvoi n° 11-40005 ; 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40010 ; 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40008 (1^{re} question) ; 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10769 ; 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-40027 ; 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40035 ; 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40041 ; 27 octobre 2011, pourvoi n° 11-15-263 ; 23 novembre 2011, pourvoi n° 11-40069.

⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40008.

⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2011, pourvoi n° 10-24547.

⁸⁷ Outre l'arrêt précité du 31 mars 2011 : Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2011, pourvoi n° 11-40023 (« la question posée, qui intéresse le principe de l'égalité devant la justice, ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle » etc.) ; 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439 (« la question posée, qui intéresse le principe d'égalité devant la loi, ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle » etc.) ; 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-12536 (« la question posée, fondée sur la méconnaissance du principe d'égalité, ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle » etc.). Que ce rappel de la norme constitutionnelle en cause concerne à plusieurs reprises l'égalité ne semble pas significatif.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40043.

Mais, précisément, là où la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation déconcerte, c'est que ce motif stéréotypé est en contradiction avec le seul renvoi fondé sur la nouveauté de la question. La seule hypothèse de transmission au Conseil constitutionnel par la première chambre civile fondée sur ce critère est à trouver dans une décision du 16 novembre 2010⁸⁹. S'agissait-il alors d'apprécier la constitutionnalité d'une disposition au regard d'une norme constitutionnelle dont le Conseil n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application ? Certainement pas, puisqu'était invoquée la liberté individuelle ... Ce n'est d'ailleurs pas du tout la motivation avancée par la première chambre civile de la Cour de cassation : « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que comme telles [nous soulignons], elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ». La nouveauté de la question s'apprécie donc au regard des évolutions de la société. En soi, cette motivation peut convaincre. Elle pose toutefois question. D'une part, elle est en contradiction avec la ligne jurisprudentielle constante de la première chambre civile. Le sens du critère de la nouveauté change selon les hypothèses, ce qui ne peut qu'être source de trouble ... Comment ne pas se poser la question de savoir si, à cette aune, d'autres questions n'auraient pas pu être considérées comme nouvelles ? De fait, si leur caractère nouveau a été écarté, c'est pour une toute autre raison, sans rapport avec le sens ici conféré à la nouveauté ... C'est la pertinence de toutes les décisions antérieures qui est alors mise en doute. D'autre part, la première chambre civile se camoufle derrière l'appréciation prétendument faite du critère de la nouveauté par le Conseil constitutionnel – sans toutefois aucun renvoi explicite à une décision qui permette aisément de vérifier la véracité du titre que la Cour de cassation confère alors à son analyse⁹⁰. Cette lecture du critère de la nouveauté n'est d'ailleurs pas sans rappeler la prise en considération du changement de circonstances dans l'hypothèse de l'existence d'un précédent de nature à faire obstacle à la transmission⁹¹. C'est bien alors le changement du contexte qui est pris en compte. Mais, si l'on veut bien admettre que des faits constitutifs d'un changement de circonstances puissent être pris en considération non seulement au stade de l'examen de l'existence d'un précédent mais aussi de la nouveauté de la question, la rupture dans la conception de la nouveauté constatée dans la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation ne peut que laisser perplexe. Au vrai, la solution peut peut-être s'expliquer par des considérations de pure opportunité. En retenant le caractère nouveau de la question, la Cour de cassation peut transmettre sans avoir à se prononcer sur le caractère sérieux, ce qui n'est pas sans avantage : en transmettant, elle laisse la charge de statuer sur le fond au Conseil constitutionnel, et en transmettant en raison du caractère nouveau, sans même s'avancer sur le caractère sérieux de la question ...

b) Le caractère sérieux, cause régulière de transmission

Le caractère sérieux de la question posée – ou, dans un cas, de chacune des deux questions posées – est examiné dans vingt-quatre décisions. Douze décisions refusent de transmettre une question après examen du caractère sérieux. Treize décisions admettent la transmission après examen du caractère sérieux – s'agissant de dix questions différentes, puisque plusieurs décisions portent sur des

⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-40042.

⁹⁰ Il semble qu'il s'agisse d'une référence implicite à Cons. const. 3 décembre 2009, 2009-595 DC, cons. 21 : « *Considérant, en premier lieu, que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-4 et la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 prévoient que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité si " la question est nouvelle " ; que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ; que cette disposition n'est pas contraire à la Constitution* ». Mais, par cette décision, le Conseil constitutionnel laisse Conseil d'État et Cour de cassation assez libres de conférer du sens à ce critère ; il ne lui donne pas lui-même du sens ...

⁹¹ V. *supra*.

questions identiques⁹². En somme, lorsqu'est atteint le stade de l'examen du caractère sérieux, à peu près une question sur deux est transmise.

L'examen du caractère sérieux ne donne jamais lieu à un renvoi par la première chambre civile de la Cour de cassation à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Formellement, cette chambre se pose donc comme juge autonome de la constitutionnalité des dispositions législatives⁹³.

Mais la première chambre civile de la Cour de cassation ne rend pas des décisions du même type selon qu'elle est le dernier juge de la constitutionnalité d'une disposition – hypothèse des questions dépourvues de caractère sérieux – ou qu'elle est seulement un intermédiaire entre le requérant et le Conseil constitutionnel – hypothèse des questions considérées comme sérieuses.

1- Les questions dépourvues de caractère sérieux

Elles sont au nombre de douze. Eu égard à l'importance du critère, en particulier lorsque son examen conduit à ne pas transmettre une QPC, on ne s'étonnera pas que le paragraphe consacré au caractère sérieux soit, en principe, le plus long des décisions concernées.

Il advient que, au titre du caractère sérieux, soit abordé un aspect de la question prioritaire qui relèverait, au premier abord, de l'étude de sa recevabilité. Il en va ainsi dans une décision du 12 juillet 2011⁹⁴. Le requérant contestait la compétence du législateur ordinaire à adopter un texte qui, selon lui, relevait de celle du législateur organique. La question est jugée non sérieuse dans la mesure où « *une question prioritaire de constitutionnalité ne peut se fonder sur un moyen tiré de la protection du domaine de la loi organique contre les empiètements de la loi ordinaire en l'absence d'atteinte alléguée à des droits ou libertés garantis par la Constitution* ». Dans la mesure où est en cause l'allégation elle-même, directement fondée sur la violation de règles de compétence et pas sur l'atteinte portée à des droits ou libertés, personne ne s'étonnera que la question ne soit pas transmise ; en revanche, on peut juger malencontreux le choix de qualifier une telle question de non-sérieuse, dans la mesure où la qualité intrinsèque de l'argumentation n'est alors pas du tout appréciée. C'est bien plutôt une question de recevabilité qui est alors tranchée.

Cette décision, très particulière, mise à part, on constate que l'intensité du contrôle mis en œuvre afin d'évaluer le caractère sérieux de la question, varie. Mais cette variabilité s'avère toute pragmatique, directement liée qu'elle est à la pertinence de la question posée.

Certaines motivations sont assez courtes – et le contrôle peut alors sembler léger. Il en va ainsi dans une décision du 12 janvier 2011⁹⁵. La question consistait à contester la constitutionnalité de deux textes du Code civil – qui méconnaîtraient le principe d'égalité entre parents résultant du principe d'égalité entre hommes et femmes. Pour considérer la question non sérieuse, la Cour de cassation se contente de relever que les textes en cause mentionnent l'« *adopté* » et le « *bénéficiaire* », « *sans considération de sexe, de sorte qu'ils n'établissent aucune discrimination pouvant méconnaître le principe constitutionnel d'égalité entre homme et femme* ». La motivation est succincte – mais l'argumentation pouvait sembler pour le moins étonnante, et ne pas mériter de plus amples développements pour être jugée non sérieuse.

⁹² Première hypothèse : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvois n° 11-40008 et 11-40010 ; seconde hypothèse : Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439.

⁹³ La première chambre civile de la Cour de cassation ne renvoie à la jurisprudence du Conseil constitutionnel que, d'une part, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un précédent, et elle procède alors avec précision (v. *supra*), ou, d'autre part, pour souligner l'unité prétendue d'acception du caractère nouveau (v. *supra*).

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2011, n° 11-40043.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, n° 10-19227.

C'est un sentiment assez proche que suscite la décision rendue le 13 septembre 2011⁹⁶. Un article du Code de la consommation, qui exclut le bénéfice du droit de rétractation en principe reconnu au consommateur en matière de fournitures de prestations de services à distance⁹⁷, est contesté « *pour violation des articles 3 et 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du préambule de la Constitution* ». Pour la Cour de cassation, « *une telle dérogation, que justifie la différence objective de situation caractérisée par le commencement d'exécution du contrat de fourniture de service à la demande du consommateur, ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant la loi* ». La Cour procède par voie d'affirmation, par voie d'autorité – elle ne démontre guère. Mais la question méritait-elle qu'on s'y arrête plus longuement ? On peut se demander si la brièveté de la réponse n'est pas directement due au caractère minime de l'enjeu : un contentieux porté devant la juridiction de proximité, relatif au remboursement d'un abonnement à un site de rencontres ... En outre, dans le cadre de l'étude du caractère sérieux de la question, est relevé le fait que « *ni la question elle-même, ni le mémoire qui la soutient n'exposent en quoi le texte critiqué méconnaîtrait les autres droits et libertés constitutionnels invoqués* ». Si la question n'est alors pas sérieuse, c'est qu'elle n'a pas été sérieusement rédigée.

Peut également sembler quelque peu expéditive la motivation de la réponse à l'une des deux questions posées à la Cour de cassation dans l'une des décisions du 1^{er} juin 2011⁹⁸. La Cour semble procéder plus par affirmation que par démonstration lorsqu'elle soutient que « *l'atteinte que la disposition critiquée⁹⁹ porte au droit de propriété ne revêt pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de celui-ci s'en trouvent dénaturés* ». Le lecteur aimerait probablement savoir pourquoi. Toutefois, la brièveté de l'argumentation peut s'expliquer par le contexte dans lequel la question est examinée : après qu'une autre question, portant sur la même disposition a, elle, été jugée sérieuse et renvoyée, par conséquent, au Conseil constitutionnel. En d'autres termes, en transmettant une seule des deux questions mettant en cause la même disposition, la Cour de cassation dit peut-être que l'une n'est pas sérieuse, c'est en tout cas ce qu'elle fait formellement, mais plus encore elle hiérarchise les griefs que l'on peut adresser au texte. Transmettre les deux questions aurait, au contraire, conduit à mettre sur le même plan les deux arguments – la distinction en fonction de la nationalité, d'une part, l'atteinte au droit de propriété, d'autre part.

Aussi bien ne peut-on pas déduire de ces trois décisions que la Cour de cassation refuse de transmettre en raison de l'absence de caractère sérieux de la question sans motiver suffisamment ses décisions. Et lorsque la question appelle une appréciation plus subtile, la Cour se plie à la nécessité d'une meilleure motivation. C'est ce que l'on constate dans huit décisions de non-transmission.

La plupart de ces décisions se caractérise par le recours à une terminologie propre à un contrôle de constitutionnalité. En particulier, les références à l'intérêt général poursuivi par le texte sont extrêmement courantes : les textes « *ont pour objet de concilier* » deux objectifs, dont un « *objectif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi* »¹⁰⁰ ; le texte « *répond à une situation objective particulière [...], afin de stabiliser [l']état [des personnes concernées], dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés* »¹⁰¹ ; « *le législateur a réalisé un équilibre entre l'objectif d'intérêt général qu'il*

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-40044.

⁹⁷ Le texte qui, en principe, reconnaît un droit de rétractation est l'article L. 121-20 du Code de la consommation ; celui qui en limite le champ d'application est l'article L. 121-20-2 – en l'occurrence contesté.

⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40008.

⁹⁹ Article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, selon lequel : « *Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* ».

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2011, pourvoi n° 10-40067, à propos des articles 311-21 et 311-23 du Code civil.

¹⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2011, pourvoi n° 10-40068, à propos de l'article 333 du Code civil.

poursuit et la sauvegarde des intérêts financiers des personnes obligées à l'indemnisation, sans porter atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif ni aux droits de la défense »¹⁰² ; le texte qui a eu pour objectif de « concilier » différents intérêts a pu procéder à des distinctions « la différence de traitement ainsi instituée étant conforme à l'intérêt général et en rapport direct avec l'objet de la loi »¹⁰³ ; le texte en abrogeant rétroactivement un autre a été adopté « pour un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi : assurer l'égalité de statut entre les enfants »¹⁰⁴. Une décision doit être isolée qui combine référence à l'intérêt général et prise en considération d'une donnée plus originale : la nécessité. « Les dispositions légales critiquées, fussent-elles fondées sur l'origine, découlaient nécessairement de l'accession à l'indépendance de certains territoires, laquelle ne pouvait que conduire, dans un but d'intérêt général, à distinguer la population restant de plein droit celle de la République française de celle des nouveaux États indépendants »¹⁰⁵. En d'autres termes, on ne pouvait pas régir la transition entre nationalités sans référence à l'origine : le grief serait sans pertinence.

Ces décisions qui se réfèrent à l'intérêt général sont celles qui développent l'argumentation la plus construite. Mais un contrôle parfaitement convaincant peut être opéré – quoique sans référence à l'intérêt général. Il en va ainsi de la décision du 14 septembre 2011, qui met en avant que, s'agissant de responsabilité pour faute, ce qui est protégé au plan constitutionnel sont « les droits des victimes d'actes fautifs et le droit à un recours juridictionnel effectif » – pas la désignation du fautif comme répondant : « l'article 4 de la Déclaration de 1789 ne fait pas obstacle à ce que le législateur déroge partiellement au principe de responsabilité en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage, la responsabilité d'une autre personne physique ou morale »¹⁰⁶. Même la décision du 27 juin 2011, par laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation écarte les griefs adressés à l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, qui impose des délais de prescription très courts aux actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, bien inférieurs à ceux ouverts pour agir sur le fondement de l'atteinte au droit au respect de la vie privée, procède à un examen réel des griefs – quoique la motivation soit moins convaincante que dans d'autres décisions, dans la mesure où la Cour soutient que les règles « ne procèdent pas de distinctions injustifiées » sans avancer le moindre critère qui pourrait, précisément, justifier les distinctions opérées¹⁰⁷. Si, en soi, la réponse selon laquelle le texte « ne prive pas la victime du droit d'accès au juge » peut emporter la conviction, la différence de régime applicable aux violations de l'article 9 et à celles de l'article 9-1 du Code civil n'est pas justifiée par la décision.

Au terme de cet examen apparaît évidente la volonté de la première chambre civile de la Cour de cassation d'exercer les fonctions d'un juge constitutionnel. Qu'en est-il lorsque la question posée est considérée comme sérieuse ?

2- Les questions considérées comme sérieuses

Assez logiquement, et comparativement aux décisions qui excluent le caractère sérieux, celles qui le retiennent sont plus courtes. On le comprend aisément : dans la mesure où un autre juge de la constitutionnalité sera alors, du fait même de la reconnaissance du caractère sérieux de la question, compétent pour la trancher, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui exerce pleinement les compétences (de filtrage) qui sont les siennes, ne va pas au-delà de telles compétences. En d'autres termes, les motivations des décisions de transmission, s'agissant du

¹⁰² Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2011, pourvoi n° 10-25547, à propos de l'article 98 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

¹⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-12536, à propos de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 2011, pourvoi n° 11-40062, à propos de l'abrogation par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 de l'article 334-3 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

¹⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-40037.

¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 14 septembre 2011, pourvoi n° 11-40051.

¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2011, pourvoi n° 11-40023.

caractère sérieux de la décision, s'avèrent tout à la fois courtes et suffisantes. Elles consistent toujours à mettre en avant la force d'un des arguments avancés. Se révèlent alors les arguments les plus convaincants aux yeux de la première chambre civile de la Cour de cassation.

On notera en particulier des formulations à la portée, à l'évidence, assez générale. « *La question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle [la disposition contestée] institue une distinction fondée sur la seule nationalité entre des héritiers d'un même auteur pour la dévolution de biens situés en France* »¹⁰⁸. L'impression, à la lecture de l'attendu, est que l'on conçoit difficilement que la question consistant à contester, en matière patrimoniale, une distinction fondée sur la seule nationalité ne soit pas sérieuse.

De même, il semble que la première chambre civile de la Cour de cassation soit assez sensible à l'argument de la nécessité et de la proportionnalité des peines : par deux fois, l'argument est jugé sérieux, et sans guère de justification, en particulier dans l'hypothèse la plus emblématique – où était en cause l'infraction d'entrée ou de séjour irréguliers en France¹⁰⁹. Il n'est pas impossible que toute contestation de la nécessité et de la proportionnalité d'une peine présentant un incontestable caractère de gravité – l'emprisonnement paraissant intrinsèquement grave, d'autres peines appelant une explicitation par la chambre de leur gravité – soit jugée sérieuse par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui n'a toutefois pas vocation à connaître régulièrement de tels enjeux. Il convient de mettre en rapport ces décisions avec les deux qui ont jugé que le grief d'atteinte à la liberté individuelle était sérieux, s'agissant des dispositions relatives aux conditions de l'hospitalisation d'office : l'absence de recours à l'autorité judiciaire et l'exigence d'un seul certificat médical pour hospitaliser, d'une part¹¹⁰, la nécessité des avis concordants de deux psychiatres à la suite d'exams séparés pour mettre fin à cette hospitalisation, d'autre part¹¹¹, permettent de juger sérieuse la contestation de ces dispositions au regard de l'atteinte portée à la liberté individuelle.

De manière générale, s'évince des arrêts l'impression que la première chambre civile choisit l'économie de moyens, qui lui est, au demeurant, tout à fait habituelle, pour ne pas s'exposer au grief d'empiéter sur les prérogatives du Conseil constitutionnel. Aussi bien la chambre se contente-t-elle de mettre en évidence – voire en scène – la force de l'argument. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *donne pleine valeur constitutionnelle au droit de propriété* » ; par conséquent, la contestation d'une disposition qui prévoit la possibilité d'un transfert de propriété sans le consentement du propriétaire est sérieuse¹¹². L'incidence sur les actions en établissement ou en contestation de la filiation de la disposition qui exclut, en principe, tout prélèvement aux fins d'identification par empreintes génétiques sur un cadavre justifie le renvoi de la question, « *au regard du droit à la vie privée et familiale, dont le respect est garanti par la Constitution* »¹¹³. Le fait que le retour involontaire dans son pays d'origine, en particulier à la suite d'une mesure d'éloignement, emporte interruption de l'instruction par la Cour nationale du droit d'asile du recours formé à l'encontre de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides pose une question sérieuse « *au regard du droit au recours effectif, principe à valeur*

¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, pourvois n° 11-40008 et n° 11-40010.

¹⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, pourvoi n° 11-40069 : « *la question présente un caractère sérieux en ce qu'elle allègue une atteinte au principe de proportionnalité de la peine d'emprisonnement appliquée à l'infraction d'entrée ou de séjour irrégulier en France* ». Adde Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 2011, pourvoi n° 11-15263 : « *la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle allègue une atteinte aux principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines, dès lors que l'interdiction, comme la destitution, entraîne, de façon automatique et sans limitation de durée, l'inéligibilité professionnelle et que la destitution emporte l'impossibilité d'être inscrit sur les listes électorales dressées pour l'exercice des droits civiques* » : la Cour de cassation met alors plus clairement en évidence la gravité des peines encourues.

¹¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-40027.

¹¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40041.

¹¹² Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 2011, pourvoi n° 11-40005, à propos de l'article 274-2° du Code civil.

¹¹³ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10769, à propos de l'article 16-11 du Code civil.

constitutionnelle garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »¹¹⁴. La Cour en dit tout à la fois peu et assez : elle se contente de justifier le renvoi.

Beaucoup plus rares sont les décisions de renvoi qui semblent avancer résolument sur la piste de l'examen de constitutionnalité. La première d'entre elles concerne une disposition relative à l'organe disciplinaire au sein de l'ordre des avocats. La loi en cause avait institué des conseils de discipline distincts des conseils de l'ordre, sauf pour le barreau de Paris. La Cour de cassation estime que « *la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle allègue une atteinte au principe d'égalité que la seule importance numérique du barreau de Paris ne paraît pas pouvoir justifier et une violation du droit d'accès effectif à un juge indépendant et impartial dès lors que, contrairement à la composition des conseils de discipline de province, celle du conseil de discipline du barreau de Paris est dépourvue de diversité comme d'autonomie à l'égard de l'unique bâtonnier concerné, celui-ci étant, outre l'organe de poursuite, le président du conseil de l'ordre dont les membres sont les juges disciplinaires* »¹¹⁵. Il aurait probablement été possible de transmettre sans en dire autant ; c'est une forme de préjugement qui est alors à l'œuvre ... La même impression ressort des trois décisions identiques rendues le 26 juillet 2011¹¹⁶. En soutenant que le « législateur » « *a fait rétroactivement disparaître la discrimination existant antérieurement* » mais « *l'a partiellement réintroduite* » par une disposition ultérieure, critiquée en l'espèce, la Cour de cassation semble s'avancer assez loin dans l'analyse : il y aurait à ses yeux, non seulement contestation sérieuse « *au regard du principe d'égalité devant la loi* » mais « *discrimination* »...

Pourtant, ni dans l'un, ni dans l'autre cas, le Conseil constitutionnel ne censurera les dispositions déférées à son contrôle¹¹⁷. Est-ce à dire que le filtrage opéré par la première chambre civile de la Cour de cassation n'est pas satisfaisant ? Il ne faudrait pas le croire. On ne saurait apprécier la qualité du travail effectué par l'organe de filtrage à l'aune de la proportion entre questions transmises et censures prononcées par le Conseil constitutionnel. Chercher à obtenir la concordance la plus forte entre transmissions et censures, c'est précisément demander au juge judiciaire de ne pas respecter les limites de ses compétences, et de ne transmettre qu'une fois qu'il sera quasiment certain que la censure s'impose. D'une part, une telle tendance anesthésierait la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en l'empêchant de rompre avec ses lignes jurisprudentielles antérieures – ou supposées. D'autre part, elle marquerait la confusion institutionnelle entre tous les acteurs, lors même que la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation établit sa volonté de prendre toute sa place dans le nouveau dispositif, mais sans empiéter, en général, sur les prérogatives propres du Conseil constitutionnel.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2011, pourvoi n° 10-40059.

¹¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40035.

¹¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 2011, pourvois n° 11-11436, 11-11438 et 11-11439.

¹¹⁷ V. respectivement Cons. const. 29 septembre 2011, 2011-179 QPC, et 21 octobre 2011-186/187/188/189 QPC.

B) La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Valérie DURAND¹¹⁸

Contentieux de la QPC devant la 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation. Le contentieux relatif à la QPC est relativement développé devant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, celle-ci ayant été saisie à 64 reprises. La répartition des arrêts est la suivante :

Non lieu à renvoi	37
Renvoi	14
Irrecevabilité ¹¹⁹	8
Rejet ¹²⁰	1
Renonciation ¹²¹	1
Dessaisissement ¹²²	1
Réouverture d'instruction ¹²³ et refus ¹²⁴	2

En principe, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation retrace l'origine de la QPC¹²⁵. Elle restitue même parfois la teneur du litige à l'occasion duquel elle a été présentée¹²⁶ encore qu'il n'y

¹¹⁸ Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.

¹¹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 16 septembre 2010, n° 10-12.935. Dans cet arrêt, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation prononce la déchéance du pourvoi et l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité au visa des articles 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 7 du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 et 978 du Code de procédure civile. Le demandeur avait en effet transmis un mémoire distinct invitant la Cour de cassation à saisir la CJUE d'une question préjudicielle relative au monopole de la représentation des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'examen de la constitutionnalité des articles 974 à 982 du Code de procédure civile au regard des articles 1^{er} et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Cour de cassation retient, dans cet arrêt, que « *faute d'avoir remis au greffe de la Cour de cassation, dans le délai de quatre mois d'instruction du pourvoi, un mémoire distinct présentant un moyen tiré de ce qu'une disposition législative porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, le mémoire adressé au greffe avec le mémoire ampliatif n'est pas recevable* ». En l'espèce, le pourvoi avait été formé le 17 février 2010 et les mémoires étaient parvenus au greffe le 18 juin 2010.

¹²⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 10-25.281 : le moyen soulevant la question prioritaire de constitutionnalité (relative à l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil) est jugé inopérant, les juges se fondant ici sur un arrêt du 31 mars 2011, arrêt à l'occasion duquel le renvoi au Conseil constitutionnel a été refusé.

¹²¹ Cass. civ. 2^{ème}, 9 mars 2011, n° 10-24.430. Dans cet arrêt, la 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation ne se prononce pas sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, le demandeur s'étant désisté. Soulignant que le désistement était intervenu après le dépôt du rapport, la 2^{ème} Chambre civile conclut à la renonciation à la question prioritaire de constitutionnalité.

¹²² Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.046. Dans cet arrêt, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est dessaisie parce qu'elle ne s'est pas prononcée dans le délai imparti. Elle avait été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité enregistrée le 22 juin 2011 mais reçue le 20 juin 2011. Partant l'audience fixée le 21 septembre 2011 conduisait à dépasser le délai accordé à la Cour de cassation pour se prononcer sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, ce délai étant fixé à 3 mois. La question prioritaire de constitutionnalité est alors automatiquement transmise au Conseil constitutionnel et ce, bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucun filtrage de la part de la Cour de cassation.

¹²³ Cass. civ. 2^{ème}, 15 avril 2010, n° 09-15.034 dans lequel, pour la première fois, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ordonne la réouverture de l'instruction encore qu'ici comme en cas de refus, elle n'expose pas les éléments qui fondent sa décision.

¹²⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 2011, n° 09-10.241. Dans cet arrêt, la deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation refuse de rouvrir l'instruction afin que soit procédé à l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité encore qu'elle ne fournisse aucun des éléments l'ayant conduite à cette solution. Il s'agit ici de la première application devant cette chambre de la faculté offerte au juge judiciaire par l'article 7 du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 relatif à l'application de la réforme constitutionnelle aux instances en cours. A ce moment-là, l'examen de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité relevait encore des chambres spécialisées, dissociant ainsi réouverture de l'instruction et examen de la question prioritaire de constitutionnalité. V. sur ce point, P. Cassia, « Premières QPC devant la Cour de cassation. – Précision sur le régime transitoire applicable aux instances en cours », *JCP éd. G* 2010, 370 ; S. LAVRIC, « Circulaire de présentation de la QPC », *D.* 2010, 564 ; ; « La question prioritaire de constitutionnalité : mesures d'application », *D.* 2010, 19 ; ARRIGHI J., STAHL J.-H., HELMILINGER L., « Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA* 2010, 388 (ces auteurs soulignant que le Conseil d'Etat, contrairement à la Cour de cassation, serait sans doute tenu de rouvrir l'instruction de façon systématique, l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle constituant une circonstance de droit nouvelle).

¹²⁵ soit que celle-ci ait été formulée devant les juges du fond ou à l'occasion du pourvoi, V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-21.634 ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 mars 2011, n° 10-23.207 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars

ait là rien de systématique. Elle peut en effet présenter directement la QPC¹²⁷. Son exposé est lui aussi assez variable. Concrètement, les arrêts peuvent être classés en deux grandes catégories : à côté des arrêts qui présentent la QPC en la citant purement et simplement¹²⁸, d'autres se limitent à en restituer la teneur¹²⁹. Cette présentation faite, la deuxième Chambre civile s'engage alors dans l'examen de la question. De façon assez saisissante, elle ne se réfère que très ponctuellement à l'article 23-5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Elle y fait parfois référence lorsqu'elle conclut à l'irrecevabilité de la QPC lorsque les parties n'ont pas eu recours à un avocat au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation¹³⁰, ou lorsque le juge a soulevé d'office la QPC¹³¹. Il en va de même des dispositions du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 uniquement sollicitées lorsque le juge est appelé à se prononcer sur la possibilité d'une réouverture de l'instruction¹³².

En dehors de ces hypothèses, la deuxième Chambre civile procède à l'examen des conditions posées à l'article de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Ce faisant, elle examine en principe l'ensemble des conditions de recevabilité successivement en respectant généralement l'ordre imposé par ce texte¹³³. Autrement dit, le contrôle débute par la condition d'applicabilité au litige ou à la procédure¹³⁴, puis se poursuit par celui de la condition d'absence de précédent et enfin se termine sur l'examen du sérieux ou de la nouveauté de la QPC. Formellement cette succession de conditions est matérialisée par des paragraphes différents¹³⁵ encore que la Cour procède parfois à l'examen des deux premières conditions ensemble¹³⁶. De même, il arrive qu'elle ne contrôle que l'une d'elle voire aucune des deux¹³⁷ (elles sont alors considérées comme implicitement remplies¹³⁸).

2011, n° 10-40.075 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-25.124 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40.003 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26.847 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 octobre 2011, n° 11-40.065 ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-15.319 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075.

¹²⁶ v. notamment : Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-60417 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40003 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 11-40006 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1 juillet 2011, n° 11-30015 et n° 11-30016 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40050 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-13069 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 juin 2011, n° 11-40034 ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40021 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1 juillet 2011, n° 11-30013 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 10-25281.

¹²⁷ Parfois elle commence simplement par l'exposé de la question prioritaire de constitutionnalité : Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 11-40.009 ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 décembre 2010, n° 09-68.755 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 10-40.009.

¹²⁸ V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40.003 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.038 et 11-40.039, 11-40.040 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.064 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.490 ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 septembre 2010, n° 10-40.029 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 10-40.009.

¹²⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011, n° 10-16.184 ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 février 2011, n° 10-17.148 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-21.634 ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 2011, n° 10-26.675 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26.847 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 décembre 2010, n° 10-17.884.

¹³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-60.368.

¹³¹ Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 2011, n° 11-40.011. Les juges du fond, en l'espèce le tribunal des affaires de sécurité sociale de Tours, ont non seulement indiqué que, pendant le délibéré ils avaient débattu de l'opportunité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité mais encore proposé sa formulation avant d'ordonner la réouverture des débats. A la suite de quoi, le requérant avait déposé le 17 novembre 2000 un mémoire à cette fin, les juges du fond ayant alors prononcé sa transmission à la Cour de cassation. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation déclare la question prioritaire de constitutionnalité irrecevable en retenant qu'elle a été soulevée d'office, « peu important que l'une des parties l'ait ensuite reprise à son compte ».

¹³² Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 2010, n° 09-10.241 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 avril 2010, n° 09-15.034.

¹³³ Cass. civ. 2^{ème}, 31 mars 2011, n° 10-25.281 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 10-17.096 ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 2011, n° 10-26.675 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26.847 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1 juillet 2011, n° 11-30.013 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.028 ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-15.126.

¹³⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-15.319

¹³⁵ V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-21.634, arrêt dans lequel la Cour de cassation examine successivement l'applicabilité au litige, l'absence de précédent et le sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité (passant sous silence le caractère nouveau) ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 septembre 2010, n° 10-40.029.

¹³⁶ V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.021 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.037, Cass. civ. 2^{ème}, 30 septembre 2010, n° 10-40.029, Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 10-40.009 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 11-40.006 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 11-40.009 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060.

¹³⁷ V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045.

Lors de l'examen de la QPC, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation témoigne d'une certaine rigueur à l'endroit des dispositions en cause. Tout d'abord la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation procède à un dépeçage des dispositions critiquées. Dans ce cadre, elle peut déclarer certaines des dispositions critiquées inapplicables au litige (les excluant, dans le même temps, du filtrage) et d'autres applicables¹³⁹. De même, lorsque certaines des dispositions invoquées sont des dispositions réglementaires et les autres des dispositions législatives, elle ne réalise le filtrage qu'à partir de ces dernières¹⁴⁰, plutôt que de rejeter en bloc la QPC. Elle restreint ainsi le champ de l'examen de la QPC aux seules dispositions remplissant les conditions de recevabilité. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation fait montre de la même rigueur à l'endroit des droits et libertés invoqués. Sont assez naturellement exclues les questions prioritaires de constitutionnalité qui n'invoquent des dispositions ne pouvant être qualifiées de droits et libertés garantis par la Constitution. En revanche, la solution est plus nuancée lorsque sont invoquées tout à la fois des dispositions remplissant cette qualification et d'autres ne la remplissant pas. Dans ce cas, cette Chambre ne déclare pas la QPC entièrement irrecevable. Elle procède à son dépeçage en refusant uniquement le contrôle pour la part des dispositions invoquées ne correspondant pas à des « *droits et libertés garantis par la Constitution* », assurant autant que possible l'efficacité de la QPC. C'est notamment le cas, lorsque la QPC est fondée, pour partie sur des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴¹. Enfin, faisant un lien entre le fond du litige et la QPC, la Cour de cassation semble contrôler l'applicabilité au litige non pas seulement de la disposition critiquée mais aussi celle de la disposition invoquée. Ainsi, se prononçant sur une QPC critiquant la constitutionnalité de l'article L. 213-1 du Code de la sécurité sociale au regard de la liberté d'association, elle a pu affirmer dans un arrêt rendu le 16 juin 2011, « *que les URSSAF revêtant le caractère non d'associations, mais d'organismes de droit privé chargés de l'exécution de missions de service public et investis à cette fin de prérogatives de puissance publique, Mme X... ne saurait soutenir utilement que les dispositions qui régissent leur constitution et leur fonctionnement méconnaissent le principe de la liberté d'association* »¹⁴².

¹³⁸ Dans ces cas, la Cour de cassation poursuit l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité en appréciant son caractère sérieux ou nouveau. Dans certains arrêts, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation passe sous silence la condition d'applicabilité de la disposition critiquée au litige. V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-13.069. Parfois elle fait l'impasse sur la condition d'absence de précédent. V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-15.319 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40.074. En sens inverse, lorsque l'une des deux premières conditions n'est pas remplie, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation arrête net l'examen de la question. V. sur ce point, Cass. civ. 2^{ème}, 15 décembre 2010, n° 10-40.048 dans lequel elle estime que les dispositions invoquées ne sont pas applicables au litige (en l'occurrence, l'article 3 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finance pour 2009) ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-19.819 (les dispositions étant considérées comme inapplicables au litige ainsi qu'à la procédure) ; Cass. civ. 2^{ème}, 19 octobre 2011, n° 11-16.118, la disposition contestée ayant déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2011-171/178 rendue le 29 septembre 2011 par le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation constatant qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'était intervenu, elle conclut qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel.

¹³⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011, n° 10-16.184 : « *Attendu que la disposition contestée de l'article L. 132-5-1 du code des assurances est applicable au litige, lequel concerne le droit de M. X... de renoncer à un contrat d'assurance sur la vie souscrit en 2000, le délai d'exercice de cette faculté ayant été prorogé faute pour l'assureur de lui avoir remis une note d'information distincte ; Attendu en revanche que la disposition contestée de l'article L. 132-5-2 du code des assurances n'est pas applicable au litige, dès lors que ce texte, issu de la loi du 15 décembre 2005, ne concerne que les contrats conclus à partir du 1er mars 2006* ».

¹⁴⁰ V. par exemple, Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075, arrêt dans lequel elle débute son examen en retenant que « (...) la question posée est irrecevable en ce qui concerne, d'une part, l'article 20 du décret-loi du 17 juin 1938 dans sa rédaction issue du décret n° 56-162 du 28 janvier 1956 (...) ».

¹⁴¹ V. par exemple, Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075, arrêt dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité invoquait l'article 34 de la Constitution, le principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution et aux articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, le principe de responsabilité découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation précise ici que « (...) la question posée est irrecevable en ce qui concerne (...), d'autre part, la compatibilité des dispositions critiquées avec l'article 13 de la Convention précitée ».

¹⁴² Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26.847. La particularité de cet arrêt réside sans aucun doute dans le fait que la Cour procède à ce contrôle après avoir examiné l'applicabilité au litige de la disposition critiquée, l'absence de précédent, la nouveauté de la question prioritaire.

Lorsque la QPC passe avec succès l'examen des deux premières conditions de recevabilité, la deuxième Chambre civile en contrôle successivement la nouveauté et le sérieux. Dans l'ensemble, elle procède à l'examen de ces deux conditions successivement qu'elle conclut à la transmission ou à la non transmission de la question. Cet examen n'est cependant pas systématique, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation limitant souvent le contrôle au seul caractère sérieux de la question dans les arrêts de transmission. Cette différence de traitement entre arrêts de transmission et arrêts de non transmission s'explique classiquement par le caractère alternatif de la condition de sérieux ou nouveauté. Pour fonder la transmission de la QPC, il lui suffit en effet de caractériser le sérieux ou la nouveauté de la question alors qu'en sens inverse, pour fonder la non-transmission, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation doit exclure chacun de ces deux critères. Cela étant, le critère de la nouveauté de la QPC ne donne lieu qu'à très peu de développements. Son exclusion est systématique. Par ailleurs, la formulation est standardisée la Cour de cassation relevant que « *la disposition ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* ». Partant, cette étude ne concernera que l'examen du caractère sérieux. Ce caractère est tout d'abord examiné pour établir un doute quant à la constitutionnalité de la disposition critiquée au regard des dispositions invoquée (1). Mais il semble aussi utilisé par la Cour de cassation pour préciser la procédure d'examen de la QPC¹⁴³ (2).

1) L'examen du caractère sérieux de la QPC

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation examine systématiquement cette condition lorsqu'elle se prononce sur le renvoi ou non de la QPC. Dans le cadre de cet examen, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation cherche à établir l'existence d'un doute sur la constitutionnalité de la disposition critiquée. Dans la majeure partie des arrêts, elle commence par affirmer le résultat de son contrôle (« *la question posée présente un caractère sérieux (...)* » ou « *la question posée ne présente pas de caractère sérieux (...)* ») pour ensuite énoncer les justifications qui fondent ce résultat¹⁴⁴. La formulation des motifs varie selon qu'il s'agit d'un arrêt de transmission ou de non transmission ce qui conduit à distinguer ces deux catégories d'arrêts.

Les arrêts de transmission. Dans ce cas, la Cour de cassation met en évidence la possibilité d'une atteinte au droit ou à la liberté invoquée. Cette probabilité d'atteinte est mise en évidence par le vocable utilisé. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation précise en effet que la disposition critiquée « *est susceptible* » de porter atteinte ou de méconnaître le principe invoqué¹⁴⁵. De même a-t-elle pu poser que les griefs d'inconstitutionnalité de la disposition invoquée « *ne paraissent pas manifestement dépourvus de caractère sérieux* »¹⁴⁶ après avoir identifié l'objet¹⁴⁷ de la QPC, énoncé le principe selon lequel « *la méconnaissance de l'étendue de ses attributions par le législateur qui délègue sa compétence au pouvoir réglementaire ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » et caractérisé en quoi « *le texte contesté pourrait avoir ainsi autorisé*

¹⁴³ BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009, p. 1107 et s.

¹⁴⁴ Exceptionnellement, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation respecte le syllogisme juridique. V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2011, n° 11-30.013 (arrêt de renvoi) ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075 (arrêt de renvoi). V. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 (arrêt prononçant le non lieu à renvoi).

¹⁴⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 10-15.679 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40.074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.040, n° 11-40.039, n° 11-40.038 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40.074.

¹⁴⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2011, n° 11-30.013.

¹⁴⁷ « *Mais attendu que la question posée invite à examiner si, en adoptant l'article 53-6° de la loi précitée prescrivant que, " dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'Etat précisent, notamment..., la procédure de règlement des contestations concernant le paiement des frais et honoraires des avocats " , le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution, d'une part, en matière de création d'une juridiction judiciaire nouvelle ou d'un ordre de juridiction judiciaire nouveau, d'autre part, dans le domaine de l'institution des garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte au respect des principes fondamentaux d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties et conduite par un juge indépendant et impartial, qui sont des droits ou libertés que la Constitution garantit* ».

la création par voie réglementaire d'une juridiction nouvelle ou d'un ordre de juridiction nouveau dont l'impartialité et l'indépendance sont susceptibles d'être mises en cause »¹⁴⁸. Parfois la Cour retient le caractère sérieux de la question en caractérisant simplement la possibilité d'une atteinte. Dans un arrêt du 1 juin 2011¹⁴⁹, la deuxième Chambre civile retient ainsi que « (...) la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 241-10 III, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité en ce que cet article introduit une distinction entre des organismes publics assurant la même mission d'aide à domicile, sans qu'il apparaisse à l'évidence que la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Encore que la Cour de cassation ne conclut pas à l'existence d'une atteinte probable au principe d'égalité invoqué dans le cadre de la QPC, cette conclusion se déduit de la caractérisation du sérieux de la QPC. Dans un arrêt rendu le 17 février 2011¹⁵⁰, elle retient que la QPC présente un caractère sérieux « tant au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi que de celui de solidarité sociale porté par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 17 octobre 1946 en ce qu'il déroge à l'égalité en sanctionnant les personnes handicapées qui ont occupé un emploi par rapport à celles qui n'en ont pas occupé sans que la différence de traitement qui en résulte n'apparaisse en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Ce faisant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation semble procéder à une sorte de pré-contrôle de constitutionnalité de la loi en caractérisant une possibilité d'atteinte au principe d'égalité.

L'exposé des motifs de renvoi reste cependant d'intensité variable. La Cour de cassation peut ne caractériser aucune atteinte et se limiter à affirmer le caractère sérieux de la QPC. Dans ce cas, la motivation au soutien du caractère sérieux est bien plus succincte. Ainsi affirme-t-elle que « la question de la conformité à la Constitution des articles L. 412-8, 8°, et L. 413-12, 2°, du code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du droit d'agir en responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du principe d'égalité »¹⁵¹.

Les arrêts de non transmission. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation veille autant que possible à ce que le contrôle du sérieux de la QPC vise les dispositions invoquées dans le cadre de la QPC. Aussi caractérise-t-elle généralement l'absence d'atteinte à chaque droit et liberté invoqué. Sans faire un inventaire, certains arrêts illustrent de façon évidente ce souci de rejeter le sérieux de la QPC en contrôlant l'intégralité des dispositions invoquées. Ainsi, dans un arrêt rendu le 12 mai 2011¹⁵², la Cour de cassation retient que la question ne présente pas de caractère sérieux en ce que « d'une part, les limites apportées au droit de propriété avant l'intervention d'un juge, sur le fondement de la copie exécutoire d'un acte notarié, n'emportent pas privation de ce droit et sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi, en ce que, de deuxième part, le débiteur dispose d'un recours effectif et d'un droit à un procès équitable dès lors qu'il peut remettre en cause devant le juge de l'exécution l'acte notarié exécutoire dans son

¹⁴⁸ « Et attendu qu'en renvoyant à la voie réglementaire, mise en œuvre sous la forme des articles 174 à 179 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui, précisant la procédure de règlement des contestations concernant le paiement et le recouvrement des honoraires des avocats, soumettent l'examen de ces contestations au bâtonnier de l'ordre des avocats du même barreau, élu par ses pairs et investi par la même loi de pouvoirs propres le plaçant dans une situation différente de celle des autres avocats inscrits au tableau, et qui est chargé en cette qualité dans le cadre imposé d'une procédure respectant, fût-ce de manière simplifiée, les principes directeurs du procès propres à la procédure civile judiciaire, de rendre sur la contestation de droits et obligations de caractère civil qu'il tranche, et dans un certain délai imposé qu'il peut proroger pour une durée limitée, une décision pouvant faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel, (...) ».

¹⁴⁹ n° 11-40.009. V. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.038 et 11-40.039.

¹⁵⁰ n° 10-21.634.

¹⁵¹ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 11-40.075. V. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.021, dans lequel la Cour retient que « (...) si la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale, en ce qu'il limite aux seuls accidents survenus sur une voie ouverte à la circulation publique l'application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, n'est pas nouvelle, elle présente un caractère sérieux au regard du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques énoncé aux articles 1er, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et du principe du droit d'agir en responsabilité qui découle de son article 4 ».

¹⁵² n° 11-40.006.

principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate et obtenir réparation du dommage causé par la mesure d'exécution, et en ce que troisième part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Les arrêts de non transmission sont aussi l'occasion pour la deuxième Chambre civile de caractériser, derrière l'absence de sérieux de la QPC, la constitutionnalité de la disposition invoquée. Généralement, l'absence de sérieux consiste alors à caractériser l'absence d'atteinte aux droits et libertés invoqués. Mieux, précise-t-elle en quoi la disposition critiquée ne porte pas atteinte aux droits et libertés invoqués. Mieux, précise-elle parfois en quoi la disposition critiquée n'y porte pas atteinte. Ainsi, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation retient-elle que la question ne présente pas un caractère sérieux *« en ce qu'au regard des principes constitutionnels de responsabilité personnelle et d'égalité, la disposition contestée n'exonère pas la personne pénalement responsable de son obligation d'indemniser la victime de l'infraction et n'opère aucune substitution en permettant l'exercice d'un recours subrogatoire par le Fonds contre un autre débiteur d'indemnisation »*. Le filtrage devient pour la Cour de cassation un moyen d'opérer ce que la doctrine a pris l'habitude de qualifier de « contrôle négatif de la constitutionnalité » des dispositions critiquées dans le cadre de la QPC. A l'image des autres chambres, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a alors recours aux outils utilisés par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité.

Le recours aux techniques développées par le Conseil constitutionnel est assez patent lorsqu'est en cause le principe d'égalité. Tout en faisant référence à la conception développée par le Conseil constitutionnel en ces lieux¹⁵³, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation retient l'absence de sérieux de la question en caractérisant l'absence d'atteinte au principe d'égalité. Ainsi dans un arrêt rendu le 7 juillet 2011¹⁵⁴, elle retient que *« (...) les dispositions critiquées ayant pour objet d'exclure de la rémunération retenue pour le calcul de la réduction des cotisations à la charge de l'employeur pour ceux des salariés dont la rémunération est comprise entre le montant du salaire minimum de croissance et ce même montant majoré de 60 %, la rémunération des temps de pause, d'habillage et de déshabillage, elles ne méconnaissent pas manifestement les exigences du principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques énoncé à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en limitant le bénéfice de cette exclusion aux seuls employeurs soumis à une convention ou à un accord collectif étendu en vigueur au 11 octobre 2007, dès lors qu'elles reposent sur un critère objectif en rapport avec le but qu'elles poursuivent ; qu'elles sont étrangères au droit de propriété énoncé à l'article 17 de la même Déclaration ; que la question ne revêt pas ainsi un caractère sérieux »*. De même, dans un arrêt rendu le 13 octobre 2011¹⁵⁵, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation retient que *« la différence de mode de calcul répond à la différence de situation existant entre, d'une part, les exploitants agricoles, en faveur desquels le législateur a prévu une assiette triennale prenant en compte la variation de leurs revenus en fonction non seulement de leur travail mais aussi des aléas inhérents à leur activité, d'autre part, les porteurs de parts de sociétés agricoles, de sorte que l'inégalité de traitement susceptible d'en résulter étant en rapport direct avec l'objet de la loi l'ayant établie, la question n'apparaît pas sérieuse »*. De même fait-elle référence à l'objectif de la loi, contrôle-t-elle la

¹⁵³ Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40.003, dans lequel la Cour de cassation retient que l'arrêt ne présente pas de caractère sérieux *« en ce que, d'une part, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi tel qu'il est consacré par le Conseil constitutionnel, ni à la liberté du travail dès lors que la conversion de la pension d'invalidité en pension de vieillesse ne fait pas obstacle à l'exercice d'une activité professionnelle, et en ce que, d'autre part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »*.

¹⁵⁴ n° 11-40.037.

¹⁵⁵ n° 11-40.065

proportionnalité de l'atteinte. Ainsi dans un arrêt rendu le 12 mai 2011¹⁵⁶, la Cour de cassation retient que la question ne présente pas de caractère sérieux en ce que « *d'une part, les limites apportées au droit de propriété avant l'intervention d'un juge, sur le fondement de la copie exécutoire d'un acte notarié, n'emportent pas privation de ce droit et sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (...)* ». Cela étant, l'intensité de la motivation varie aussi d'un arrêt à l'autre. Dans certains arrêts, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation affirme simplement le caractère non sérieux en posant l'absence d'atteinte aux dispositions invoquées¹⁵⁷.

2) Le caractère sérieux utilisé au soutien de la délimitation des dispositions pertinentes dans le cadre de la QPC

Le caractère sérieux semble être utilisé, au-delà du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, pour préciser la procédure applicable au filtrage de la QPC et, plus précisément, pour délimiter les dispositions répondant aux conditions posées par l'article 61-1 de la Constitution et par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution¹⁵⁸. Sont tout autant visées les dispositions constitutionnelles invoquées que les dispositions législatives critiquées.

a) Les dispositions constitutionnelles invoquées

Les citoyens utilisent pleinement la latitude laissée par le Constituant lorsqu'il a retenu la formule de « *droits et libertés que la Constitution garantit* »¹⁵⁹. Ce choix de formule n'est pas anodin. Si la réforme constitutionnelle réhabilite la Constitution dans l'ordre juridique français, elle limite en quelque sorte la portée de cette réhabilitation aux seuls droits et libertés garantis par la Constitution¹⁶⁰. C'est dire que toutes les dispositions de la Constitution ne peuvent être appelées au soutien d'une QPC. Sous cet angle, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est assez classiquement saisie de questions prioritaires de constitutionnalité visant les textes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, du Préambule et de la Constitution du 4 octobre 1958. C'est dire que les demandeurs utilisent toute la palette des droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité¹⁶¹.

Encore qu'un inventaire à la Prévert n'ait qu'une portée relative, il permet d'une part de mettre en évidence la diversité des droits et libertés invoqués et, d'autre part, le degré de sollicitation des différents textes constitutionnels. Sous cet angle, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est sans doute le texte auquel les plaideurs ont le plus recours. Sont ainsi invoqués l'exigence de proportionnalité et d'individualisation des peines¹⁶², le principe de stabilité des contrats et de la liberté contractuelle¹⁶³, principe constitutionnel d'égalité que ce soit le principe d'égalité devant la

¹⁵⁶ n° 11-40.006

¹⁵⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.064, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité ne présente pas de caractère sérieux « *dès lors, d'une part (...), d'autre part, que la règle de la territorialité de la postulation qui ne fait que limiter le choix du défendeur habilité à représenter le justiciable en justice, sans lui interdire de désigner l'avocat plaidant de son choix, ne porte pas atteinte aux droits de la défense ni au principe d'égalité* ».

¹⁵⁸ BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107 et s.

¹⁵⁹ Article 61-1 de la Constitution.

¹⁶⁰ Not., BON P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107 et s.

¹⁶¹ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.028, dans lequel la première question prioritaire de constitutionnalité vise « *le principe d'égalité des assurés inscrits dans le bloc de constitutionnalité* ». V. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40.003, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité se réfère « *à la Constitution du 4 octobre 1958 et aux textes qui lui sont agrégés au titre du bloc de constitutionnalité, au regard des principes d'égalité des citoyens devant la loi et de la liberté du travail* ».

¹⁶² Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n° 10-16.184

¹⁶³ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n° 10-16.184

loi consacré par l'article 1^{er} de la Constitution et l'article¹⁶⁴ ou le principe d'égalité devant les charges publiques, le principe de responsabilité découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁶⁵, les principes du droit de la défense et de l'accès au recours juridictionnel découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁶⁶ parfois associés à l'article 17¹⁶⁷, la liberté du travail¹⁶⁸, le droit à un procès équitable¹⁶⁹, le droit d'agir en responsabilité¹⁷⁰, la liberté d'entreprendre, le principe de sécurité juridique, le principe de qualité de la loi quant à sa forme et son domaine¹⁷¹, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe du respect de la propriété privée¹⁷².

A côté, les demandeurs n'hésitent pas non plus à faire référence au Préambule de la Constitution de 1946 encore que l'hypothèse soit plus marginale. Aussi peuvent-ils fonder une QPC sur le 11^{ème} alinéa¹⁷³ parfois associé à l'alinéa 1^{er}¹⁷⁴. Par ailleurs, et de façon sans doute un peu plus inattendue, ce sont les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 elles-mêmes qui peuvent être sollicitées. Sont notamment invoqués l'article 34¹⁷⁵, l'article 1^{er}¹⁷⁶, les articles 55¹⁷⁷ et 88-1¹⁷⁸, l'article 72-3¹⁷⁹, l'article 1^{er} du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁸⁰. Tout au plus faut-il, pour que la QPC soit accueillie, que les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 consacrent véritablement des droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Enfin, au-delà des textes, les questions prioritaires de constitutionnalité peuvent être fondées sur des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comme la liberté d'association¹⁸¹. De façon plus surprenante, la deuxième Chambre civile a été saisie du QPC qui, outre les textes traditionnellement invoqués dans ce cadre, se référait à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi tel qu'il découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸². Tout en rejetant la QPC parce que jugée non sérieuse, elle passe sous silence la référence à l'objectif à valeur constitutionnelle¹⁸³. Ce faisant la Cour de

¹⁶⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074.

¹⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075.

¹⁶⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-25.012.

¹⁶⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n° 10-16.184.

¹⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n° 11-40.003.

¹⁶⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.050.

¹⁷⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-13.069.

¹⁷¹ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.038, 11-40.039 et 11-40.040.

¹⁷² Cass. civ. 2^{ème}, 15 décembre 2010, n° 10-40.048.

¹⁷³ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.490.

¹⁷⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045.

¹⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.074.

¹⁷⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045.

¹⁷⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40.074.

¹⁷⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 2 décembre 2010, n° 09-68.755 ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 septembre 2010, n° 10-40.029.

¹⁷⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045.

¹⁸⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060 ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 décembre 2010, n° 09-68.755

¹⁸¹ Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26.847, arrêt dans lequel la Cour de cassation précise que « la question se rapporte à l'article L. 213-1 du code de la sécurité sociale en tant qu'il porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution selon la formulation de l'article 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; qu'elle doit être regardée comme tendant à contester la conformité de l'article L. 213-1 du Code de la sécurité sociale au regard du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association ». Dans ce cas, la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas transmise au Conseil constitutionnel. Cela étant, ce refus de transmission n'est pas fondé sur la nature de la disposition constitutionnelle invoquée. La Cour de cassation affirme en effet « que les URSSAF revêtant le caractère non d'associations, mais d'organismes de droit privé chargés de l'exécution de missions de service public et investis à cette fin de prérogatives de puissance publique, Mme X... ne saurait soutenir utilement que les dispositions qui régissent leur constitution et leur fonctionnement méconnaissent le principe de la liberté d'association ; ». Autrement dit, c'est ici la qualité des parties qui fait obstacle à l'application de la liberté invoquée, cet élément semblant s'intégrer à l'examen du caractère sérieux de la question posée.

¹⁸² Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 11-40.009.

¹⁸³ La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ne fait aucune mention de l'objectif à valeur constitutionnelle lors de l'examen des conditions de recevabilité. Tout au plus semble-t-elle l'exclure lors du contrôle du caractère sérieux de la question. La Cour de cassation considère que « la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 241-10 III, alinéa 3, du code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité en ce que cet article introduit une

cassation semble éluder la difficulté que soulève l'objectif à valeur constitutionnelle dans le cadre du filtrage des QPC et notamment, son appartenance à la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution.

Au-delà de la diversité des dispositions constitutionnelles invoquées, les questions prioritaires de constitutionnalité se démarquent par la variété des formulations. Tout d'abord celles-ci peuvent se limiter à la seule référence à un *corpus* consacrant des droits et libertés. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation accepte en effet d'examiner la question qui invoque une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution¹⁸⁴ ou qui sollicite que les dispositions critiquées soient jugées contraire à la Constitution¹⁸⁵. C'est dire au fond que la recevabilité de la QPC n'est pas suspendue à l'identification précise des dispositions constitutionnelles à l'aune desquelles le contrôle de constitutionnalité doit être réalisé et ce, contrairement à ce qui est exigé en matière de dispositions critiquées¹⁸⁶. Au-delà, la QPC peut tout à fait viser un ou plusieurs¹⁸⁷ droits et libertés, étendant dans le même temps le champ du filtrage opéré par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. En revanche, à la lecture des arrêts, il semble que la détermination de la qualification de la norme constitutionnelle (principe, liberté, droit, principe fondamental reconnu par les lois de la République, etc.) ainsi que la détermination de son fondement importe peu. En effet, la simple référence à une norme qui entre dans la catégorie des « *droits et libertés garantis par la Constitution* » telle qu'entendue dans le cadre de la réforme constitutionnelle fonde l'examen de la QPC. Autrement dit, la Cour de cassation ne paraît pas réaliser un contrôle de la qualification de la norme constitutionnelle invoquée. Et pour cause, un tel contrôle n'est nullement exigé par la lettre des articles qui organisent le filtrage réalisé par les Cours suprêmes. Par ailleurs, la Cour de cassation n'est pas dans la même situation que le Conseil d'Etat en ce qu'elle n'a pas, pour mener à bien ses missions, de nécessité à dégager de nouveaux droits et libertés dont il faudrait déterminer la nature.

distinction entre des organismes publics assurant la même mission d'aide à domicile, sans qu'il apparaisse à l'évidence que la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établi ». Ce faisant l'on pourrait être tenté de conclure que l'absence de référence à l'objectif à valeur constitutionnelle vaut exclusion implicite en tant que disposition constitutionnelle susceptible de fonder une question prioritaire de constitutionnalité. Cela étant, il n'est pas certain que l'arrêt autorise une conclusion aussi définitive. La question invoquait en effet plusieurs droits et libertés en sus du principe d'égalité et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Etaient notamment sollicités « *la garantie des droits requise par son article 16* » ainsi que l'« *atteinte au droit à la protection sociale proclamé par l'article alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ». Or, l'on ne retrouve aucune référence à ces droits et libertés dans le cadre de l'examen du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité sans que l'on puisse conclure de ce silence qu'ils ne constituent pas des normes constitutionnelles pertinentes pour fonder une question prioritaire de constitutionnalité.

¹⁸⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-21.634 :

¹⁸⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 3 mars 2011, n° 10-23.207

¹⁸⁶ Cf. *supra*.

¹⁸⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n° 10-16.184, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité vise l'atteinte aux « *droits et libertés garantis par la Constitution, en ce qu'elles instituent une sanction automatique, qui ne répond pas aux exigences de proportionnalité et d'individualisation des peines, aux exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du principe de stabilité des contrats et de la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et surtout de la garantie des droits proclamée par son article 16, et de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». La question prioritaire de constitutionnalité peut par ailleurs être fondée sur des droits et libertés consacrés dans des textes différents. V. notamment, Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045, dans lequel étaient visés le principe d'égalité devant la loi garanti par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 et les 1^{er} et 11 alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n° 11-40.045, dans lequel était invoqué la violation du principe d'égalité devant la loi garanti par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 1^{er} et 72-3 de la Constitution du 4 octobre 1958 et les 1^{er} et 11e alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.060, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité était formulée de la façon suivante : « *Les dispositions des articles 98 de la loi de finances rectificative pour 1992 n° 92-1476, 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 en la seule partie citée de son alinéa 6° et de partie de l'article L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales (son alinéa 1er et le premier paragraphe de l'alinéa 2), portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement à la séparation des pouvoirs, au droit de propriété, à l'égalité devant la loi, à la résistance à l'oppression, aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable, au principe d'égalité des armes, tels que ces droits sont garantis par les articles 1er, 2, 3, 6, 15, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et en ce qu'elles doivent les personnes morales de droit public de la faculté d'émettre des titres exécutoires sans contrôle préalable d'un juge, pour le recouvrement de créances ordinaires ?* ».

Il n'en reste pas moins vrai que la Cour de cassation participe de manière parfois active à la délimitation des normes entrant dans le champ des « *droits et libertés garantis par la Constitution* ». Ainsi refuse-t-elle régulièrement de contrôler les questions prioritaires de constitutionnalité dans la mesure où elles se réfèrent à des droits et libertés garantis par d'autres textes que la Constitution. C'est notamment le cas lorsque sont invoqués des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁸ (alors même qu'elles auraient leur pendant dans la Constitution) ou encore la Convention universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁸⁹. Par ailleurs, exception faite des objectifs à valeur constitutionnelle, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation participe activement à la délimitation des normes constitutionnelles pouvant être invoquées au soutien d'une QPC. Ainsi déclare-t-elle que « *s'agissant du principe d'unité territoriale de la France, elle soutient que serait violé un principe qui ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité en ce qu'il ne met pas directement en cause des droits et libertés garantis par la Constitution* »¹⁹⁰. Or, cet élément lui permet de fonder en partie le caractère non sérieux de la question et partant, sa décision de non transmission au Conseil constitutionnel. De même, dans un arrêt du 2 décembre 2010 elle pose « *que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne ne relève pas des droits et libertés que la Constitution garantit et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité* »¹⁹¹. Elle conclut alors à la non transmission de la QPC et ce, après avoir déclaré les dispositions critiquées applicables au litige et non affectées par un précédent. Enfin la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser la mesure dans laquelle l'article 34 de la Constitution fixant le domaine de compétence du législateur pouvait être invoqué dans le cadre d'une QPC en affirmant que « *la méconnaissance de l'étendue de ses attributions par le législateur qui délègue sa compétence au pouvoir réglementaire ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »¹⁹². Cette précision est d'autant plus importante qu'elle est apportée à l'occasion de l'examen du caractère sérieux de la question. C'est dire que l'appréciation du sérieux de la QPC est ici l'occasion pour la Cour de cassation de délimiter le champ des normes constitutionnelles pertinentes en ces lieux.

b) Les dispositions critiquées

Les dispositions législatives critiquées au moyen d'une QPC sont assez diverses témoignant de l'étendue de la notion de « *disposition législative* ». Si l'essentiel des difficultés semble s'être concentré sur la définition négative, mettant ainsi en exergue les dispositions exclues du champ de la QPC, il ne fait aucun doute que le domaine attaché à cette notion reste particulièrement vaste. Ainsi la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle été saisie de dispositions variées, que celles-ci soient codifiées ou non. Tout au plus exige-t-elle que la question vise des dispositions

¹⁸⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 11-40.006, visant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention. La question est déclarée irrecevable en ce qu'elle vise des dispositions conventionnelles alors même que celles-ci consacrent des droits fondamentaux au sens retenu dans le cadre de la réforme constitutionnelle française. Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité vise l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à côté des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans cet arrêt, la Cour de cassation déclare la question irrecevable notamment en ce qu'elle vise « *la compatibilité des dispositions critiquées avec l'article 13 de la Convention précitée* ». Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 10-40.061, dans lequel la question prioritaire de constitutionnalité visait uniquement l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation déclare là encore la question irrecevable.

¹⁸⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n° 10-40.060, encore que dans cet arrêt la Cour ne tire aucune conséquence de la mention d'une disposition conventionnelle à côté des dispositions constitutionnelles.

¹⁹⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.064.

¹⁹¹ n° 09-68.755.

¹⁹² Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2011, n° 11-30.013.

législatives précisément, le degré de précision étant laissé à son appréciation¹⁹³. Les plaideurs ont ainsi demandé l'examen de la constitutionnalité de dispositions du Code de la sécurité sociale, existantes ou abrogées. Ont été visés les dispositions de l'article L. 144-3¹⁹⁴, L. 136-4 VI¹⁹⁵, L. 142-4 et L. 142-5¹⁹⁶, L. 243-5, alinéa 6¹⁹⁷, L. 213-1¹⁹⁸, L. 256-4¹⁹⁹, art. L. 243-5²⁰⁰, l'alinéa 3 de l'article L. 241-10 III²⁰¹, L. 351-13²⁰², L. 353-1 et L. 351-3-4²⁰³, L. 341-15 et L. 341-16 dans leur rédaction antérieure à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2010²⁰⁴, l'article L. 412-8, 2^o²⁰⁵, L. 412-8, 8^o et L. 413-12, 2^o²⁰⁶, L. 455-1-1²⁰⁷, L. 643-5²⁰⁸, les dispositions du 2^o de l'article L. 821-2²⁰⁹, l'abrogation de l'article L. 814-2 par l'article 76 de la loi n^o 2005-1979 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale²¹⁰. Le Code des assurances est aussi visé encore que le contentieux soit de moindre importance. Les questions prioritaires de constitutionnalité visant les dispositions des articles L. 114-2 du Code des assurances²¹¹, L.132-12 et L.132-13²¹², L. 132-5-1²¹³, 211-13²¹⁴. Ensuite, de façon plus résiduelle ont aussi été critiqués l'article L. 122-1, alinéa 3²¹⁵ du Code de la mutualité, les articles L. 722-1 à L. 722-5, L. 731-34, L. 732-18, L. 732-26 et L. 752-1²¹⁶ découlant des lois n^o 2001-1128 du 30 novembre 2001 et 2002-308 du 4 mars 2002 du Code rural et de la pêche maritime, l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil²¹⁷ ainsi que l'article 1384, alinéa 2, du Code civil²¹⁸. Enfin, à côté des dispositions entrant dans le champ de compétence de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, les plaideurs ont aussi critiqué des dispositions du Code de procédure pénale (les dispositions de l'article 706-11, alinéa 1^{er}²¹⁹ et celles de l'article 706-3²²⁰) ou du Code général des collectivités territoriales (les dispositions de l'article L. 1424-42, alinéas 6 et 7²²¹) encore que le contentieux soit particulièrement marginal.

¹⁹³ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n^o 11-40.028, dans lequel la Cour de cassation déclare irrecevable l'une des questions prioritaires de constitutionnalité notamment en ce qu'elle vise « de manière très générale et imprécise "certains textes du code de la sécurité sociale" ».

¹⁹⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n^o 11-14.490, la question visant expressément les dispositions « telles qu'interprétées de façon constante ».

¹⁹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 13 octobre 2011, n^o 11-40.065

¹⁹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 30 septembre 2010, n^o 10-40.029 ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 janvier 2011, n^o 10-19.819.

¹⁹⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n^o 10-40.060 : les membres des professions libérales exerçant à titre individuel sont exclus du bénéfice de la remise des majorations et pénalités de retard prévues par l'article L. 243-5, alinéa 6, du Code de la sécurité sociale.

¹⁹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n^o 10-26.847.

¹⁹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n^o 11-40.028. Dans cet arrêt, deux questions prioritaires de constitutionnalité sont posées. La seconde vise « la rédaction de certaines dispositions du code de la sécurité sociale et notamment l'article R. 243-21... ».

²⁰⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n^o 10-15.679

²⁰¹ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n^o 10-40.009. Dans cet arrêt la question prioritaire de constitutionnalité se décompose en cinq questions visant toutes l'alinéa 3 de l'article L. 241-10 III du Code de la sécurité sociale.

²⁰² Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n^o 10-40.074.

²⁰³ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n^o 11-40.045

²⁰⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, n^o 11-40.003.

²⁰⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2011, n^o 11-13.069

²⁰⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n^o 10-40.075

²⁰⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n^o 11-40.021

²⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n^o 11-40.034

²⁰⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, n^o 10-21.634, les dispositions du 2^o de l'article L. 821-2 du Code de la sécurité sociale fait de l'absence d'emploi pendant une certaine durée une condition de l'attribution de l'allocation aux jeunes handicapés.

²¹⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 13 octobre 2011, n^o 11-40.058.

²¹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n^o 10-15.319.

²¹² Cass. civ. 2^{ème}, 19 octobre 2011, n^o 11-40.063, visant les dispositions « telles qu'interprétées actuellement par la jurisprudence ».

²¹³ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n^o 10-16.184 « tant dans sa rédaction issue de la loi n^o 94-5 du 4 janvier 1994 que pour sa version actuellement codifiée à l'article L. 132-5-2 » ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011 n^o 10-16.184.

²¹⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 8 juin 2011, n^o 10-26675 : l'article 211-13 du Code des assurances sur l'offre d'indemnisation de l'assureur non faites dans les délais, montant offert ou allouée par le juge produit des intérêts légaux à la date d'expiration de l'offre ou au moment où le jugement devient définitif.

²¹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 2010, n^o 09-10241

²¹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 2 décembre 2010, n^o 09-68755

²¹⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n^o 10-25281 ; Cass. civ. 2^{ème}, 31 mars 2011, n^o 10-25281

²¹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 15 avril 2010, n^o 09-15034

²¹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 9 décembre 2010, n^o 10-17884

²²⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 29 juin 2011, n^o 11-40034

²²¹ Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n^o 10-15126 ;

Ensuite, loin de se limiter aux dispositions législatives codifiées, les plaideurs ont aussi critiqué des dispositions contenues dans des lois spéciales²²² telles que les dispositions des articles 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991²²³, 7 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991²²⁴ ou 40 de cette même loi modifiée par la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011²²⁵, 1^{er} et 5²²⁶ 53-6²²⁷ de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, 47 de la loi n° 2004-1370 du 20 décembre 2004 de financement de la sécurité sociale pour 2005²²⁸, les dispositions des articles 100 de la loi de finances n° 97-1269 du 30 décembre 1997 pour l'année 1998 et 25 de la loi de finances rectificative n° 98-1267 du 30 décembre 1998 pour l'année 1998²²⁹, l'article 3 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009²³⁰, l'article 53 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale, codifié à l'article L. 434-8 du Code de la sécurité sociale²³¹, la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985²³², l'article 27 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 modifiant des dispositions du Code de la sécurité sociale²³³, les dispositions de l'article 12 de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 codifiées à l'article L. 241-13 du Code de la sécurité sociale²³⁴. De façon générale, les demandeurs à la QPC critiquent tout autant un ou plusieurs articles que ceux-ci se situent dans le même corps de texte ou pas²³⁵. Si le législateur organique impose la nature de la disposition invoquée, il ne tient pas compte de sa date d'entrée en vigueur. C'est ici l'un des intérêts du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Il permet en effet de demander l'examen de la constitutionnalité de lois antérieures à 1958. Partant, la QPC peut tout à fait viser des dispositions relevant du droit révolutionnaire. C'est ainsi que l'examen de la constitutionnalité de l'article 19 de la loi du 25 pluviôse (en réalité : ventôse) an XI²³⁶ a pu être sollicité. De façon générale, si certaines dispositions ont fait l'objet de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité, il est difficile de déceler de véritables séries comme ont pu les connaître la Chambre criminelle et Chambre commerciale.

En revanche, l'examen de la constitutionnalité de dispositions réglementaires au moyen d'une QPC est formellement exclu. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises²³⁷. Dans plusieurs arrêts du 7 juillet 2011, après avoir rappelé sous forme de principe que « *selon l'article 61-1 de la Constitution, (que) le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité que lorsqu'il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* », elle déclare

²²² Les questions prioritaires doivent, pour être recevables, viser des dispositions législatives que celles-ci soient ou non codifiées.

²²³ Cass. civ. 2^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-25124

²²⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40050

²²⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 31 mars 2011, n° 11-40002 :

²²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40064

²²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-26847 ; Cass. civ. 2^{ème}, 1 juillet 2011, n° 11-30015 et n° 11-30016, Cass. civ. 2^{ème}, 19 octobre 2011, n° 11-16118

²²⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40038 et 11-40039 11-40040, visant aussi la circulaire réglementaire la complétant DSS/2C/2005/239 en date du 23 mai 2005 relative à la contribution des entreprises au FCAATA

²²⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 9 novembre 2011, n° 11-40.074.

²³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 15 décembre 2010, n° 10-40.048.

²³¹ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janvier 2011, n° 10-19.233.

²³² Cass. civ. 2^{ème}, 9 septembre 2010, n° 10-12.732, Cass. civ. 2^{ème}, 10 novembre 2010, n° 10-30.175 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 10-17.096 : les dispositions de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985.

²³³ Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-40.041

²³⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 11-40.037

²³⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 3 février 2011, n° 10-17.148 (l'article 16 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 ensemble l'article L. 211-13 du Code des assurances) ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 (les dispositions combinées des articles L. 411-1 et L. 141-1 du Code de la sécurité sociale) ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.060 (les dispositions des articles 98 de la loi de finances rectificative pour 1992 n° 92-1476, 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 en la seule partie citée de son alinéa 6° et de partie de l'article L. 1617-5 du Code général des collectivités territoriales (son alinéa 1er et le premier paragraphe de l'alinéa 2)) ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075 (dispositions des articles 20 du décret-loi du 17 juin 1938, L. 412-8, 8° et L. 413-12, 2° du Code de la sécurité sociale).

²³⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 11-40.006, arrêt dans lequel la question prioritaire associait à ces dispositions celles des articles 1^{er} de la loi du 15 juin 1976 et 3 aliéna 4 de la loi du 9 juillet 1991.

²³⁷ V. en sus des exemples cités ci après, Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 10-40.061 dans lequel elle déclare la question prioritaire de constitutionnalité irrecevable en ce qu'elle invoque « *la non-conformité de dispositions de nature réglementaire* » en l'occurrence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

la QPC irrecevable « *en ce qu'elle tend à contester la constitutionnalité d'une circulaire* »²³⁸. De même, dans un arrêt rendu le même jour, elle déclare irrecevable la seconde question notamment en ce qu'elle vise « *l'article R. 243-21 du Code de la sécurité sociale, texte de nature réglementaire* »²³⁹. La QPC portant sur l'article 20 du décret-loi du 17 juin 1938 dans sa rédaction issue du décret n° 56-162 du 28 janvier 1956 suit le même sort. Il s'agit là encore de dispositions de nature réglementaire²⁴⁰. Mais parfois la deuxième Chambre de la Cour de cassation prononce un non lieu à renvoi en débusquant les dispositions réglementaires derrière la lettre de la QPC²⁴¹, traçant ainsi une ligne de partage entre le sort des questions prioritaires de constitutionnalité visant directement des dispositions réglementaires et celles dans lesquelles les dispositions réglementaires ne se font jour qu'au moment de l'examen des dispositions législatives invoquées dans le cadre du contrôle du sérieux ou de la nouveauté de la QPC²⁴². Cette ligne de partage est d'autant plus marquée que l'examen débouche sur des sanctions différentes : l'irrecevabilité fait place à un non-lieu à renvoi. Ainsi, dans un arrêt en date du 16 mars 2011, elle refuse de renvoyer la question en affirmant que « *sous couvert de la critique de dispositions législatives, la question posée ne tend qu'à discuter la conformité aux principes de valeur constitutionnelle invoqués, des dispositions de l'article 31 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, qui sont des dispositions réglementaires ne pouvant, en tant que telles, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité* »²⁴³. De même, dans un arrêt en date du 3 mars 2011, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation²⁴⁴, a priori saisie d'une QPC sollicitant l'examen de dispositions législatives²⁴⁵, conclut pourtant à un non lieu à renvoi. Ayant posé que les articles visés n'étaient pas issus des lois énumérées dans la QPC, elle poursuit en précisant que « *sous le couvert de la critique de dispositions législatives, la question posée ne tend qu'à contester la conformité à la Constitution des articles 654 et 655 du Code de procédure civile, qui sont des dispositions réglementaires ne pouvant, en tant que telles, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité* ». Ce faisant la Cour de cassation participe à la délimitation du domaine de la QPC en complétant les dispositions de l'article 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution par référence à la lettre de l'article 61-1 de la Constitution.

²³⁸ n° 11-40.038, n° 11-40.039, n° 11-40.040. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation limite dans ce cas l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité à la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée.

²³⁹ n° 11-40.028.

²⁴⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mars 2011, n° 10-40.075.

²⁴¹ V. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.490

²⁴² V. not. Cass. civ. 2^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.490, arrêt dans lequel elle précise que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux (...) et que les critiques énoncées ne tendent en réalité qu'à discuter la conformité à la Constitution des dispositions de l'article R. 143-26 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction alors applicable, qui sont des dispositions réglementaires ne pouvant, en tant que telles, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité* ».

²⁴³ n° 10-25.124. Dans cet arrêt la question prioritaire de constitutionnalité visait à l'origine l'article 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991

²⁴⁴ n° 10-23.207

²⁴⁵ étaient en cause les « *dispositions visées par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile et dont sont issus les articles 654 et 655 du Code de procédure civile, à savoir : la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile ; la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile* ».

C) La troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Valérie DURAND²⁴⁶

Eléments statistiques. Le contentieux lié à la QPC est, devant la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, assez restreint en regard du nombre de questions prioritaires de constitutionnalité dont sont saisies la Chambre commerciale²⁴⁷ ou la chambre criminelle²⁴⁸. Elle n'a en effet été saisie qu'à 31 reprises²⁴⁹, qu'il s'agisse de questions prioritaires de constitutionnalité ayant déjà fait l'objet d'un premier filtrage devant les juges du fond ou pas. La majorité des questions prioritaires de constitutionnalité²⁵⁰ ne donne pas lieu à renvoi, seules dix d'entre elles étant transmises au Conseil constitutionnel²⁵¹.

Le domaine matériel effectif des questions prioritaires de constitutionnalité. Les dispositions attaquées relèvent, dans l'ensemble, du domaine de compétence matérielle de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation. Elles visent tout autant les textes relatifs à l'expropriation²⁵² que ceux relatifs au contrat de bail²⁵³, aux servitudes²⁵⁴, à la mitoyenneté²⁵⁵, à la propriété des personnes publiques²⁵⁶ ou privées²⁵⁷, aux modes d'acquisition de la propriété privée²⁵⁸, à la théorie de la préoccupation²⁵⁹ ainsi qu'à diverses dispositions spéciales²⁶⁰. Cette coïncidence entre la matière régie par la disposition attaquée et la compétence matérielle de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'explique notamment par les dispositions qui organisent la procédure de la QPC.

²⁴⁶ Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.

²⁴⁷ 117 questions prioritaires de constitutionnalité sur la période qui s'étend du 1^{er} mars au 31 décembre 2011.

²⁴⁸ 615 questions prioritaires de constitutionnalité sur la même période.

²⁴⁹ Il convient de laisser de côté l'arrêt rendu par la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 avril 2011 (n° 10-12.840). Les moyens au pourvoi invoquaient la nécessité de contrôler la constitutionnalité au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de l'article 661 du Code civil en tant qu'il prévoit une cession forcée de mitoyenneté. La Cour rend un arrêt de cassation au fond, la question prioritaire n'ayant pas été formulée dans les conditions requises.

²⁵⁰ Vingt et un arrêts tous motifs confondus (soit 19 arrêts de non-lieu à renvoi, un arrêt d'irrecevabilité et un arrêt de rejet).

²⁵¹ Portant le taux de transmission de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation aux alentours de 32,25%. Ce taux est supérieur au taux de transmission de la Cour de cassation, toutes chambres confondues.

²⁵² Le droit de l'expropriation revêt une particularité qui se révèle dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité. Cette matière relève tout autant de la compétence du juge administratif que du juge judiciaire encore que la compétence soit ici partagée et non concurrente (suivant en cela la ligne de démarcation entre phase administrative et phase judiciaire). De façon très générale, les textes relatifs à l'expropriation n'ont pas succombé devant la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, celle-ci ayant majoritairement refusé la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité les concernant. Sur les cinq questions prioritaires de constitutionnalité seule une a été transmise au Conseil constitutionnel (Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-40.038 encore que la transmission sur le fondement du caractère sérieux ne soit que partielle en ce qu'elle vise uniquement l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation en tant qu'il limite le droit à indemnisation au seul préjudice matériel à l'exclusion du préjudice moral). V. pour les arrêts ne donnant lieu à aucune transmission : Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 2011, n° 11-40.075 ; 24 juin 2011, n° 11-40.016 ; 26 mai 2011, n° 10-25.923 ; 28 septembre 2010, n° 10-40.030.

²⁵³ Toute nature confondue.

²⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2011, n° 11-12.374 (visant l'article 6 de la loi n° 2002-306 du 4 mars 2002 relatif à l'inscription obligatoire des servitudes foncières constituées avant le 1^{er} janvier 1900 à peine d'extinction dans un délai de cinq ans après promulgation de la loi) ; Cass. civ., 2 novembre 2011, n° 11-15.428 (visant les articles 676 et 677 du Code civil régissant les jours pratiqués sur un mur non 3^{ème} mitoyen mais joignant le fonds voisin).

²⁵⁵ Visant l'article 661 du Code civil : Cass. civ. 3^{ème}, 5 avril 2011, n° 10-12.840 ; Cass. 15 septembre 2010, n° 10-12.840.

²⁵⁶ Visant l'article L. 5112-3 du CG3P : Cass. 1^{ère} octobre 2011, n° 11-14.184 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828.

²⁵⁷ Visant l'article 544 du Code civil : Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 et n° 11-40.018.

²⁵⁸ Visant certaines dispositions relatives à la prescription acquisitive : Cass. 3^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-40.055 (les articles 2258 et 2272 du Code civil) ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.014 (visant les articles 2258 à 2272 du Code civil).

²⁵⁹ Visant l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation : Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-40.056.

²⁶⁰ Visant des cas de cession forcée ou de transfert de propriété au profit d'une personne publique : Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-14.363 (visant les articles 4 et 5 de l'Edit du 16 décembre 1607 réglant les fonctions et droits des officiers du grand voyer et les dispositions qui les ont modifiées devenues les articles L. 112-1 et 112-2 du Code de la voirie routière) ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 2011, n° 11-40.025 (visant l'article 72-1, 1^o de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967, loi d'orientation financière) ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.020 (visant l'article 6, I, 1^o de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris modifiant le 1^{er} tiret du a) de l'article L. 213-4 du Code de l'urbanisme définissant la date de référence à laquelle se réfère l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation) ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180 (visant les articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique).

L'article R. 461-1 du Code de l'organisation judiciaire²⁶¹ prévoit en effet que « *dès la réception d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par une juridiction, l'affaire est distribuée à la Chambre qui connaît des pouvoirs dans la matière considérée (...)* ». Par ailleurs, lorsque la QPC est directement invoquée lors d'un pourvoi en cassation, par hypothèse, l'exigence de lien entre la disposition attaquée avec le litige d'une part, et la compétence matérielle de la Chambre saisie d'autre part, favorisent l'uniformisation de la matière devant cette dernière.

Droits et libertés invoqués. A l'opposé, les droits et libertés invoqués sont, quant à eux, particulièrement variés. Fort naturellement, les questions prioritaires de constitutionnalité visent tout d'abord, l'atteinte portée à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789²⁶², régulièrement associé à d'autres dispositions²⁶³ dont l'article 2²⁶⁴ de ce même texte. Mais les normes constitutionnelles invoquées ne se limitent pas à la seule protection constitutionnelle du droit de propriété. Loin s'en faut. Au-delà, sont en effet appelés au soutien des questions prioritaires de constitutionnalité le principe constitutionnel de réparation²⁶⁵, le principe constitutionnel d'égalité²⁶⁶, le principe de proportionnalité et d'individualisation de la sanction²⁶⁷, le principe de l'équité du procès²⁶⁸, « *la liberté contractuelle et la libre concurrence garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »²⁶⁹, le droit à l'emploi résultant de l'alinéa 5 du Préambule de Constitution de 1946²⁷⁰, le principe de sécurité juridique²⁷¹, la liberté d'entreprendre²⁷², le principe de non rétroactivité de la loi²⁷³, le principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁷⁴, l'exigence d'un procès équitable²⁷⁵, les droits de la défense²⁷⁶, le droit au recours effectif²⁷⁷, le principe de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation²⁷⁸, le droit de mener une vie familiale normale²⁷⁹, l'objectif de valeur constitutionnelle du droit au logement²⁸⁰. Parfois, les droits et/ou libertés invoqués ne sont pas désignés nommément mais simplement identifiés par leur source textuelle. C'est ainsi que furent visés les articles 1^{er} à 4 de la Charte de l'environnement sans

²⁶¹ Modifié par le décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010, art. 1.

²⁶² Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.013 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2011, n° 11-40.016 qui précise que l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen « (...) pose deux critères de légalité pour permettre la dépossession de la propriété privée au profit de la propriété publique : le constat légal de la nécessité publique et le règlement préalable de l'indemnité ».

²⁶³ L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 aussi associé à l'article 16 de ce texte (Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, n° 10-40.043), à la liberté contractuelle et à la libre concurrence garanties par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyens du 26 août 1789 (Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-12.879), aux articles 2 et 16 du même texte (Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-11.4363) ou plus largement aux articles 1, 2, 4, 6, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828).

²⁶⁴ Notamment, Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.055 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 10-12.840 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.014 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2011, n° 10-40.038 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2011, n° 10-19.975.

²⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-40.030 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.020.

²⁶⁶ Sur ce point les formulations sont particulièrement variables. Parfois est simplement invoqué le principe constitutionnel d'égalité (Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-40.030 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828). Parfois la référence est plus précise. (Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, qui vise le principe d'égalité des citoyens devant la loi affirmé tant par l'article 6 de la Déclaration que par l'article 1^{er} de la Constitution ; qui ne vise que le principe d'égalité (rapp. Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.969 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051). Parfois encore c'est « *le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques* » qui est visé (Cass. civ. 3^{ème}, 5 octobre 2010, n° 10-14.091).

²⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180.

²⁶⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180.

²⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-11.072 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-13.879.

²⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-40.026.

²⁷¹ Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828 visé avec d'autres dispositions.

²⁷² Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.969 qui précise la source (l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen).

²⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051.

²⁷⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051.

²⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-11.4363.

²⁷⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-11.4363.

²⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-11.4363.

²⁷⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 et n° 11-40.018.

²⁷⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 et n° 11-40.018.

²⁸⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 et n° 11-40.018.

aucune mention de leur contenu²⁸¹. Dans l'immense majorité des cas, la QPC est fondée sur un ou plusieurs droit(s) et/ou liberté(s) précis. Cela étant, elle peut aussi être formulée dans des termes plus larges, ne visant alors que la seule contrariété à la Constitution²⁸².

L'inventaire des droits et libertés invoqués dans le cadre de la QPC témoigne tout d'abord de la variété des normes constitutionnelles invoquées. Mais il met aussi en exergue une spécificité découlant cette fois du positionnement de la troisième Chambre civile sur ce terrain. Celle-ci semble, pour l'essentiel, s'en remettre à la formulation de la norme constitutionnelle retenue dans la QPC²⁸³, reportant en quelque sorte la charge de la qualification de la norme constitutionnelle invoquée sur les plaideurs. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation ne reprend pas toujours, dans ses motifs, les droits et libertés en cause²⁸⁴. Par ailleurs, lorsque les plaideurs invoquent un objectif à valeur constitutionnelle²⁸⁵, la Cour de cassation ne l'exclut pas en tant que norme insusceptible de fonder l'examen de sa recevabilité. Elle la passe tout simplement sous silence lors du contrôle de la condition de sérieux, précisant alors simplement « *que la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués* ». Ce silence signifie sans doute par son silence le rejet de la question sur le terrain de l'objectif à valeur constitutionnelle. Au surplus, la source textuelle n'est pas toujours précisément identifiée²⁸⁶ ce qui ne semble pas peser sur le devenir de la QPC.

Forme générale de l'examen. La 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation examine, dans la majorité des cas, l'ensemble des conditions de recevabilité de la QPC. Ainsi contrôle-t-elle successivement les conditions d'applicabilité au litige, d'absence de précédent, de nouveauté et de sérieux, l'examen de chacune de ces conditions étant matérialisé par un paragraphe particulier²⁸⁷. Le caractère successif de cet examen a une conséquence particulière : le contrôle s'arrête lorsqu'une condition non alternative n'est pas remplie. Ainsi en est-il des conditions d'applicabilité au litige²⁸⁸ et d'absence de précédent²⁸⁹. Cela étant, la 3^{ème} Chambre civile limite parfois son contrôle à

²⁸¹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-40.056.

²⁸² Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.184 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 2011, n° 11-40.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2011, n° 11-12.374.

²⁸³ Sachant que certains arrêts citent tout simplement la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle est formulée dans le mémoire. V. par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 : « *la question transmise est ainsi rédigée (...)* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 2011, n° 11-40.025 encore que la citation puisse être tronquée : « *Attendu que la question transmise est ainsi rédigée : "L'article 72-1-1° de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958....?"* ».

²⁸⁴ Lorsqu'elle la reprend, ce qui n'est pas toujours le cas. V. not., Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.027 et n° 40.018 qui se borne à affirmer que la question prioritaire de constitutionnalité « *présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués* ».

²⁸⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.018 et n° 11-40.017.

²⁸⁶ La question prioritaire de constitutionnalité peut viser la norme constitutionnelle et/ou sa source textuelle.

²⁸⁷ Il s'agit de conditions classiquement contrôlées. Pour autant, il ne faut pas en conclure que l'examen de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité se limite à ces quatre éléments. Encore faut-il que la question prioritaire de constitutionnalité vise une atteinte portée par une disposition législative, excluant par là même les dispositions réglementaires. Or, si la troisième Chambre civile de la Cour de cassation reste en retrait sur le terrain du contrôle des normes constitutionnelles, elle n'hésite pas en revanche à rejeter une question prioritaire de constitutionnalité en présence d'une disposition réglementaire (Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2011, n° 11-40.016).

²⁸⁸ La 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation ayant déclaré l'article L. 441-13 du Code de la construction et de l'habitation inapplicable au litige, elle ne poursuit l'examen de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité que pour la seconde disposition invoquée, l'article 14 de la loi du 4 mars 1996, quant à elle, applicable au litige. Ce faisant elle procède au dépeçage de la question prioritaire de constitutionnalité (Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051).

²⁸⁹ V. notamment, Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-14.184, se prononçant sur une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 5112-3 du CG3P. La Cour de cassation refuse de transmettre la question en arguant de ce que cette disposition avait déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2010-96 QPC en date du 4 février 2011, aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'étant intervenu depuis. Cette condition renvoie directement à l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel que ces décisions se prononcent dans le cadre du contrôle *a priori* (V. Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-40.030) ou *a posteriori*. Chose plus étonnante, dans un arrêt en date du 29 juin 2011 (n° 11-19.975), la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation refuse cette fois la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité visant à contrôler la compatibilité des dispositions de l'article 1722 du Code civil avec les articles 2 et 17 de la

certaines conditions de recevabilité et ce, alors même que les conditions qui sont exclues du contrôle seraient remplies. A ce titre, la condition d'absence de précédent n'est pas nécessairement examinée. Pour autant, elle semble être considérée comme implicitement remplie, la 3^{ème} Chambre civile procédant au contrôle des conditions suivantes²⁹⁰. Il en est de même de la condition de nouveauté. Cette dernière exclusion intervient essentiellement dans les arrêts de renvoi fondés sur le caractère sérieux²⁹¹. Elle peut donc tout à fait s'expliquer par le caractère alternatif de ces deux conditions, caractère exigeant que l'une seulement soit remplie²⁹². En revanche les conditions d'applicabilité au litige et de sérieux ne subissent pas le même sort. La première est assez systématiquement contrôlée alors que la seconde l'est toujours (toutes conditions par ailleurs réunies)²⁹³.

A ne s'intéresser qu'aux conditions de nouveauté et de sérieux, leur caractère alternatif permet de renvoyer la QPC dès lors que l'une seulement est caractérisée²⁹⁴. Certains arrêts sortent cependant du lot en ce qu'ils procèdent à une sorte de « dépeçage » de la QPC au regard des normes constitutionnelles invoquées²⁹⁵. Dans l'arrêt du 17 juin 2011²⁹⁶, les dispositions de l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitat sont confrontées aux articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement. Or, à l'occasion de ce contrôle, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dissocie les normes constitutionnelles invoquées. Ainsi, la question est-elle jugée nouvelle sur le terrain de l'article 1^{er} de la Charte et sérieuse sur celui des articles 2 à 4 de ce même texte²⁹⁷. Cette approche des modalités de contrôle témoigne sans doute de la volonté d'exploiter toutes les possibilités qu'offre le filtrage pour la Cour de cassation.

Constitution. La Cour refuse de transmettre la question, le moyen étant jugé inopérant au motif qu'un arrêt en date du 4 janvier 2011 s'était déjà prononcé sur ce point en déclarant n'y avoir pas lieu à renvoi (Cass. civ. 3^{ème}, 4 janvier 2011, n° 10-19.975).

²⁹⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 décembre 2011, n° 11-19.043 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-11.072 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.962. Parfois la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation n'examine pas non plus la condition d'applicabilité au litige. V. en ce sens, Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.055 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.013 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, n° 10-40.043 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-13.879.

²⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 2011, n° 11-40.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2011, n° 11-12.374 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 10-12.840 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-14.363 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.018 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n° 10-16.828

²⁹² En sens inverse, les arrêts de non transmission imposent en théorie l'examen de ces deux conditions alternatives. Ces deux conditions alternatives étant strictement distinctes, ce n'est qu'en constatant que l'une et l'autre ne sont pas remplies que l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité peut être établie. Pour autant, il arrive que la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation, tout en refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, limite les éléments contrôlés. C'est notamment le cas dans un arrêt de la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 2011 (n° 11-40.075).

²⁹³ Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-25.923, dans lequel la 3^{ème} Chambre civile n'examine que la condition de sérieux.

²⁹⁴ Encore qu'il arrive que la troisième Chambre civile opère un contrôle complet pour dans un premier temps exclure la nouveauté de la question prioritaire de constitutionnalité et ensuite retenir son caractère sérieux. V. sur ce point, Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2010, n° 10-40.038.

²⁹⁵ La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a aussi procédé à ce « dépeçage » pour les dispositions examinées. V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051, arrêt dans lequel elle exclut l'article L. 441-13 du CCH en tant qu'il n'est pas applicable au litige et procède au seul contrôle de l'article 14 de la loi du 4 mars 1996 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 2011, n° 11-40.075 dans lequel les articles critiqués non mentionnés dans l'écrit distinct et motivé sont explicitement exclus de l'examen ; 21 octobre 2011 (n° 10-40.038) qui précise *ab initio* que l'examen sera limité au I de l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation. Enfin, dans un arrêt rendu le 21 octobre 2011 (n° 10-40.038), cette même Chambre retient le caractère non sérieux de la question en ce qu'elle porte sur le I de l'article 13-15 du Code de l'expropriation et le caractère sérieux en ce qu'elle porte sur l'article L. 13-13 du même Code.

²⁹⁶ n° 11-40.014.

²⁹⁷ La question n'étant pas nouvelle sur ce terrain. Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-40.056. Ce faisant, la troisième Chambre civile accepte de procéder à l'examen du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité en présence de normes constitutionnelles édictant un devoir et non uniquement un droit. Sur cette question V. ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, n° 251.

1) Le caractère sérieux de la QPC

Observations générales. La condition de sérieux est appréciée de façon systématique, sauf à ce que le contrôle bute sur l'examen de la condition d'applicabilité au litige ou d'absence de précédent, faisant de cette condition un point névralgique du filtrage. Dans l'ensemble, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation prend soin de développer les motifs sur lesquels est fondé le contrôle du caractère sérieux, se livrant alors à un pré contrôle de constitutionnalité²⁹⁸.

Formalisation de l'argumentaire. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation procède généralement de la façon suivante : elle se prononce tout d'abord sur le résultat du contrôle de la condition de sérieux. Ainsi commence-t-elle systématiquement par poser que « *la question ne présente pas de caractère sérieux* » ou, en sens contraire, « *présente un caractère sérieux* ». Ensuite, elle fonde ce résultat. Seul l'arrêt rendu le 15 décembre 2011²⁹⁹ échappe à cette règle. Dans cet arrêt, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation énonce tout d'abord les modalités du transfert de propriété ordonné par le juge de l'expropriation pour ensuite conclure que la question ne présente pas de caractère sérieux.

La ligne de démarcation entre arrêts de transmission et arrêts de non transmission. Tout au plus, l'intensité de la motivation semble-t-elle varier selon l'issue donnée à la question prioritaire. Les arrêts qui aboutissent à la non transmission de la QPC sont traditionnellement plus motivés que ceux qui sont transmis. Cela s'explique sans doute par l'enjeu de ce filtrage. Il s'agit ici de déterminer les questions qui devront faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité. Le contrôle de cette condition doit donc être particulièrement motivé lorsqu'il aboutit à un refus de transmission dans la mesure où il ferme, dans le même temps, l'examen de la constitutionnalité du texte par le Conseil.

a) Les arrêts de transmission

Eléments de caractérisation du sérieux de la QPC. Dans les arrêts de transmission, le contrôle de la condition de sérieux est l'occasion pour la troisième Chambre civile de réaliser un pré-contrôle de constitutionnalité en tant qu'il fonde simplement le renvoi devant le Conseil constitutionnel. Ce faisant, elle recourt aux instruments utilisés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Ainsi vise-t-elle la disproportion des mesures par rapport à l'objectif poursuivi³⁰⁰ ou encore la dénaturation du droit constitutionnellement garanti³⁰¹. A tout le moins avance-t-elle les éléments susceptibles de constituer une atteinte aux droits ou libertés invoqués et permettant de conclure au sérieux de la QPC. Ainsi l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation serait susceptible de porter atteinte à la norme constitutionnelle invoquée « *dans la mesure où l'indemnisation du préjudice résultant d'une expropriation est limitée à celle du préjudice matériel, à l'exclusion de tout préjudice moral, ce qui pourrait être considéré comme ne correspondant pas à la juste indemnité exigée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »³⁰². De même, les dispositions régissant la préoccupation sont-elles jugées susceptibles de méconnaître les droits et les devoirs énoncés par la Charte de l'environnement dans la mesure où « *le texte contesté [], (qui) exonère, sous certaines conditions, l'auteur des dommages de toute responsabilité au titre des*

²⁹⁸ L'examen du sérieux de la question prioritaire implique ce pré contrôle. V. en ce sens, ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, n° 256, qui l'analyse comme « *une exigence logique* »

²⁹⁹ n° 11-40.075.

³⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2011, n° 11-12.374 (en l'occurrence l'information des tiers).

³⁰¹ Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 10-12.840.

³⁰² Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2011, n° 10-40.038.

troubles anormaux de voisinage en raison de l'antériorité de son occupation »³⁰³. La QPC visant les dispositions des articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique est sérieuse en ce qu'elle concerne « l'application de plein droit, à la suite d'une condamnation pénale, d'une interdiction professionnelle » au regard du principe selon lequel la loi ne doit établir que des peines évidemment et strictement nécessaires³⁰⁴. Enfin, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation procède parfois par voie d'affirmation. Elle retient alors simplement que la question posée « présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués »³⁰⁵.

La caractérisation d'une atteinte fortement probable. Si dans l'ensemble, elle identifie les éléments permettant de caractériser l'atteinte à la norme constitutionnelle invoquée, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation n'en reste pas moins prudente, se conformant au sens attaché au caractère sérieux³⁰⁶ en tant qu'il suggère une forte possibilité d'atteinte au droit ou à la liberté invoquée. Selon ses termes, la question est sérieuse dans la mesure où la disposition attaquée « pourrait apparaître »³⁰⁷, « pourrait être considérée »³⁰⁸, « serait susceptible »³⁰⁹ de porter atteinte au droit ou à la liberté invoqué(e). Il s'agit ici de respecter les limites de son contrôle en tant qu'il s'inscrit dans un processus de filtrage tout en ménageant autant que possible la compétence du Conseil constitutionnel³¹⁰.

Caractère sérieux de la question prioritaire et droit vivant. Au-delà des modalités de son contrôle, la condition de sérieux a aussi été l'occasion pour la troisième Chambre civile de la Cour de cassation de recevoir la théorie du droit vivant. Ce point revêt une importance singulière face à l'opposition originaire de la Cour de cassation d'admettre le contrôle de la conformité de l'interprétation jurisprudentielle d'un texte à la Constitution³¹¹ et ce, indépendamment des solutions retenues tant par le Conseil d'Etat³¹² que le Conseil constitutionnel³¹³. A la suite de l'Assemblée plénière³¹⁴, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation franchit le pas dans deux arrêts en date du 30 juin 2011³¹⁵. Dans ces deux affaires, la QPC vise les dispositions de l'article 544 du Code civil, « telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation »³¹⁶. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation procédant à l'examen des conditions de recevabilité³¹⁷, conclut sans réserve au renvoi de la QPC.

³⁰³ Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-40.056.

³⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180.

³⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-14.363 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.018.

³⁰⁶ Contrairement à la condition de nouveauté, la condition de sérieux n'a pas été définie.

³⁰⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2011, n° 11-12.374.

³⁰⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 10-12.840 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2011, n° 10-40.038.

³⁰⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, n° 10-40.056.

³¹⁰ V. BON P., « Premières questions, premières précisions », *RFDA* 2010, p. 679 et s.

³¹¹ V. notamment, Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 09-70.161 ; 19 mai 2010, n° 09-83.328. V. notamment, MOLFESSIS N., « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP éd. G* 2010. 1039 ; DEUMIER P., « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010. 508.

³¹² CE, 25 juin 2010, n° 32/6363, *Mortagne*.

³¹³ Cons. Const., 6 octobre 2010, 2010-39 QPC. Dans cette décision le Conseil énonce notamment 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 sa disposition ». V. aussi, Cons. const. 14 octobre 2010, 2010-52 QPC.

³¹⁴ Ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90.025. V. en ce sens, MAZIAU N., « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation (à propos des arrêts d'assemblée plénière rendus, le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *D.* 2011, 1775.

³¹⁵ n° 11-40.017 et n° 11-40.018. Dès lors, le refus, dans un arrêt du 12 octobre 2011, de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 2258 et 2272 « et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite » ne constitue pas nécessairement une remise en cause de cette évolution.

³¹⁶ Dans ces deux arrêts, la question est identique : « Les dispositions de l'article 544 du Code civil, telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation, portent-elles atteintes aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou dégradation, au droit de mener une vie familiale normale et à l'objectif à valeur constitutionnelle qui constitue le droit au logement »

³¹⁷ La condition de nouveauté n'est pas examinée.

b) Les arrêts de non transmission

Les arrêts de non transmission se distinguent des arrêts de transmission en ce qu'ils sont formulés de façon affirmative³¹⁸. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation procède aussi à un précontrôle de constitutionnalité dans lequel elle utilise les outils et méthodes de contrôle du Conseil constitutionnel comme le contrôle de la proportionnalité en regard de l'objectif d'intérêt général assigné aux dispositions critiquées³¹⁹, l'absence de discrimination³²⁰, l'objectif d'intérêt général de la règle³²¹, l'équilibre réalisé par la disposition entre divers intérêts³²², la possibilité d'une atteinte ou d'une dénaturation du droit³²³, le sens du principe invoqué³²⁴. En tout état de cause, il s'agit ici pour les juges de relever les éléments justifiant l'exclusion d'une atteinte à la norme constitutionnelle invoquée.

2) Le caractère nouveau de la QPC

Occurrences de la condition de nouveauté. Cette condition, qui fait toute la spécificité du filtrage réalisé par les cours suprêmes, n'apparaît pas dans tous les arrêts³²⁵, infirmant ainsi les craintes qu'elle avait pu faire naître à lors de l'intronisation de la QPC. Pour preuve, sur les 10 arrêts de renvoi, un seul retient la condition de nouveauté et ce, dans un contexte particulier la Cour ayant procédé à un dépeçage de la QPC. Le 27 janvier 2011³²⁶, cette Chambre retient en effet que la QPC portant sur l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation est nouvelle au regard de l'article 1er de la Charte de l'environnement en ce qu'elle porte sur l'application d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application.

³¹⁸ V. par exemple, les dispositions attaquées « tendent à assurer des relations de bon voisinage par l'édition de règles de construction proportionnée à cet objectif d'intérêt général » (Cass. civ. 3^{ème}, 2 novembre 2011, n° 11-15.428) ; la norme « n'opère à l'évidence aucune discrimination » (Cass. civ. 3^{ème}, 5 octobre 2010, n° 10-14.091) ; l'article « ne prive pas de son droit de propriété (...) » (Cass. civ. 3^{ème}, 13 décembre 2011, n° 11-19.043) ; la disposition « répond à un motif d'intérêt général de politique agricole et (que) sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes » (Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004) ; la disposition invoquée « s'applique sans discrimination » (Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.969) ; « qu'il en résulte que le texte litigieux n'entre pas dans les prévisions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.013) ; « que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable (...) » (Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.014) ; la disposition invoquée « ne porte atteinte ni à la liberté d'entreprendre, ni à la liberté contractuelle (...) d'autre part, (...) il ne résulte de l'application de la règle ni atteinte ni dénaturation du droit de propriété » (Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-11.072) ; la disposition « répond à un motif d'intérêt général de politique agricole selon des modalités qui ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie d'aide à l'installation de jeunes agriculteurs » (Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-40.026).

³¹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 2 novembre 2011, n° 11-15.428.

³²⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 5 octobre 2010, n° 10-14.091 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, n° 10-40.043 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.969 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-40.026.

³²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 2011, n° 11-40.055 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.014 (ici, le motif d'intérêt général de sécurité juridique) ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 décembre 2011, n° 11-19.043 (visant l'objectif d'intérêt général de sécurité juridique et de pérennité du fonds de commerce) ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 (estimant que la disposition « répond à un intérêt général de politique agricole »).

³²² Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2011, n° 10-40.038.

³²³ Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-11.072, arrêt dans lequel la troisième Chambre civile de la Cour de cassation explique en quoi la disposition invoquée ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2010, n° 10-40.030.

³²⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, n° 10-40.043 : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes de sorte que ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi le fait qu'à des baux soumis à des régimes juridiques différents pour des raisons objectives (...) ne soient pas appliquées des règles identiques ».

³²⁵ Notamment, Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 2011, n° 11-40.075 qui ne contrôle pas le critère de la nouveauté alors qu'il s'agit d'un arrêt de non lieu à renvoi ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 10-12.840 (renvoi au Conseil constitutionnel) ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 2011, n° 10-24.180 (renvoi devant le Conseil constitutionnel) ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-13.879 (Renvoi) Cass. civ. 3^{ème}, 225 novembre 2010, n° 10-40.0043 (non lieu à renvoi) ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.017 (Renvoi) ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2011, n° 11-40.018 (Renvoi).

³²⁶ n° 10-40.056.

Modalité de caractérisation. La 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation adopte une formule standard adaptée selon que la condition est ou non remplie. L'absence de nouveauté est matérialisée par la formulation suivante « *la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* »³²⁷. En revanche la troisième Chambre civile de la Cour de cassation ne fournit aucun élément d'explication au soutien de cette assertion. Notamment elle ne fait pas référence à la jurisprudence du conseil constitutionnel en cas de rejet de la nouveauté de la QPC.

L'argumentaire. Par ailleurs, l'examen de la condition de nouveauté se démarque aussi de celui de la condition de sérieux sur le plan de l'argumentaire. La démarche suivie par la Cour de cassation est l'inverse de celle adoptée en matière de contrôle du caractère sérieux de la QPC. Ici la Cour de cassation commence par restituer les éléments de caractérisation de la nouveauté de la QPC pour en tirer les conséquences.

D) La Chambre commerciale de la Cour de cassation

« Le contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux dans la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation »

Gaël CHANTEPIE³²⁸

Au sein des cinq chambres civiles, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a connu le plus grand nombre de QPC (87). En dépit de l'importance du contentieux traité, aucune question n'a été soulevée à l'occasion d'un litige transmis par les juges du fond, ce qui exclut toute appréciation sur le filtrage opéré par la Cour de cassation. On ne sait si cette absence pourrait s'expliquer par la nature du contentieux qui est attribué à la Chambre commerciale ou au fait que les juridictions consulaires aient pu se montrer plus frileuses à l'égard d'une procédure mettant en œuvre des concepts théoriques qu'elles sont peu habituées à manier.

Quoi qu'il en soit, l'importance des arrêts rendus par la Chambre commerciale mérite d'être relativisée, en tenant compte de la spécificité du contentieux initial. En effet, un nombre significatif des QPC traitées n'a pas même donné lieu au contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux, la question étant jugée irrecevable. Aux cas d'irrecevabilité procédurale, qui ne méritent pas d'être développés dans le cadre de cette étude, s'opposent quelques hypothèses qui pourraient présenter un lien avec l'examen de la condition de sérieux.

Irrecevabilités d'ordre procédural. Il convient de distinguer deux séries d'hypothèses sur un plan chronologique.

Dans un premier temps, douze arrêts ont jugé la QPC irrecevable au motif que le mémoire qui la présentait n'avait pas été déposé dans le délai d'instruction du pourvoi. Il s'agit d'arrêts rendus immédiatement après l'entrée en vigueur de la procédure. La motivation se résume alors en quatre

³²⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 2 novembre 2011, n° 11-15.428 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 2011, n° 11-40.004 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 octobre 2010, n° 10-14.091 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janvier 2011, n° 10-40.051 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 décembre 2011, n° 11-19.043 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-11.072 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2011, n° 11-40.026 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-23.969 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 2011, n° 11-40.013 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 2011, n° 10-40.038 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 novembre 2010, n° 10-40.043 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 2011, n° 11-13.879.

³²⁸ Professeur, CRDP, Université de Lille 2, Université de Lille 2.

points : le visa de l'article 7 du décret n° 2010-148 du 16 février 2010³²⁹ ; l'attendu de principe selon lequel « *Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le mémoire qui la présente doit être déposé dans le délai d'instruction de ce pourvoi* » ; le constat que l'instruction étant close au 1^{er} mars 2010, il convenait de se prononcer sur la nécessité de la réouverture de l'instruction ; la formule lapidaire selon laquelle « *la Cour n'estime pas nécessaire d'ordonner la réouverture de l'instruction pour qu'il soit procédé à l'examen de cette question* »³³⁰.

La mise en place du dispositif de contrôle de la QPC suffit à expliquer ces décisions. Il faut cependant relever que les deux premiers arrêts rendus à l'occasion d'une QPC font état de l'avis du directeur général des finances publiques : « *le directeur général des finances publiques a fait connaître à la Cour qu'il lui paraissait inutile de rouvrir l'instruction et inopportun de poser cette question* »³³¹. À supposer même que cette mention traduise le respect du principe du contradictoire, l'avis de l'administration fiscale étant alors requis en tant que partie au litige, la mention du caractère « *inopportun* » de la question dans la reproduction de l'avis paraît surprenante.

Dans un second temps, de nombreux arrêts ont eu à traiter d'une question sur laquelle le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé. Le plus souvent, les décisions en question sont intervenues dans le cadre d'un contentieux récurrent en matière fiscale visant soit l'article 164, IV° de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, soit l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales. Ces deux textes avaient déjà fait l'objet d'un contentieux important traité par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation³³².

Dans le premier cas, l'irrecevabilité est motivée par le fait que « *les dispositions des 1° et 3° du paragraphe IV de l'article 164 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2010-19/27 QPC rendue le 30 juillet 2010 par le Conseil constitutionnel ; qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen* »³³³.

Une formule comparable se retrouve dans le second cas, « *la disposition contestée, applicable au litige, a été déclarée conforme à Constitution dans les motifs et le dispositif des décisions n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 et n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 du Conseil constitutionnel ; que ce dernier a estimé (décision n° 2010-19/27-QPC du 30 juillet 2010, considérant n° 10) qu'en l'absence de changement des circonstances, il n'y avait pas lieu, pour lui, d'examiner les griefs formés contre les dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution dans les décisions susvisées* »³³⁴.

Les nombreuses décisions ayant écarté la QPC pour cause d'irrecevabilité ne présentent pour la plupart qu'un intérêt marginal. L'irrecevabilité est ici la conséquence du non-respect de la procédure par les parties, lors de la période immédiatement consécutive à son entrée en vigueur, ou de l'absence de toute contestation possible après que le Conseil constitutionnel a déjà reconnu la

³²⁹ « *Le présent décret entre en vigueur le 1^{er} mars 2010. Dans les instances en cours, une question prioritaire de constitutionnalité doit, pour être recevable, être présentée sous la forme d'un mémoire distinct et motivé produit postérieurement à cette date. Le cas échéant, la juridiction ordonne la réouverture de l'instruction pour les seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, si elle l'estime nécessaire* ».

³³⁰ Cass. com., 4 mai 2010, pourvois n°s 09-67.047 et 09-70.723 ; 15 juin 2010, pourvois n°s 09-66.689 et 09-66.706, n° 09-66.680, n° 09-66.688, n° 09-66.678, 09-66.679, 09-66.684, 09-66.707, 09-14.968.

³³¹ Cass. com., 4 mai 2010, pourvois n°s 09-67.047 et 09-70.723.

³³² V. l'étude consacrée à l'Assemblée plénière, *infra*.

³³³ Cass. com., 8 sept. 2010, pourvois n°s 10-11.860 et 10-11.861 ; Cass. com., 17 sept. 2010, pourvois n°s 10-14.186, 10-14.277 et 10-40.024.

³³⁴ Cass. com., 8 sept. 2010, pourvois n°s 10-13.833, 10-13.834, 10-13.835, 10-13.836.

conformité du texte contesté. La Chambre commerciale ne procède manifestement ici qu'à un contrôle restreint du respect de la procédure de la QPC, sans examiner la nouveauté et le sérieux de la question, même incidemment.

Il faut cependant extraire une décision remarquée par laquelle la Chambre commerciale a rejeté une QPC au motif que « *l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* »³³⁵. Cette solution, dont la portée théorique et pratique est considérable, notamment en ce qu'elle restreint l'intérêt du recours à l'arbitrage, n'affecte cependant pas l'appréciation du caractère sérieux de la QPC.

Irrecevabilités susceptibles d'entrer en concurrence avec l'appréciation du sérieux de la question. La procédure de la QPC ne concerne, aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, que la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit. Par conséquent, aucune action visant à contester la constitutionnalité d'un texte de nature réglementaire ou la conventionnalité d'un texte légal ne saurait être jugée recevable.

Précisément, la Chambre commerciale a eu l'occasion de rejeter une QPC qui visait une disposition légale, mais ne tendait, « *sous le couvert de la critique de cette disposition législative, qu'à contester la conformité à la Constitution des dispositions réglementaires contenues à l'article R. 464-18 du code de commerce* »³³⁶. En l'espèce, était contestée la conformité de l'article L. 464-8 du Code de commerce aux droits et libertés garantis par la Constitution. Ce texte précise diverses attributions procédurales de l'Autorité de la concurrence, notamment la possibilité pour son président de former un pourvoi en cassation. Outre ce pouvoir spécifique³³⁷, l'article L. 464-8 était également visé en ce qu'il a « *pour effet juridique et pratique de permettre à l'Autorité de la concurrence de participer à l'instance devant la Cour d'appel de Paris saisie du recours contre ses décisions* »³³⁸. Or le détail des règles relatives à la procédure d'appel est prévu à l'article R. 464-18 du même code, disposition de nature réglementaire. La solution retenue par la Chambre commerciale semble donc relever de l'évidence.

Néanmoins, il peut être remarqué que si le texte législatif ne contient aucune disposition relative à la procédure d'appel devant la cour d'appel de Paris, il fixe les conditions de pourvoi en cassation de l'Autorité de la concurrence contre les arrêts rendus par cette juridiction³³⁹. Or il n'est pas exclu que les pouvoirs attribués à l'Autorité de la concurrence lors de l'instance devant la Cour d'appel de Paris aient pu présenter un lien avec le recours contre la décision rendue par cette dernière. Le constat de l'irrecevabilité supposait un examen attentif des dispositions, lequel traduit un contrôle effectif, sinon procédural au sens retenu dans le cadre de cette étude, du caractère sérieux de la QPC.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse spécifique, la décision d'irrecevabilité d'une QPC en ce qu'elle ne tendrait qu'à contester une disposition de nature réglementaire pourrait permettre de contourner un contrôle du caractère nouveau et sérieux ou, du moins, se substituer un tel contrôle. Cette même idée se retrouve d'ailleurs dans le phénomène du dépeçage de la question posée.

³³⁵ Cass. com., 28 juin 2011, pourvoi n° 11-40.030.

³³⁶ Cass. com., 30 nov. 2010, pourvoi n° 10-17.044. V. également, Cass. com., 13 mai 2011, pourvoi n° 10-25.772.

³³⁷ La QPC ayant également été jugée irrecevable sur ce point, le texte n'étant pas applicable au litige.

³³⁸ Cass. com., 30 nov. 2010, pourvoi n° 10-17.044.

³³⁹ Cass. com., art. L. 464-8, al. 4 : « *Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité* ».

Dépeçage de la question. La Chambre commerciale recourt parfois au dépeçage de la QPC portant sur un texte, notamment en distinguant selon l'applicabilité au litige d'une partie du texte. Ainsi, le non-lieu à renvoi peut être fondé à la fois sur le caractère non applicable d'une partie du texte et sur un motif distinct concernant le reste du texte critiqué³⁴⁰. Le raisonnement repose sur le principe suivant lequel seul un texte directement applicable au litige peut être examiné. La question posée est cependant plus vaste, qui relève de l'unité d'un texte de loi ou d'une disposition codifiée. Si un paragraphe ou un alinéa sont applicables au litige, faut-il transmettre cette seule disposition à l'exclusion du texte dans son ensemble ? À nouveau l'applicabilité du texte ou d'une partie de texte au litige relève d'un examen qui dépasse le simple contrôle de respect de conditions formelles ou purement procédurales. La nature du contrôle d'irrecevabilité ne préjuge donc en rien de la qualité du contrôle exercé avant tout examen des conditions de sérieux et de nouveauté.

1) L'examen du caractère sérieux de la QPC

Ainsi que le relevait fort justement un auteur, « *il semble difficile, si ce n'est impossible, de savoir jusqu'à quel niveau de doute les juges doivent aller (léger mais pas trop mais tout de même assez?) ou jusqu'à quel approfondissement de l'examen les juges doivent se livrer (sans examen approfondi mais après discussion?)* »³⁴¹. L'étude systématique des décisions de renvoi et de non-renvoi fournit une double grille de lecture du contentieux.

Sur un plan purement quantitatif, les statistiques de transmission par la Chambre commerciale révèlent un taux de transmission inférieur aux autres chambres. Sur 87 décisions étudiées, la Chambre commerciale a procédé à 13 renvois entre septembre 2010 et décembre 2011 (14,9 %). Néanmoins, ainsi qu'il vient d'être exposé, le nombre très important de cas d'irrecevabilités dans un contentieux récurrent au cours des premiers mois fausse en partie la lecture du résultat. À titre de comparaison, au cours de la seule année 2011, qui inclut encore quelques cas d'irrecevabilité résultant du contentieux récurrent déjà abordé, la Chambre commerciale a rendu 40 arrêts, transmettant la QPC à huit reprises, soit un taux de 20 % de transmission.

Une étude qualitative de la motivation utilisée permet de mieux apprécier la mise en œuvre des pratiques. À cet égard, il convient de mentionner brièvement les principes invoqués par les requérants. En matière commerciale, on constate une forte récurrence des droits et libertés dont la violation est alléguée : procédure judiciaire (droits de la défense, procès équitable et droit à un recours effectif), activité économique (droit de propriété, liberté d'entreprendre), égalité (devant la loi, devant les impôts), légalité des peines. Il n'est qu'exceptionnellement fait usage d'une disposition plus originale (droit à exercer un emploi tiré du préambule de l'article 5 de la Constitution de 1946³⁴²).

a) Les décisions de renvoi

Sur le plan formel, les arrêts de renvoi sont presque tous construits de sorte que la solution retenue précède l'exposé des raisons qui la fondent. La formule généralement retenue est la suivante : « *la question posée présente un caractère sérieux au regard...* », avec parfois le rappel du texte dont la légalité est contestée³⁴³. Néanmoins, dans une hypothèse remarquable, la motivation précède la solution retenue³⁴⁴, inversion qui se conjugue à la densité inhabituelle du raisonnement.

³⁴⁰ Cass. com., 8 sept. 2010, pourvois n^{os} 10-11.860 et 10-11.861 : « *le 2^o du paragraphe IV de ce texte n'est pas applicable au litige ; (...) les dispositions des 1^o et 3^o du paragraphe IV de l'article 164 de la loi n 2008-776 du 4 août 2008 ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n 2010-19/27 QPC rendue le 30 juillet 2010 par le Conseil constitutionnel (...)* » ; Cass. com., 17 sept. 2010, pourvois n^{os} 10-14.186, 10-14.277 et 10-40.024.

³⁴¹ P. DEUMIER, *RTD civ.* 2010, p. 506.

³⁴² Cass. com., 19 oct. 2010, pourvoi n^o 10-40.035 : « *la question posée relative à l'extension du champ d'application de la procédure de redressement judiciaire aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués* ».

³⁴³ V. par ex., Cass. com., 28 juin 2011, pourvoi n^o 11-40.019 : « *la question posée relativement aux 2^o et 3^o de l'article 990 E du*

Lorsqu'elle transmet une QPC, la Chambre commerciale en apprécie le caractère sérieux « *au regard* » d'une ou plusieurs règles constitutionnelles. À l'exception de la première décision de renvoi, isolée, qui ouvrait le contrôle par la formule « *notamment* »³⁴⁵, les règles dont la violation serait caractérisée sont en principe énumérées de manière limitative. Il faut toutefois relever qu'un arrêt de renvoi se contente de mentionner, sans plus de précisions, le « *caractère sérieux au regard des droits et libertés que la Constitution garantit* »³⁴⁶.

La Cour de cassation vise assez peu les textes constitutionnels (Constitution, DDHC). Sur 13 décisions de renvoi, 5 seulement y font référence, dont 2 au soutien du droit de propriété. Ce sont donc essentiellement des droits et principes à valeur constitutionnelle (sans d'ailleurs que cette valeur soit véritablement explicitée), qui justifient le renvoi : droit de propriété (3 fois), droit à un recours effectif, principe d'égalité devant les charges publiques, principe de protection de la liberté individuelle, principe de respect des droits de la défense, principe de séparation des pouvoirs, principe de légalité des délits et des peines (dont découlent clarté et précision).

Le principe du contrôle du caractère sérieux de la question par la Cour de cassation implique que la motivation des décisions demeure limitée, sauf à se transformer en une forme de pré-contrôle de constitutionnalité. Effectivement, la motivation des décisions de renvoi est le plus souvent limitée à la formule de renvoi, précédée d'une référence aux règles constitutionnelles susceptibles d'être violées par le texte. Néanmoins, dans deux hypothèses originales, la motivation présente les caractères d'un véritable pré-contrôle. Non seulement les textes sont visés, mais la Cour de cassation procède à un examen détaillé du texte renvoyé. Plus précisément, c'est la finalité du texte qui est alors appréciée (« *en ce que l'article L. 632-6 du code rural et de la pêche maritime permet au Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, organisation professionnelle agricole, de recouvrer* »³⁴⁷), le cas échéant en appréciant sa justification par des considérations d'intérêt général au terme d'un contrôle de proportionnalité³⁴⁸.

Les différences relevées dans la motivation exercent-elles une influence au stade du contrôle par le Conseil constitutionnel ? Sur les 13 décisions de renvoi, quatre ont été suivies d'une décision de contrariété (et une de conformité sous réserve). L'importance de la motivation de la décision de renvoi ne semble pas spécialement prise en compte par le Conseil constitutionnel. Certes, dans l'une des affaires précitées, le Conseil constitutionnel reprend le raisonnement développé par la Cour de cassation, en utilisant le contrôle de l'intérêt général et le caractère disproportionné de la mesure au but recherché³⁴⁹. Dans l'autre affaire, en revanche, le texte est jugé conforme³⁵⁰. On peut d'ailleurs noter que le Conseil constitutionnel ne répond pas complètement au motif de l'arrêt de la Chambre commerciale. La Cour de cassation avait considéré que la question était sérieuse, en ce que « *l'article L. 632-6 du code rural et de la pêche maritime permet au Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, organisation professionnelle agricole, de recouvrer, sur tous les membres des*

code général des impôts, dans leur rédaction en vigueur du 1er janvier 1998 au 31 décembre 2006, présente un caractère sérieux au regard... ».

³⁴⁴ Cass. com., 2 nov. 2011, pourvoi n° 10-25.570.

³⁴⁵ Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.033 : « *la question posée présente un caractère sérieux au regard notamment des exigences qui s'attachent aux principes constitutionnels de liberté d'entreprendre, de liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence* ».

³⁴⁶ Cass. com., 14 déc. 2010, pourvoi n° 10-18.601.

³⁴⁷ Cass. com., 16 déc. 2011, pourvoi n° 11-40.082.

³⁴⁸ Cass. com., 2 nov. 2011, pourvoi n° 10-25.570 : « *si le but de l'article L. 624-6 du code de commerce est d'intérêt général comme tendant à l'apurement du passif, le moyen utilisé, consistant, non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné au texte, en privant le conjoint du débiteur de tout droit réel sur le bien litigieux ; que la question posée présente donc un caractère sérieux au regard du principe de protection du droit de propriété* ».

³⁴⁹ Cons. const., 20 janvier 2012, 2011-212 QPC

³⁵⁰ Cons. const., 17 février 2012, 2011-221 QPC

professions le constituant, des cotisations obligatoires qui sont l'objet d'accords conclus par lui et étendus par l'autorité administrative suivant les modalités auxquelles renvoie ce texte ». Or, le Conseil constitutionnel se contente, pour rejeter la qualification d'imposition de toute nature, de rappeler que « ces cotisations sont perçues par des organismes de droit privé ; qu'elles tendent au financement d'activités menées, en faveur de leurs membres et dans le cadre défini par le législateur, par les organisations interprofessionnelles constituées par produit ou groupe de produits ; que ces cotisations sont acquittées par les membres de ces organisations », sans discuter l'argument tiré de leur caractère obligatoire.

En résumé, la Cour de cassation se contente généralement d'une motivation limitée dans ses décisions de renvoi, précisant simplement la règle à valeur constitutionnelle qui pourrait être atteinte. Le faible nombre de décisions mentionnant expressément un texte à valeur constitutionnelle peut s'expliquer par les requêtes qui visent essentiellement des droits et principes de manière imprécise. L'étude des décisions de non-lieu à renvoi le montre plus nettement.

b) Les décisions de non-lieu à renvoi

Sur les 74 décisions de non-lieu à renvoi, 33 utilisent le critère de l'absence de sérieux³⁵¹. Sur le plan formel, la motivation commence presque toujours par l'exposé de la solution : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que... ». Cette organisation renverse la double dimension de démonstration du jugement en faisant précéder « l'énoncé explicatif » par « l'énoncé persuasif »³⁵². À s'en tenir aux premières décisions rendues, on pourrait en déduire que la Chambre commerciale adopte un raisonnement péremptoire, dépourvu ou presque de motivation. Néanmoins, alors que la présentation formelle du raisonnement n'a pas varié, le degré de motivation des décisions de non-lieu à renvoi a connu une évolution significative au cours du temps.

Certes, il importe de nuancer la portée de l'évolution décrite, qui ne présente pas un caractère absolu. Néanmoins, dans les premières décisions, il était courant de trouver de pures affirmations³⁵³, sans que le caractère non-sérieux de la question soit explicité dans l'arrêt. La Chambre commerciale se contentait alors d'une formule standardisée ainsi construite : « la question posée (...) ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

Dans un deuxième temps, la motivation s'est affinée par une analyse de la finalité de la disposition litigieuse³⁵⁴. La Chambre commerciale opérait alors un contrôle de l'objectif poursuivi par le texte, en explicitant sa portée. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu retenir que « les dispositions de l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce, qui se bornent à conférer compétence au juge-commissaire pour désigner un technicien en vue d'une mission ne méconnaissent pas, par elles-mêmes, les droits de la défense, le principe de la contradiction ou celui de l'égalité des armes ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués »³⁵⁵. Néanmoins, les décisions ne procédaient pas à une confrontation du texte dont l'illégalité est alléguée aux principes à valeur constitutionnelle.

³⁵¹ V. les hypothèses d'irrecevabilité relevées *supra*.

³⁵² Sur cette double démonstration, v. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, n° 96.

³⁵³ V. par ex., Cass. com., 14 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.022 : « la question posée, relative à l'exception du paiement par compensation des créances connexes, ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

³⁵⁴ V. par ex., Cass. com., 1^{er} févr. 2011, pourvoi n° 10-40.057 : « les dispositions de l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce, qui se bornent à conférer compétence au juge-commissaire pour désigner un technicien en vue d'une mission ne méconnaissent pas, par elles-mêmes, les droits de la défense, le principe de la contradiction ou celui de l'égalité des armes ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

³⁵⁵ V. par ex., Cass. com., 1^{er} févr. 2011, pourvoi n° 10-40.057.

Ce n'est qu'ultérieurement que la Chambre commerciale a explicité le contrôle du caractère sérieux des textes contestés. La plupart des décisions récentes développent encore l'argumentation en analysant le texte soumis au regard des règles et principes constitutionnels dont la violation est alléguée³⁵⁶.

Cette argumentation, aussi développée soit-elle, ne masque que difficilement la subjectivité du contrôle opéré par la Cour de cassation. Suivant la circulaire de présentation de la QPC, « *La notion de "caractère sérieux" est fréquemment définie comme "de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé"* »³⁵⁷. Cette définition renvoie à des constats déjà menés au sujet de la théorie de l'acte clair en droit administratif ou en droit communautaire. La condition de sérieux de la question permet ainsi à la Cour de cassation d'exercer un contrôle d'opportunité selon des critères parfois difficiles à justifier. Un exemple permet de mieux saisir le problème. Plusieurs questions ont visé le caractère insuffisamment clair et précis de dispositions légales. Or, si « *les griefs de défaut de clarté ou d'accessibilité de la loi ne peuvent être formulés à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* »³⁵⁸, ils sont parfois utilisés pour apprécier le respect du principe de légalité des délits et des peines. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a renvoyé la QPC relative à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce³⁵⁹.

Pourtant, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a rejeté des QPC invoquant les mêmes principes à l'égard de textes qui ne semblaient pas plus clairs³⁶⁰. En quoi les notions de « *réitération de pratiques prohibées* » ou la « *rupture brutale de relations commerciales établies* » seraient-elles plus claires et précises que celle de « *déséquilibre significatif* » ? Sans doute existe-t-il quelques différences entre les espèces évoquées³⁶¹. On peut cependant envisager que l'utilisation de la condition de sérieux permette à la Cour de cassation d'exercer un contrôle en opportunité sur le texte litigieux.

³⁵⁶ V. ainsi, Cass. com., 12 juill. 2011, pourvoi n° 11-40.029 : « *il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public, au besoin en poursuivant la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés ; que, les parties poursuivies étant, à l'occasion de l'instance engagée devant la juridiction compétente, mises en mesure de discuter les éléments invoqués et de répliquer par écrit et oralement aux conclusions de cette autorité publique, les dispositions susvisées ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes ; que la question posée ne présente donc pas un caractère sérieux* ».

³⁵⁷ Circulaire de présentation de la question prioritaire de constitutionnalité, N° NOR : JUSC1006154C, p. 23.

³⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, pourvoi n° 12-40.007.

³⁵⁹ Cass. com., 15 oct. 2010, pourvoi n° 10-40.039 : « *la question posée présente un caractère sérieux au regard de la conformité du libellé de l'interdiction énoncée par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, aux exigences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines* ».

³⁶⁰ V. Cass. com., 17 sept. 2010, pourvoi n° 10-13.686 : « *la question posée ne présente pas de caractère sérieux en ce que les termes « réitération de pratiques prohibées » sont suffisamment précis au regard de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi qui s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition* » ; Cass. com., 15 févr. 2011, pourvoi n° 10-21.551 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les termes de l'article L. 442-6 I 2°, a) du code de commerce, selon lesquels "Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : (...) d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...)", définissent de manière claire, précise et sans ambiguïté le comportement qu'ils visent, que ces termes ont, en outre, déjà fait l'objet d'une jurisprudence des juges du fond cohérente et nombreuse et qu'enfin ils incluent un élément moral de l'infraction* » ; Cass. com., 5 avr. 2011, pourvoi n° 10-25.323 : « *l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce énonce des conditions d'incrimination dénuées d'ambiguïté, claires et précises, lesquelles bénéficient d'une application jurisprudentielle élaborée sous l'empire de l'article 36, alinéa 5, de l'ordonnance du 1er décembre 1986, dont la disposition attaquée n'est que la transposition, que l'application des critères qu'elle fixe dépend des situations particulières de chaque cas d'espèce et n'est nullement livrée à l'arbitraire des juges du fond dont les décisions sont soumises au contrôle des cours d'appel et à un contrôle de l'application de la disposition dans tous ses éléments constitutifs par la Cour de cassation ; qu'enfin, si l'article 4 de la Déclaration de 1789 énonce le principe de la liberté du citoyen d'exercer ses droits naturels entre les seules bornes déterminées par la loi, l'article L. 442-6, I, 5°, ne fait que fixer une borne à la liberté de rompre une relation contractuelle, constituée par le préjudice causé à autrui par l'abus de cette liberté ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués* ».

³⁶¹ Notamment la décision QPC du 13 janv. 2011 déclarant conforme l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com., qui fait référence à l'action de la jurisprudence (Cons. const., 13 janvier 2011, 2010-85 QPC)..

2) L'examen du caractère nouveau de la QPC

L'examen de la condition de nouveauté se distingue nettement de celui relatif à la condition de sérieux.

Sur le fond, d'une part, la condition de nouveauté n'a jamais été retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Cette absence s'inscrit cependant dans le très faible nombre de QPC transmises par la Cour de cassation en raison de la nouveauté de la question posée. En outre, il peut être avancé que la majorité des textes contestés devant la Chambre commerciale ont été adoptés récemment, ce qui limite les hypothèses de nouveauté.

Quant à la motivation, d'autre part, la condition de nouveauté a presque toujours été examinée dans les décisions de non-lieu à renvoi. Cependant, l'exposé des raisons qui fondent le rejet demeure lapidaire. La motivation se résume à la formule stéréotypée suivante, commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation : « *la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* »³⁶². À aucun moment, donc, la Chambre commerciale ne discute les arguments soulevés en tenant compte, par exemple, de la jurisprudence constitutionnelle. Contrairement à la démarche mise en œuvre pour la condition de sérieux, la Chambre commerciale procède d'abord à l'exposé des motifs avant de conclure à l'absence de nouveauté. On peine cependant à y déceler la démonstration d'une démarche volontaire permettant de distinguer le contrôle des deux conditions dans l'exposé de l'argumentation.

Il a pu arriver, de manière exceptionnelle, que la Chambre commerciale n'examine pas la nouveauté dans une décision de non-lieu à renvoi. Dans trois décisions rendues le même jour et relatives aux mêmes questions, la question a été jugée irrecevable sur un point et non sérieuse sur l'autre. Dans ces espèces, trois dispositions distinctes étaient contestées. Toutefois, deux de ces dispositions avaient déjà été jugées conformes par le Conseil constitutionnel, rendant les QPC irrecevables. En revanche, le grief formulé à l'encontre de la troisième disposition a été jugé non sérieux, sans qu'ait été examinée la condition de nouveauté³⁶³. On peine néanmoins à y déceler autre chose qu'une maladresse de rédaction.

Dans les décisions de renvoi au Conseil constitutionnel, la nouveauté n'est quasiment jamais examinée. La Cour de cassation applique ainsi le caractère alternatif des deux conditions³⁶⁴, tel qu'imposé par le Conseil constitutionnel³⁶⁵. Il faut toutefois relever que la Chambre commerciale a déjà procédé au contrôle successif des deux conditions, excluant la nouveauté avant d'admettre le caractère sérieux de la QPC³⁶⁶. Les principes invoqués au soutien de la QPC (droit de propriété, principe d'égalité) ne permettent pourtant pas d'expliquer cette différence de motivation.

³⁶² Cass. com., 14 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.020 ; Cass. com., 14 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.022 ; Cass. com., 17 sept. 2010, pourvoi n° 10-13.686 ; Cass. com., 15 oct. 2010, pourvois n°s 10-14.866 et n° 10-14.881 ; Cass. com., 19 oct. 2010, pourvoi n° 10-40.035 ; Cass. com., 30 nov. 2010, pourvoi n° 10-17.044

³⁶³ Cass. com., 13 sept. 2011, pourvois n°s 11-40.047, 11-40.049 et 11-40.059.

³⁶⁴ V. ainsi, par ex., Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.033 ; Cass. com., 15 oct. 2010, pourvoi n° 10-40.039.

³⁶⁵ Cons. const., 3 déc. 2009, 2009-565 DC, cons. 21.

³⁶⁶ Cass. com., 2 nov. 2011, pourvoi n° 10-25.570 ; *JCP E* 2012, 1000, n° 1, obs. P. PETEL ; *RTD com.* 2012, p. 198, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. Soc.* 2011, p. 730, obs. P. ROUSSEL GALLE.

E) La Chambre sociale de la Cour de cassation

Catherine MINET-LETALLE³⁶⁷

Depuis que la compétence en matière de QPC appartient aux formations ordinaires de la Cour de cassation, la Chambre sociale a rendu **quarante-quatre arrêts** jusqu'au 31 décembre 2011³⁶⁸. Les premiers arrêts de la Chambre sociale en matière de QPC datent de septembre 2010³⁶⁹.

La QPC vise à faire contrôler la conformité de la loi aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* »³⁷⁰. La Chambre sociale de la Cour de cassation examine les conditions fixées par la loi organique n°2009-1523. Tout d'abord, la disposition législative contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites. Ensuite, elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances³⁷¹. Enfin la Cour de cassation doit s'assurer que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux³⁷².

La QPC a fait l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel dans **douze arrêts** alors qu'elle n'est pas renvoyée dans **vingt sept arrêts**.

Seuls cinq arrêts rendus par la Chambre sociale ne concernent pas l'examen de ces conditions. Dans trois arrêts le pourvoi est jugé irrecevable³⁷³. Dans un autre, la Cour de cassation a déjà statué, la QPC ayant été enregistrée sous deux numéros à la suite d'une erreur matérielle³⁷⁴. Dans un dernier, la Cour de cassation opère une rectification matérielle³⁷⁵.

Appréciation des conditions :

Dans les trente-neuf arrêts restants, la Chambre sociale de la Cour de cassation devrait vérifier le respect des conditions précitées. Pourtant toutes ces conditions n'apparaissent pas toujours expressément. Les situations sont très diverses sans périodes caractérisées.

- Appréciation des conditions dans les arrêts où la QPC n'a pas fait l'objet un renvoi par la Chambre sociale de la Cour de cassation

Sur les vingt-sept arrêts où la QPC n'a pas fait l'objet un renvoi, la Chambre sociale de la Cour de cassation se prononce sur l'ensemble des conditions dans **16 arrêts**.

³⁶⁷ Maître de Conférences en droit privé – HDR, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale.

³⁶⁸ La loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art 61-1 de la Constitution avait mis en place deux formations spéciales alternatives pour examiner les QPC. Ce dispositif a été abrogé par la loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'art 65 de la Constitution.

³⁶⁹ Voir notamment : Cass. soc., 20 sept. 2010, pourvoi n°10-19.113 QPC, *Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole c/ Mutualité sociale agricole de Maine-et-Loire*, Non Publié au Bulletin : JurisData n°2011-020313 ; Cass. soc., 20 sept. 2010, pourvoi n° 10-40.023 QPC, *Haquette c/Société nationale des chemins de fer (SNCF)*, Non publié au Bulletin : JurisData : 2010-016642.

³⁷⁰ Art. 61-1 de la Constitution.

³⁷¹ Art. 23-2 et 23-5 de la loi organique n°2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution

³⁷² Art. 23-2, 3° et 23-4 de la loi organique n°2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'art 61-1 de la Constitution. Sur le caractère nouveau : Cons. const., 3 déc. 2009, 2009-595 DC, *AJDA* 2010, 80, étude A. ROBLOT-TROIZIER.

³⁷³ Cass. soc., 8 décembre 2010, pourvoi n°10-60.269 QPC, *M Ouaknine, Syndicat CGT et UGICT-CGT de Calyon c/ Chambre syndicale FO des salariés de Crédit de la région parisienne et alii.*, Non publié au bulletin ; Cass. soc., 15 décembre 2010, pourvoi n°08-44.569 QPC, *Commune de Voh c/Chevalier*, Non publié au bulletin : JurisData n°2011-000976 ; Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n°10-60.279 et 10-60.280 QPC, *le syndicat Veolia transport c/ M Joachim-Arnaud et alii.*, Non publié au bulletin.

³⁷⁴ Cass. soc., 30 novembre 2010, pourvoi n°10-40.046 QPC, *M Allo, Mme Lepine c/Société Total Raffinage Marketing*, Non publié au bulletin.

³⁷⁵ Cass. soc., 28 septembre 2010, pourvoi n°10-14.749 QPC, *M Lebarillier; le syndicat force ouvrière des personnels civils de la défense nationale confédération générale du travail force ouvrière c/Société DCNS; le syndicat CFDT des établissements et arsenaux de l'état de Basse-Normandie ; le syndicat CGT DCNS Cherbourg; le syndicat UNSA DCNS Cherbourg*, Non publié au bulletin.

Dans sept arrêts, la condition d'applicabilité au litige et le fait que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel n'apparaissent pas, alors que le caractère nouveau et sérieux de la question est expressément rejeté³⁷⁶. Dans deux arrêts, la Chambre sociale ne se prononce pas sur l'une de ces deux premières conditions toujours en rejetant ensuite le caractère nouveau et sérieux de la question³⁷⁷.

Dans un arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation juge que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel tout en précisant qu'« aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des dispositions législatives critiquées, en justifierait le réexamen »³⁷⁸. Elle ne se prononce ensuite pas sur les autres conditions. Dans un autre, elle rejette une partie de la question sur le même fondement³⁷⁹. Elle ne reconnaît donc jamais le changement de circonstances. Enfin, dans un arrêt où la QPC ne fait pas l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel, la Chambre sociale rejette l'applicabilité d'une partie des dispositions³⁸⁰. Pour l'autre partie des dispositions dont implicitement elle reconnaît qu'elles sont applicables au litige, elle ne se prononce pas sur le fait que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, ni sur le caractère nouveau de la question. Elle rejette pourtant ensuite le caractère sérieux de la question.

- **Appréciation des conditions dans les arrêts où la QPC a fait l'objet d'un renvoi par la Chambre sociale de la Cour de cassation**

Pour les arrêts ayant fait l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel par la Chambre sociale, la situation est plus simple. Dans trois arrêts, elle se prononce sur l'ensemble des conditions³⁸¹. Dans les neuf arrêts restants, elle se prononce sur les deux premières conditions, l'applicabilité au litige et le fait que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et

³⁷⁶ Cass. soc., 20 septembre 2010, pourvoi n°10-40.023 QPC, *Haquette c/Société nationale des chemins de fer (SNCF)*, non publié au Bulletin : JurisData n°2010-016642 ; Cass. soc., 11 octobre 2010, pourvoi n°10-40.031 QPC, *M Allo; Mme Lepine c/Société Total raffinage marketing venant au droits de Total France*, Non publié au Bulletin ; Cass. soc., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-40.053 QPC, *Sté imprimerie Vincent c/ Cotillon*, Publié au bulletin : JurisData n°2011-020999, RJS 1/12, n°25 ; Cass. soc., 20 oct. 2011, pourvoi n°11-60.203 QPC, *Syndicat Union des syndicats pour un droit social pleinement appliqué aux salariés c/ société Brunier; syndicat Union départementale CFDT; syndicat Union départementale CFE-CGC; syndicat Union départementale CFTC; syndicat Union départementale CGT; syndicat Union départementale FO*, Publié au bulletin : Jurisdata n°2011-022289 ; Cass. soc., 16 novembre 2011, pourvoi n°11-40.071 QPC, *Sté Meggle France c/ Brechoire*, Publié au bulletin : Jurisdata n°2011-025122 ; Cass. soc., 30 novembre 2011, pourvoi n°11-40.072 QPC, *Syndicat pour la revendication des droits des salariés de la grande distribution c/SA Sodica carrières*, Publié au bulletin : Jurisdata n°2011-026626 ; Cass. soc., 14 décembre 2011, pourvoi n°11-40.073 QPC, *Société Entreprise Langer c/M. Rousseau*, Publié au bulletin.

³⁷⁷ Arrêt où la Chambre sociale ne se prononce pas sur l'applicabilité du litige : Cass. soc., 12 janvier 2011, pourvoi n°10-40.055 QPC, *Société Le Grand Cercle 95 c/Association des salariés du Grand Cercle 95*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2011-000300. Arrêt où la Chambre sociale ne se prononce pas sur le fait que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel : Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n°10-20.415 QPC, *Société BNP Paribas c/ Mme Niel; Procureur général près la cour d'appel de Paris ; HALDE*, Non publié au bulletin. Dans ce dernier arrêt elle se prononce sur le sérieux sans le préciser expressément.

³⁷⁸ Cass. soc., 17 mai 2011, pourvoi n°10-26.402 QPC, *M Hostiou C/ Mutuelle la CCMO*, Non publié au bulletin.

³⁷⁹ Cass. soc., 12 janvier 2011, pourvoi n°10-40.055 QPC, *Société Le Grand Cercle 95 c/ Association des salariés du Grand Cercle 95*, Non publié au bulletin : JurisData n°2011-000300. Arrêt où par ailleurs elle ne se prononce pas sur l'applicabilité au litige. Pour l'autre partie des dispositions, elle se prononce sur la nouveauté et le sérieux de la question pour décider de ne pas renvoyer.

³⁸⁰ Cass. soc., 26 octobre 2010, pourvoi n°10-40.040 QPC, *M. Tricoche c/société Herbalife international France*, Publié au bulletin.

³⁸¹ Cass. soc., 26 octobre 2010, pourvoi n°10-40.036 QPC, Publié au bulletin, *Société Chaud Colatine c/Fédération La Boulangerie du Morbihan* ; Cass. soc., 24 mai 2011, pourvoi n°11-40.007 QPC, *Jeanne c/Société Logidis Comptoirs modernes*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2011-009993 ; Cass. soc., 12 octobre 2011, pourvoi n°11-40.061 QPC, *Fotutata c/Directeur du Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie*, Publié au bulletin : Jurisdata n° 2011-021584.

le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, mais ensuite elle ne se prononce pas sur la nouveauté de la question alors qu'ensuite elle reconnaît le sérieux de la question³⁸².

Appréciation du caractère nouveau et sérieux de la question :

Concernant le caractère nouveau, il s'est posé dans vingt-huit arrêts mais il n'est jamais reconnu par la Chambre sociale. Le caractère sérieux a été posé dans trente-huit arrêts et est reconnu dans douze arrêts. La QPC a donc fait l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel dans douze arrêts. Neuf arrêts reconnaissent le caractère sérieux et trois arrêts reconnaissent le caractère sérieux tout en rejetant le caractère nouveau. Dans vingt-sept arrêts, la QPC ne donne au contraire pas lieu à un renvoi au Conseil constitutionnel par la Chambre sociale. Dans un arrêt parce que le caractère sérieux n'est pas reconnu³⁸³ et dans vingt-cinq autres parce que ni le caractère nouveau ni le caractère sérieux ne sont reconnus. Dans un arrêt, la QPC ne fait pas l'objet d'un renvoi parce que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du conseil constitutionnel, tout en précisant qu'« *aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des dispositions législatives critiquées, en justifierait le réexamen* »³⁸⁴.

Suite des décisions de renvoi de la Chambre sociale devant le Conseil constitutionnel :

Sur les douze QPC transmises par la Chambre sociale, le Conseil constitutionnel a reconnu l'inconstitutionnalité des dispositions dans seulement **deux décisions**³⁸⁵. Dans les dix autres, il décide que les dispositions qui ont fait l'objet d'une QPC sont conformes à la Constitution. Dans une de ces dix décisions, il a décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer partiellement sur la QPC renvoyée par la Cour de cassation parce qu'il avait déjà déclaré conforme à la Constitution la disposition en cause³⁸⁶.

1) Le rejet du caractère nouveau

Sur l'interprétation du caractère nouveau de la QPC, la Chambre sociale de la Cour de cassation se montre d'une « *fidélité totale* »³⁸⁷ à la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 portant sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution³⁸⁸. Cette décision du Conseil constitutionnel impose en effet de ne considérer comme nouvelles que les QPC qui invoquent une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore fait application³⁸⁹. La Chambre sociale se montre laconique.

³⁸² Cass. soc., 20 septembre 2010, pourvoi n°10-18.699 QPC, *Saudrais c/Société Brit air*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2010-016644 ; Cass. soc., 20 septembre 2010, pourvoi n°10-19.113 QPC, *Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole c/ Mutualité sociale agricole de Maine-et-Loire*, Non Publié au Bulletin : JurisData n°2011-020313 ; Cass. soc., 20 septembre 2010, pourvoi n°10-40.025 QPC, *Peltier c/Association Apave Sudeurope*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2010-016643 ; Cass. soc., 14 décembre 2010, pourvoi n°10-40.050 QPC, *Nicloux c/Clinique La Cerisaie*, Non publié au bulletin : Jurisdata : 2010-024118 ; Cass. soc., 5 janvier 2011, pourvoi n°10-40.049 QPC, *Selamet Ay Baran c/Khokhar*, Non publié au bulletin : Jurisdata : 2011-000082 ; Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n°10-40.058 QPC, *Rivière c/Association Sauvegarde de l'enfance 44*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2011-001145 ; Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n°10-40.062 QPC, *M Laboubi ; Union locale des syndicats CGT quartiers nord c/Association de médiation sociale*, Non publié au bulletin ; Cass. soc., 16 mars 2011, n°10-40.076 QPC, *Syndicat Sud AFP c/ Agence France presse*, Non publié au bulletin : Jurisdata n°2011-003948 ; Cass. soc., 18 novembre 2011, pourvoi n°11-40.066 QPC, *Simon c/SA Dell*, Publié au bulletin : Juridata n°2011-025127.

³⁸³ Cass. soc., 26 oct. 2010, pourvoi n°10-40.040 QPC, Publié au Bulletin, *M. Tricoche c/société Herbalife international France*.

³⁸⁴ Cass. soc., 17 mai 2011, pourvoi n°10-26.402 QPC, *M Hostiou C/ Mutuelle la CCMO*, Non publié au bulletin.

³⁸⁵ Cons. const., 6 mai 2011, n°2011-128 QPC ; Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-205 QPC.

³⁸⁶ Cons. const. 12 nov. 2010, n°2010-63/64/65 QPC

³⁸⁷ J-F AKANDJI-KOMBE, QPC : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ?, *Rev. dr. Trav.* 2010, p. 622

³⁸⁸ Cons. const., 3 déc. 2009, n°2009-595 DC ; *AJDA* 2010, 80, étude A. ROBLOT-TROIZIER.

³⁸⁹ Le Conseil constitutionnel est en effet venu préciser que : « *le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu d'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* ».

Sur les vingt-huit arrêts où la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le caractère nouveau de la question, elle utilise des **formules équivalentes dans vingt-quatre arrêts**. Soit elle précise que « *ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, la question n'est pas nouvelle* » ou que « *la question, qui ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* » ou encore que « *la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* ». Dans quatre arrêts, ces formules ne sont pas utilisées. La Chambre sociale n'explique en effet pas pourquoi elle rejette le caractère nouveau et se contente de juger « *Attendu que telle qu'elle est énoncée, la question, qui n'est pas nouvelle ...* » ou « *Attendu que les questions ne sont pas nouvelles* » ou encore « *attendu que la question n'est pas nouvelle* » sans autre précision³⁹⁰.

2) Le caractère sérieux

Le caractère de sérieux de la QPC est plus subjectif que celui de nouveauté. Les arrêts de la Chambre sociale montrent d'ailleurs qu'elle opère souvent un **contrôle approfondi** de ce caractère. Les décisions de refus de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel sont souvent plus explicites que les décisions transmettant les questions au Conseil constitutionnel qui sont plus concis. Par exemple la Chambre sociale décide de l'absence de sérieux d'une question tout en prenant soin de conditionner la conformité des dispositions en cause aux garanties prévues par la loi quant à la mise en place et aux modalités du dispositif³⁹¹. Mais il arrive aussi que Cour de cassation n'apporte pas de justification à sa décision de non lieu à renvoi. Dans un arrêt du 18 janvier 2011, la Chambre sociale rejette ainsi le caractère sérieux en précisant juste que les dispositions contestées « *ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle* »³⁹².

S'agissant **des moyens pris en compte pour établir le sérieux**, deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont précisé que « *si la question posée peut être "reformulée" par le juge à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il n'appartient pas au juge de la modifier ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la QPC telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise* »³⁹³.

La Cour de cassation porte une appréciation sur le point de savoir si la disposition attaquée est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution³⁹⁴. La Chambre

³⁹⁰ Cass. soc., 20 septembre 2010, pourquoi n°10-40.023 QPC, *Haquette c/Société nationale des chemins de fer (SNCF)*, Non publié au bulletin : JurisData n°2010-016642 ; Cass. soc., 15 février 2011, pourvois n°10-40.063, 10-40.064 et 10-40.065, QPC, *Société CMD c/M Leclair*, Non publié au bulletin ; Cass. soc., 31 mai 2011, pourvoi n°11-13.256 QPC, *Association Flavien c/Trecourt*, Non publié au bulletin : JurisData n°2011-025143 ; Cass. soc., 11 juillet 2011 QPC, pourvoi n°11-40.031, *Lambda c/SA Union des regroupements d'achats publics*, Publié au bulletin : JurisData n°2011-014403.

³⁹¹ En matière d'astreinte : Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n°11-40.022 QPC, *Denis c/ Sté AFD*, Inédit : JurisData n°2011-012435, RJS 11/11, n°879.

³⁹² Cass. soc., 18 janv. 2011, pourvoi n°10-40.054 QPC, *M Blanchard et a. c/ Syndicat FORCE OUVRIERE TRANSPORTS*, Non publié au Bulletin. Voir aussi Cass. soc., 5 oct. 2011, pourvoi n°11-40.053 QPC, *Sté imprimerie Vincent c/ Cotillon*, Publié au bulletin : JurisData n°2011-020999, RJS 1/12, n°25 et 14 déc. 2011, pourvoi n°11-40.073 QPC, *Société Entreprise Langer c/M. Rousseau*, Publié au bulletin.

³⁹³ Cass. soc., 14 déc. 2010, pourvoi n°10-40.050 QPC, *Nicloux c/Clinique La Cerisaie*, Non publié au bulletin : Jurisdata : 2010-024118 et Cass. soc., 5 oct. 2011, pourvoi n°11-40.052 QPC, *Sarac c/SA Manoir industrie*, Publié au Bulletin : Jurisdata n°2011-020998.

³⁹⁴ Pour un exemple d'absence de caractère sérieux parce que le principe invoqué ne figure pas au rang des principes reconnus par le Conseil constitutionnel : Cass. soc., 5 oct. 2011, pourvoi n°11-40.053 QPC, *Sté imprimerie Vincent c/ Cotillon*, Publié au Bulletin : JurisData n°2011-020999, RJS 1/12, n°25.

sociale de la Cour de cassation procède ainsi à « une appréciation de constitutionnalité »³⁹⁵. Elle devrait se contenter de contrôler la recevabilité de la QPC alors que l'examen de la QPC est confié au Conseil constitutionnel. C'est en effet le Conseil constitutionnel qui décidera ou non d'abroger la disposition visée par la QPC si elle porte effectivement une atteinte prohibée aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». D'ailleurs, ce n'est pas parce que la Chambre sociale a renvoyé la QPC que la disposition contestée va ensuite être déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Les deux juridictions **ne statuent pas sur la même chose**. Les doutes sérieux conduisent au renvoi de la QPC. La Chambre sociale ne transmet donc pas que les QPC manifestement inconstitutionnelles. C'est ce qui explique que les doutes sérieux qui conduisent au renvoi de QPC sont parfois rejetés par le Conseil constitutionnel. Il y a en effet dix QPC transmises par la Chambre sociale auxquelles le Conseil constitutionnel n'a pas donné suite. Sur les douze QPC transmises par la Chambre sociale, le Conseil constitutionnel a en effet reconnu l'inconstitutionnalité des dispositions dans seulement deux décisions³⁹⁶.

La position est d'ailleurs la même si la question émane du Conseil d'Etat. Le Conseil constitutionnel était par exemple saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité posées par le Conseil d'Etat³⁹⁷ et par la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁹⁸. Ces questions concernaient la conformité à la Constitution d'une série de dispositions législatives intéressant la journée de solidarité instituée par la loi 2004-626 du 30 juin 2004 pour le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées et handicapées. Il s'agissait essentiellement pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions qui ne font peser que sur les salariés et assimilés la charge de financer des actions au profit des personnes âgées et handicapées et exonèrent ainsi les travailleurs indépendants et retraités. Le Conseil constitutionnel conclut à la conformité de ces dispositions à la Constitution³⁹⁹.

La Cour de cassation se limite parfois à ce rôle **d'appréciation d'opportunité de la question** posée. Par exemple dans une affaire ayant fait l'objet d'un arrêt du 18 novembre 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide que la QPC ne méritait pas d'être transmise au Conseil constitutionnel en se fondant sur un simple rappel du sens des dispositions législatives⁴⁰⁰.

Pourtant, dans d'autres arrêts, la Cour de cassation semble aller **au-delà du rôle de filtre**⁴⁰¹. Quand les juges décident qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la QPC, ils considèrent que la disposition attaquée n'est pas inconstitutionnelle ou qu'elle ne le serait pas sérieusement au regard des normes invoquées. L'appréciation se transforme parfois en un contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁰². Ce contrôle peut même être « poussé »⁴⁰³ dans certains cas, comme le montre un arrêt relatif au principe du repos dominical⁴⁰⁴. Dans cette affaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait été saisie d'une QPC sur la compatibilité des dispositions de l'article L3132-3 du Code du travail,

³⁹⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social, Premier bilan et perspectives », *Rev. dr. Trav.* 2010, p. 628.

³⁹⁶ Cons. const., 6 mai 2011, 2011-128 QPC ; Cons. const. 9 déc. 2011, 2011-205 QPC.

³⁹⁷ CE, 4 mai 2011, pourvoi n°346648.

³⁹⁸ Cass. soc., 24 mai 2011, pourvoi n°11-40.007 QPC, Non publié au Bulletin, *Jeanne c/Société Logidis Comptoirs modernes* : *JurisData* n°2011-009993.

³⁹⁹ Cons. const. 22 juillet 2011, 2011-148/154 QPC, *L., RJS* 10/11, n°807 ; *Rev. dr. Trav.* 2011, p. 645, note de M. VERICEL.

⁴⁰⁰ Cass. soc., 18 nov. 2011, pourvoi n°11-40.068 QPC, *Sodelblan / Sahraoui. et alii.*, Publié au Bulletin : *JurisData* n°2011-025124. V. L. DRAI, « Conditions de désignation d'un représentant syndical », *JCP S* 2012, 1074.

⁴⁰¹ En ce sens, Cass. soc., 6 oct. 2011, pourvoi n°11-40.056 QPC, *SELARL grave Wallyn Randoux c/ M. T. et alii.*, publié au Bulletin, *JurisData* n°2011-021000 et Cass. soc., 6 oct. 2011, pourvoi n°11-40.057 QPC, *SELARL grave Wallyn Randoux c/ M. L. et alii.*, publié au Bulletin : *JurisData* n°2011-021003. V. F. DUMONT, « Reclassement préalable au licenciement et liquidation judiciaire : QPC non transmise », *JCP S* 2011, 1582.

⁴⁰² V. BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail », *Dr. Soc.* 2011, p.141.

⁴⁰³ B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP éd G* 2011, doct. 604 §25.

⁴⁰⁴ Cass. soc., 12 janvier 2011, pourvoi n°10-40.055 QPC, *Société Le Grand Cercle 95 c/Association des salariés du Grand Cercle 95*, non publié au Bulletin, *JurisData* n°2011-000300.

qui imposent que le repos hebdomadaire soit donné le dimanche et interdisent le travail le dimanche, avec la Constitution « *en ce qu'elles porteraient atteinte à la liberté d'entreprendre, à la liberté du travail et au principe de laïcité* ». Dans son arrêt du 12 janvier 2011, la Chambre sociale décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel. Tout d'abord, elle rappelle que la question de la compatibilité de ce droit avec la liberté d'entreprendre a déjà été tranchée positivement par le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue à l'occasion de la loi du 10 août 2009⁴⁰⁵. La Chambre sociale considère ensuite que la question de la compatibilité de l'article L3132-3 avec la liberté d'entreprendre et le principe de laïcité ne présente pas un « *caractère sérieux* ». La disposition prévoyant le repos dominical institue en effet pour la Chambre sociale de la Cour de cassation « *une mesure nécessaire à la protection des droits et des libertés des salariés qui découlent des dixième et onzième alinéas du préambule de la Constitution de 1946* » et elle n'est pas contraire à la liberté du travail et au principe de laïcité en ce qu'elle participe « *d'un objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs mais également de protection des liens familiaux* ». La Chambre sociale justifie donc sa décision en indiquant que la mesure est nécessaire à la protection des droits et libertés des alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946. Ni la substance de la liberté du travail ni le principe de laïcité sont atteints au regard de « *l'objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs mais également la protection des liens familiaux* ». Comme le souligne Monsieur le Professeur BUGADA, la Cour de cassation « *use des potentialités de l'alinéa 10 (...) pour donner vie au concept sociologique de lien familial* »⁴⁰⁶. Celui-ci prévoit que « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». L'auteur ajoute que cette pratique pourrait « *enrichir sa propre jurisprudence tant au regard de la protection de la vie familiale que de la laïcité* »⁴⁰⁷. La Chambre sociale développe ainsi l'interprétation de la norme constitutionnelle. Cet arrêt demeure toutefois une exception car la Chambre sociale paraît au contraire peu encline à manier les principes constitutionnels⁴⁰⁸.

La Chambre sociale ne fait pas expressément référence pour l'appréciation du caractère sérieux à des **décisions ou interprétations du Conseil constitutionnel**. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'une QPC peut mettre en cause **l'interprétation jurisprudentielle constante qui a été conférée à une disposition législative**⁴⁰⁹. La Cour de cassation⁴¹⁰, tout comme le Conseil d'Etat⁴¹¹, adoptent la même position. La jurisprudence constante de la Chambre sociale devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC. La circonstance que soit en cause sa propre jurisprudence ne la prive pas de ses prérogatives de juge du filtre des QPC que lui confie l'article 61-1 de la Constitution⁴¹².

Trois QPC portées devant la Chambre sociale concernent **une interprétation jurisprudentielle**. Aucune ne fera l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel parce que la question ne « *présente pas un caractère sérieux* ». Dans un premier arrêt, la Cour de cassation estime que « *la question posée ne conteste pas la portée effective d'une interprétation jurisprudentielle constante* » des

⁴⁰⁵ Cons. const., 6 août 2009, 2009-588 DC. Il avait précisé qu'« *en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, le législateur [...] a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le dixième alinéa du Préambule de 1946, qui dispose que la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

⁴⁰⁶ A. BUGADA, « La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail », *JCP S* 2011, p. 1265 §15.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Voir toutefois aussi : Cass. soc., 18 nov. 2011, pourvoi n°11-40.067, *Sté Brescia investissement c/Syndicat CGT de la Restauration rapide 13*, publié au bulletin, Jurisdata : 2011-025123 ; Cass. soc., 16 mars 2011, pourvoi n°10-40.076, *Syndicat Sud AFP c/Agence France presse*, non publié au bulletin, Jurisdata : 2011-003948.

⁴⁰⁹ Cons. const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC du et 14 oct. 2010, 2010-52 QPC.

⁴¹⁰ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvoi n°11-90.033 QPC, *Smadja c/ Bouquet et alii.*, publié au Bulletin : JurisData n°2011-008705, *D.* 2011, 1426, *D. CHAGNOLLAUD*; *D.* 2011, 1775, *chron. N. MAZIAU*; *D.* 2011, 2231, *obs. J. PRADEL*.

⁴¹¹ CE, 12 sept. 2011, pourvoi n°347444, *M. et Mme Dion*.

⁴¹² En ce sens, G. DUMORTIER, C. LANDAIS, M. VIALETES et Y. STRUILLOU, « L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) », *Dr. Social* 2012, p. 261.

dispositions contestées, mais « l'interprétation prêtée par le demandeur au jugement du tribunal d'instance de Lunéville dont le jugement, frappé de pourvoi »⁴¹³. Dans un second arrêt, la Chambre sociale juge que « la disposition législative en cause telle qu'interprétée ne heurte aucun des principes constitutionnels invoqués dès lors que la situation du salarié procède du choix qu'il a fait de mettre en œuvre un dispositif légal facultatif destiné à la réparation forfaitaire d'un risque de préjudice qui ne pourrait donner lieu à réparation équivalente par la voie du droit commun »⁴¹⁴.

Dans un dernier arrêt du 16 novembre 2011, la position de la Chambre sociale peut s'avérer ambiguë⁴¹⁵. La Chambre sociale refuse en effet de renvoyer une QPC en la jugeant non sérieuse « en ce qu'elle repose sur une interprétation erronée d'arrêts rendus le 18 janvier 2011 par la Cour de cassation et faisant application de l'article L1233-3 du Code du travail, ces décisions ne privant pas l'employeur du seul fait de son appartenance à un groupe de sociétés de la possibilité de licencier son personnel pour motif économique lorsqu'il cesse son activité, et ne lui imposant pas, pour cette seule raison, de justifier d'une autre cause de licenciement, hors situation de coemploi ». Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2011⁴¹⁶, la Chambre sociale avait notamment jugé que « lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent ».

En précisant que la question posée repose sur une interprétation erronée des arrêts rendus le 18 janvier 2011, la Chambre sociale semble accepter que sa jurisprudence puisse faire l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel. Mais elle décide ensuite que sa jurisprudence ne soulève pas de doutes sérieux d'inconstitutionnalité. Pourtant, dans sa décision du 12 janvier 2002, le Conseil constitutionnel avait censuré la loi de modernisation sociale n°2002-73 du 17 janvier 2002 pour avoir abandonné la possibilité d'invoquer une cessation d'activité comme motif économique de licenciement⁴¹⁷. Pour le Conseil constitutionnel, une telle approche était constitutive d'une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre. La position de la Chambre sociale paraît donc critiquable⁴¹⁸. Dans trois arrêts de la Chambre sociale, l'interprétation jurisprudentielle qui est faite de la disposition contestée est prise en compte pour l'appréciation du caractère sérieux⁴¹⁹. Elle précise en effet que « les termes "presque exclusivement" contenus dans l'article L. 7321-2 du code du travail, tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, ne sont ni imprécis ni équivoques et ne peuvent porter atteinte aux objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ni, en conséquence, aux droits et libertés visés dans la question ».

Trois QPC portées devant la Chambre sociale de la Cour de cassation portent sur des **lois de transposition des directives**. Dans un arrêt, elle juge « que les textes ayant pour objet de

⁴¹³ Cass. soc., 31 mai 2011, pourvoi n°11-13.256 QPC, *Association Flavien c/ M Pfaff; Mme Trecourt; Syndicat CFE-CGC; Syndicat CGT*, non publié au bulletin.

⁴¹⁴ Cass. soc., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-40.052 QPC, *Sarac c/SA Manoir industrie*, publié au bulletin : Jurisdata n°2011-020998

⁴¹⁵ Cass. soc., 16 nov. 2011, pourvoi n°11-40.071 QPC, *Sté Meggle France c/ M. B.*, publié au Bulletin : JurisData n°2011-025122. V. D. CHENU, « Appartenir à un groupe de sociétés n'exclut pas les licenciements pour cessation d'activité », *JCP S* 2012, p. 1028.

⁴¹⁶ Cass. soc., 18 janv. 2011, pourvoi n°09-69.199, *SAS Jungheinrich finances holding c/ M. D. et alii.*, publié au Bulletin: JurisData n°2011-000359; *JPC S* 2011, p. 1065, note P. MORVAN.

⁴¹⁷ Cons. const., 12 janvier 2002, 2001-455 DC.

⁴¹⁸ V. D. CHENU, « Appartenir à un groupe de sociétés n'exclut pas les licenciements pour cessation d'activité », *JCP S* 2012, p. 1028. Le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur cette jurisprudence, v. G. DUMORTIER, C. LANDAIS, M. VIALETES et Y. STRUILLLOU, « L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. Soc.* 2012, p. 258.

⁴¹⁹ Cass. soc., 28 sept. 2010, pourvoi n°10-40.027 QPC, *Société Total raffinage marketing c/Bellion*, non publié au Bulletin : Jurisdata n°2010-017174; Cass. soc., 28 sept. 2010, pourvoi n°10-40.028 QPC, *Société TOTAL France c/ M Martin; Mme Martin*, non publié au bulletin ; Cass. soc., 30 nov. 2010, pourvoi n°10-14.175 QPC, *M Martin; Mme Godecaux c/Société Total raffinage marketing*, non publié au bulletin

transposer les directives de l'Union européenne n'entrent pas dans le champ d'application des questions prioritaires de constitutionnalité »⁴²⁰. Dans les deux autres, elle juge que la question posée ne présente pas un caractère sérieux parce que les dispositions contestées « se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 de l'Union européenne et ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de France ; que, par suite, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel »⁴²¹.

La Cour de cassation doit se prononcer sur les « **droits et libertés que la Constitution garantit** »⁴²². Elle est ainsi amenée dans deux arrêts à rejeter le caractère sérieux d'une question notamment parce que la question posée se fonde sur « la violation d'un principe de sécurité juridique non reconnu comme étant de valeur constitutionnelle »⁴²³. S'agissant des **décisions du Conseil constitutionnel en matière sociale**, le Conseil constitutionnel semble « davantage soucieux de conforter que de déstabiliser »⁴²⁴. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel l'ont montré, telles que celles concernant l'indemnité prévue en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé⁴²⁵ ou le calcul des effectifs⁴²⁶ ou encore la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise⁴²⁷.

F) La Chambre criminelle de la Cour de cassation

Audrey DARSONVILLE⁴²⁸

Eléments statistiques. A elle seule, la Chambre criminelle connaît entre la moitié et les deux tiers des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) soumises au juge judiciaire. Elle examine environ quatre à cinq QPC par semaine. Pour la période relative à cette étude (mars 2010-31 décembre 2011), la Chambre criminelle a rendu 615 arrêts portant sur des QPC. Sur ce chiffre très élevé, on estime à un peu plus de 10% les QPC qui ont été transmises au Conseil constitutionnel⁴²⁹. Le nombre conséquent de QPC transmises à la Chambre criminelle s'explique par le fait que la matière pénale est au cœur des libertés individuelles. Les dispositions pénales ont pour vocation d'assurer la protection de l'ordre public par la sanction de l'auteur d'une infraction pénale. Ainsi, tout ce qui relève du droit pénal est porteur de possibles atteintes aux libertés fondamentales et impose donc un contrôle de conformité à la Constitution.

⁴²⁰ Cass. soc., 15 février 2011, pourvois n°10-40.063, 10-40.064 10-40.065 QPC, *Société CMD c/M Leclair*, non publié au bulletin.

⁴²¹ Cass. soc., 15 juin 2011, pourvoi n°10-27.130 QPC, *Commune de Tours c/Geffroy*, non publié au bulletin : Jurisdata n°2011-011661 ; Cass. soc., 15 juin 2011, pourvoi n°10-27.131 QPC, *Commune de Tours c/CGEA Centre Ouest AGS Rennes et alii.*, non publié au bulletin.

⁴²² Art. 61-1 de la Constitution.

⁴²³ Cass. soc., 5 oct. 2011, pourvoi n°11-40.053 QPC, *Sté imprimerie Vincent c/ Cotillon*, publié au bulletin : JurisData n°2011-020999, *RJS* 1/12, n°25 et Cass. soc., 14 déc. 2011, pourvoi n°11-40.073 QPC, *Société Entreprise Langer c/M. Rousseau*, publié au bulletin

⁴²⁴ J. PORTA, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.* 2012, p. 901.

⁴²⁵ Cons. const. 25 mars 2011, 2011-111 QPC, *RJS* 5/2011, n°448 sur renvoi de Cass. soc. 5 janvier 2011, pourvoi n°10-40.049 QPC, *Selamet Ay Baran c/Khokhar*, non publié au Bulletin : JurisData n°2011-000082, *RJS* 4/2011, n°448.

⁴²⁶ Cons. const., 29 avr. 2011, pourvoi n°2011-122 QPC sur renvoi de Cass. soc., 16 fév. 2011, n°10-40.062 QPC, *M Laboubi; Union locale des syndicats CGT quartiers nord c/ Association de médiation sociale.*

⁴²⁷ Cons. const., 3 fév. 2012, 2011-216 QPC sur renvoi de Cass. soc., 18 nov. 2011, pourvoi n°10-40.066 QPC.

⁴²⁸ Professeur, Centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne

⁴²⁹ T. FOSSIER, « Comprendre les refus de transmission de QPC par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions* 2012-1, p. 95.

Le domaine matériel effectif des questions prioritaires de constitutionnalité. Le domaine matériel effectif des QPC en matière pénale doit être distingué en trois branches. La procédure pénale est le domaine le plus favorable à l'usage des QPC. Les libertés individuelles étant au cœur de la procédure pénale, cette matière se prête parfaitement à un contrôle de constitutionnalité. La QPC a d'ailleurs été à l'origine de l'importante réforme de la garde à vue, par l'adoption de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011⁴³⁰. Le droit pénal général est aussi l'objet de diverses QPC, notamment en droit des peines⁴³¹. En droit pénal spécial, les saisines du Conseil constitutionnel sont moins fréquentes. Cependant, lorsque ce dernier est saisi, il rend des décisions dont le retentissement est notable. Il en va ainsi de l'inceste, inscrit dans le code pénal à l'occasion de la loi n°2010-121 du 8 février 2010⁴³² et abrogé à la faveur d'une décision du Conseil constitutionnel en date du 16 septembre 2011, QPC⁴³³. On peut également citer la décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012, qui a abrogé le délit de harcèlement sexuel, incriminé à l'article 222-33 du code pénal. Ces deux incriminations ont été censurées en raison de l'atteinte portée au principe de légalité, leur rédaction n'étant pas suffisamment claire pour en permettre une bonne application. Les QPC en droit pénal spécial vont probablement se multiplier à l'avenir, avec plus ou moins de succès eu égard au filtre exercé par la Chambre criminelle. En effet, il faut rappeler que le nouveau code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, n'a pas fait l'objet d'une saisine *a priori* du Conseil constitutionnel. Dès lors, les incriminations n'ont pas été soumises à un contrôle de conformité à la Constitution, contrôle qui est désormais possible *a posteriori* par la QPC⁴³⁴, ce qui explique son attrait évident en matière pénale⁴³⁵.

Droits et libertés invoqués. Les droits et libertés invoqués à l'appui des QPC en matière pénale concernent principalement les articles 5 et 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) énonçant le principe de légalité des incriminations⁴³⁶, l'article 8 de la DDHC relatif au principe de nécessité des peines⁴³⁷ et l'article 9 de la DDHC rappelant la présomption d'innocence⁴³⁸. L'article 66 de la Constitution, qui prohibe les détentions arbitraires, est également régulièrement invoqué⁴³⁹. Sont enfin retenus d'autres principes classiques tels que le respect des droits de la défense, le droit à un procès équitable, le principe d'égalité devant la justice ou encore le droit à un recours effectif.

Le principe de légalité reste le principe le plus invoqué. En effet, l'inflation législative en droit pénal est d'une telle ampleur que l'on déplore un manque cruel de clarté dans la rédaction des lois nouvelles qui se succèdent à un rythme intense sans que le Parlement ne prenne le temps requis pour la rédaction de la norme pénale. Or, lorsque le Conseil constitutionnel fait le constat d'une violation du principe de légalité, la QPC peut aboutir à l'abrogation d'une incrimination, ce qui n'est pas sans soulever de graves problèmes d'impunité au bénéfice de ceux qui ne peuvent plus se

⁴³⁰ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JO 15 avril 2011, p. 6610.

⁴³¹ Cons. const., 11 juin 2010, 2010-6/7 QPC ; Cons. const., 29 sept. 2010, 2010-40 QPC et 2010-41 QPC ; Cons. const., 10 décembre 2010, n°2010-72/75/82 QPC, relatives aux peines accessoires et aux peines complémentaires obligatoires.

⁴³² Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, JO 9 février 2010, p. 2265.

⁴³³ Cons. const., 16 septembre 2011, 2011-163 QPC et Cons. const., 17 février 2012, 2011-222 QPC, abrogation de l'article 227-27-2 du code pénal relatif à la définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses

⁴³⁴ Cass. Crim., 30 novembre 2011, pourvoi n°11-90.093, à propos de l'incrimination du délit de prise illégale d'intérêts, article 432-12 du code pénal.

⁴³⁵ E. DAUD et M. DESPLANQUES, « Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique inconstitutionnelle », *Constitutions* 2012-2, p. 320. Les auteurs s'interrogent sur le bien-fondé de telles présomptions d'intentionnalité appliquées par la Cour de cassation en dehors des prescriptions légales. Nul doute que les QPC à venir sur ce point vont se multiplier jusqu'au jour où elles seront transmises au Conseil constitutionnel.

⁴³⁶ Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n°09-84.928 ; Cass. Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.159 ; Cass. Crim., 1er septembre 2011, pourvoi n°11-84.268.

⁴³⁷ Cass. Crim., 1 décembre 2010, pourvoi n°10-84.141 ; Cass. Crim., 3 août 2011, pourvoi n°11-81.265 ; Cass. Crim., 6 septembre 2011, pourvoi n°11-90.074 ; Cass. Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-90.085.

⁴³⁸ Cass. Crim., 25 juin 2010, pourvoi n°10-90.068 ; Cass. Crim. 11 octobre 2011, pourvoi n°11-90.088.

⁴³⁹ Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n°09-88.083 ; Cass. Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-90.087.

voir appliquer le texte disparu. L'usage important du principe de légalité pour fonder les QPC révèle les lacunes actuelles dans la production de la norme pénale.

D'autres principes sont évoqués de façon plus sporadique car ils s'appuient sur des dispositions législatives particulières. Ainsi, ont été évoqués la dignité humaine⁴⁴⁰, le droit au respect de la vie privée⁴⁴¹, la Charte de l'environnement⁴⁴², l'égalité des droits des parties devant la juridiction de jugement⁴⁴³, ou encore la liberté du commerce et de l'industrie⁴⁴⁴.

Forme générale de l'examen. La Chambre criminelle de la Cour de cassation examine, le plus souvent, toutes les conditions de recevabilité de la QPC. Elle contrôle successivement les conditions d'applicabilité au litige, d'absence de précédent, de nouveauté et de sérieux⁴⁴⁵. Ce contrôle, s'il existe dans la plupart des cas, reste cependant très lapidaire. La Chambre criminelle se contente d'affirmer que la condition est remplie sans davantage l'expliquer. Ainsi, pour renvoyer une QPC relative à la garde à vue au Conseil constitutionnel, la Chambre criminelle, dans un arrêt en date du 31 mai 2010⁴⁴⁶, s'est contentée d'une motivation sommaire : « *Attendu que les dispositions contestées sont applicables aux procédures en cause ; Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées, dans leur intégralité, conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; Que les questions posées présentent un caractère sérieux en ce qu'elles concernent la garantie de la liberté individuelle et des droits reconnus à la défense ; D'où il suit qu'il y a lieu de les renvoyer au Conseil constitutionnel* ». La Cour de cassation procède par un renvoi général aux principes de la liberté individuelle et des droits de la défense, mais sans réellement expliciter le caractère sérieux de cette QPC.

Il semble, en outre, que les arrêts de transmission sont moins motivés que ceux de non-transmission. Cette situation peut s'expliquer parce qu'il « *ne faudrait pas que le Conseil constitutionnel soit gêné par une première approche constitutionnaliste, plus ou moins allusive, de la Chambre* »⁴⁴⁷. La Chambre criminelle soigne davantage la motivation pour les arrêts de non transmission, l'effort d'explication de sa position à destination des justiciables est notable⁴⁴⁸.

1) Le caractère sérieux

Observations générales. Le caractère sérieux des QPC en matière pénale présente une particularité. En effet, tout ce dont traite la Chambre criminelle est *a priori* sérieux, grave : « *ce sont les libertés, la réputation, l'avenir existentiel d'une ou plusieurs personnes qui sont radicalement en jeu dans les dossiers qui lui viennent* »⁴⁴⁹. L'application du droit pénal est susceptible d'entraîner la privation

⁴⁴⁰ Cass. Crim., 11 juin 2010, pourvoi n° 09-88.083.

⁴⁴¹ Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n°10-90.099 ; Cass. Crim., 1 décembre 2010, pourvoi n°10-80.017 ; Cass. Crim., 16 juin 2011, pourvoi n°10-80.016, à propos de l'article L. 450-4 du code de commerce qui organise les visites domiciliaires en vue de rechercher des preuves de pratiques anticoncurrentielles.

⁴⁴² Cass. Crim., 16 juillet 2010, pourvoi n°10-90.086.

⁴⁴³ Cass. Crim., 23 nov. 2010, pourvoi n° 10-86.067 ; Cass. Crim., 23 nov. 2010, pourvoi n° 10-81.309 ; Cass. Crim., 1^{er} déc. 2010, pourvoi n° 10-83.359.

⁴⁴⁴ Cass. Crim. 16 juillet 2010, n° 09-88.580.

⁴⁴⁵ Crim. 11 juin 2010, n°09-87.884 ; Crim. 5 janvier 2011, n° 10-90.112.

⁴⁴⁶ Cass. Crim., 31 mai 2010, pourvois n° 05-87.745 ; 09-86.381 ; 10-81.098 ; 10-90.001 ; 10-90.002 ; 10-90.003 ; 10-90.004 ; 10-90.005 ; 10-90.006 ; 10-90.007 ; 10-90.008 ; 10-90.009 ; 10-90.010 ; 10-90.011 ; 10-90.012 ; 10-90.013 ; 10-90.014 ; 10-90.015 ; 10-90.016 ; 10-90.017 ; 10-90.018 ; 10-90.019 ; 10-90.020 ; 10-90.023 ; 10-90.024 ; 10-90.028.

⁴⁴⁷ T. FOSSIER, art. préc., p. 96. Lorsque la Chambre criminelle transmet, elle « *se contente de mettre en exergue la question, le paradoxe des textes antagonistes ou l'anomalie apparente que la Q.P.C. elle-même a plus ou moins habilement décrite* ».

⁴⁴⁸ Cass. Crim., 11 juin 2010, pourvoi n°09-87.884.

⁴⁴⁹ T. FOSSIER, art. préc., p. 95. La Chambre criminelle « *ne voulait pas noyer le Conseil constitutionnel, dont ni les membres ni les collaborateurs ne sont des praticiens chevronnés du droit pénal, sous le flot de ce qu'elle-même recevait et reçoit encore : elle a donc, non sans être critiquée, développé une approche réfléchie de la notion de "sérieux" et accepté d'écrire que certaines questions, bien que touchant aux valeurs suprêmes de notre société, pouvaient n'être pas "sérieuses"* ».

de liberté d'une personne. Comment alors douter du caractère sérieux d'une norme pénale ? Le critère de transmission fondé sur le sérieux peut sembler inadéquat en droit pénal, matière dont les enjeux sur les vies humaines sont par principe sérieux. Il est donc intéressant de rechercher la méthode utilisée par la Chambre criminelle pour aborder cette condition de sérieux.

Condition de sérieux et examen des droits invoqués. A titre liminaire, il est utile de rappeler que de façon très logique la Chambre criminelle appuie son analyse du caractère sérieux de la QPC, à l'aune des droits invoqués au sein de la QPC.

Mais, la Chambre criminelle va plus loin dans son analyse car elle s'autorise parfois à refuser la transmission ou à l'accepter sur le fondement d'autres droits et libertés non visés dans la QPC. Ainsi, dans un arrêt en date du 5 janvier 2011⁴⁵⁰, une QPC soulevait la conformité à la Constitution de la présomption de culpabilité de l'article L. 121-3 du code de la route. La QPC évoquait l'atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La Chambre criminelle refuse le renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel en exposant que « *la disposition légale critiquée ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que des présomptions de culpabilité peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable et qu'est assuré le respect des droits de la défense* ». Le sérieux de la QPC est donc appréhendé au regard du principe de la présomption d'innocence mais aussi des droits de la défense, nullement évoqués dans la QPC⁴⁵¹. Le caractère sérieux d'une QPC est alors envisagé de manière globale en élargissant le socle de contrôle initialement demandé à la Cour de cassation.

Lorsqu'aucun droit ou liberté n'est soulevé dans la QPC, la Chambre criminelle peut même les rechercher d'office. Dans un arrêt en date du 3 mai 2011⁴⁵², la Chambre criminelle était saisie d'une QPC portant sur la conformité à la Constitution des articles L. 218-30 et L. 218-23 du code de l'environnement. Or, les QPC étaient rédigées de façon très générale et ne visaient aucun droit ou liberté auxquels il serait porté atteinte. Elles se contentaient de s'interroger sur l'existence d'une atteinte aux « *droits et libertés garantis par la Constitution* ». La Chambre criminelle, pour motiver son refus de transmission, va chercher d'office quels droits et libertés pourraient être violés. Elle retient l'absence de caractère sérieux de la QPC tant au regard « *du droit à un recours juridictionnel* », pour l'article L. 218-30, que « *du principe de légalité et de personnalité des peines* », pour l'article L. 218-23. Ainsi, la Haute juridiction fait montre d'un effort réel de motivation. Elle ne se contente pas de refuser la transmission de la QPC, elle cherche quels pourraient en être les fondements juridiques avant de l'écarter⁴⁵³. Ce faisant, la Chambre criminelle assure un filtre efficace des QPC et fait preuve de pédagogie à l'endroit des justiciables.

Motivation standardisée. La Chambre criminelle fait souvent l'effort de motiver précisément sa décision de transmission ou non. Néanmoins, lorsqu'elle refuse la transmission, elle se satisfait parfois d'une formule standardisée et reproduite à l'identique dans divers arrêts. On trouve ainsi la formule suivante : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les droits dont la méconnaissance est invoquée sont garantis tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* »⁴⁵⁴. La Chambre criminelle consacre, dans une

⁴⁵⁰ Cass. Crim., 5 janvier 2011, pourvoi n°10-90.112.

⁴⁵¹ Cass. Crim., 29 mars 2011, pourvoi n°10-90.112.

⁴⁵² Cass. Crim., 3 mai 2011, pourvoi n°11-90.012.

⁴⁵³ Pour un arrêt de non transmission dans lequel la Chambre criminelle recherche d'office des droits et libertés non soulevés dans la QPC : Cass. Crim., 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-84.138. Même solution pour un arrêt de transmission : Cass. Crim., 31 août 2011, pourvoi n° 11-90.065.

⁴⁵⁴ Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n°10-90.099 ; Cass. Crim. 20 oct. 2010, pourvoi n° 10-81.748 et 10-81.749 ; Cass. Crim., 19 octobre 2011, pourvoi n°10-88.193 et n° 10-88.197.

affirmation lapidaire, que les droits sont respectés sans motivation explicite. La formule employée, par l'usage du présent « *les droits (...) sont garantis* », ne souffre aucune contestation, alors même que la Cour de cassation n'a en rien démontré que ces droits sont effectivement garantis. En outre, référence est faite à l'intervention d'un juge judiciaire qui assure la conciliation entre des intérêts divergents : les droits de l'individu opposés à la lutte contre une pratique infractionnelle. Par cette formule abstraite, la Chambre criminelle atteste que si certains droits sont atteints, c'est en raison d'un intérêt supérieur qui est la lutte contre la criminalité. Intérêt supérieur indéniable, mais très imprécis.

Par ces motivations abstraites et standardisées, la Chambre criminelle rejette des QPC sans paraître procéder à un examen approfondi de leur caractère sérieux⁴⁵⁵.

Incidence de la conventionnalité de la disposition légale contestée. Les QPC soulevées en matière pénale font souvent écho aux principes conventionnels⁴⁵⁶. En effet, les normes processuelles nationales sont soumises aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) et notamment à l'article 6, siège du procès équitable. On peut penser que la Chambre criminelle, dans l'exercice de son contrôle du caractère sérieux des QPC, ne peut totalement s'exonérer des exigences conventionnelles. Elle a ainsi refusé la transmission d'une QPC portant sur une disposition déclarée conventionnelle précédemment⁴⁵⁷. Mais, il arrive aussi que l'incidence de la CESDH soit plus discrète. Il en a certainement été ainsi pour au moins deux QPC relatives à la motivation des arrêts de Cour d'assises et à la garde à vue.

Concernant la motivation des arrêts de Cour d'assises, la Chambre criminelle était initialement hostile à leur transmission, considérant que la question n'était pas sérieuse⁴⁵⁸. La motivation de ces refus de transmission était toujours identique, la Chambre criminelle soulignant que « *la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique* ». La Chambre criminelle va modifier sa position⁴⁵⁹ lors de deux arrêts en date du 19 janvier 2011⁴⁶⁰. La transmission de la QPC

⁴⁵⁵ Pour d'autres exemples de motivation standardisée : Cass. Crim., 1 décembre 2010, pourvois n° 10-80.016 et 10-80.017, Cass. Crim., 9 mars 2011, pourvoi n°10-85.310 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que les dispositions contestées de l'article L. 450-4 du code de commerce assurent un contrôle effectif par le juge, de la nécessité de chaque visite et lui donne les pouvoirs d'en suivre effectivement le cours, de régler les éventuels incidents et, le cas échéant, de mettre fin à la visite à tout moment* ». Cass. Crim., 23 novembre 2010, pourvoi n° 10-81.309 : « *le tribunal correctionnel, devant lequel sont assurés un accès effectif au juge et le respect des droits de la défense lors de débats publics à l'audience ; que, ne comportant aucune disposition définitive que le tribunal saisi de la prévention n'aurait le pouvoir de modifier, elle laisse entiers les droits du prévenu et ne rompt pas l'égalité des droits des parties devant la juridiction de jugement* ».

⁴⁵⁶ B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Coexistence- Autorité- Conflits-Régulation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 45.

⁴⁵⁷ Cass. Crim. 7 mai 2010, n° 09-80774 : Refus de renvoi d'une QPC portant sur la loi Gayssot du 13 juillet 1990 déjà déclarée conventionnelle par la Chambre criminelle, 20 décembre 1994, n°93-80267 ; Cass. Crim. 15 mars 2011, n° 10-90.126.

⁴⁵⁸ Cass. Crim. 19 mai 2010, n°09-83.328, n°09-82.582, n°09-82.307 ; B. DE LAMY, « Absence de motivation des arrêts d'assises : la Cour de cassation se donne raison », *RSC* 2011.190 ; Cass. Crim. 4 juin 2010, n° 09-84.928, n°09-85.359, n°09-86.373, n°09-86.328, n°09-87.870, n°09-87.925, n°09-87.906 ; Cass. Crim. 9 juillet 2010, n°09-87.297.

⁴⁵⁹ A. CAPPELLO, « L'absence de motivation des arrêts des cours d'assises et le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2011, p. 371. « *Ce changement de position s'explique par différentes raisons, notamment le nombre important de QPC soulevées en la matière, les requérants ne se satisfaisant pas du « barrage » construit par la Cour de cassation. La raison essentielle tient, cependant, à notre sens, à deux décisions du Conseil constitutionnel qui remirent en cause cette jurisprudence constante relative à l'interprétation de la disposition législative. En effet, dans deux décisions rendues sur QPC, l'une du 6 octobre 2010, l'autre du 14 octobre 2010, le Conseil constitutionnel affirma que : « 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 (une) disposition ».*

⁴⁶⁰ Cass. Crim., 19 janvier 2011, pourvois n°10-85.159 et n°10-85.305 : « *la question fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions susvisées dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cour d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel*

au Conseil constitutionnel est alors fondée sur le caractère nouveau de la QPC. Toutefois, le contexte dans lequel cette décision de transmission de la QPC fut rendue ne doit pas être éludé. En effet, le 13 janvier 2009, dans l'arrêt *Taxquet*, la Cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée sur l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises de Belgique⁴⁶¹. La Cour européenne se montra alors favorable à une motivation des arrêts de cour d'assises, ce qui plaçait le système français en contrariété avec les exigences conventionnelles. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a probablement incité la Chambre criminelle à infléchir sa position et à saisir le Conseil constitutionnel le 19 janvier 2011. Dans sa décision du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel répondit que les dispositions contestées ne méconnaissaient aucun droit ou liberté garantis par la Constitution. Il faut souligner que, paradoxalement, la Grande Chambre de la Cour européenne fut à amenée à se prononcer à nouveau sur la question le 16 novembre 2011 et se montra beaucoup moins exigeante⁴⁶².

Concernant la garde à vue, le contexte européen a certainement été encore plus prégnant. En effet, la Cour européenne a rappelé avec force les exigences conventionnelles relatives à la garde à vue, dont le droit à un avocat et le droit de se taire, lors de deux arrêts importants, l'arrêt du 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie* et l'arrêt du 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*. Ces deux arrêts révélaient l'absence de conformité de la législation nationale de la garde à vue aux contraintes issues de l'article 6 de la CESDH. Le 31 mai 2010, la Chambre criminelle a saisi le Conseil constitutionnel d'une QPC relative à la conformité à la Constitution des dispositions portant sur la garde à vue⁴⁶³. Le Conseil constitutionnel, dans sa célèbre décision du 30 juillet 2010⁴⁶⁴, conclura à l'inconstitutionnalité de la garde à vue, provoquant ainsi la réforme législative du 14 avril 2011.

Pour conclure, il faut rappeler que la Chambre criminelle refuse de transmettre des QPC au Conseil constitutionnel lorsque ces dernières invoquent exclusivement une violation des normes conventionnelles⁴⁶⁵. La QPC n'a pas pour objet d'assurer le contrôle de la CESDH; la Chambre criminelle est alors bien fondée à refuser la transmission de telles QPC.

a) Les arrêts de transmission

Éléments de caractérisation du sérieux de la QPC. On dénombre environ une cinquantaine d'arrêts de transmission de la Chambre criminelle fondés sur le caractère sérieux de la QPC. La Chambre criminelle, lorsqu'elle retient le caractère sérieux d'une QPC, prend soin de souligner

donne à ce critère alternatif de saisine ».

⁴⁶¹ CEDH 2^{ème} section, 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, requête n° 926/05. Pour la Cour, il est important, « dans un souci d'expliquer le verdict à l'accusé mais aussi à l'opinion publique, au « peuple », au nom duquel la décision est rendue, de mettre en avant les considérations qui ont convaincu le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et d'indiquer les raisons concrètes pour lesquelles il a été répondu positivement ou négativement à chacune des questions » ; L. BERTHIER et A.-B. CAIRE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice », *RFDA* 2009, p.677 ; J. PRADEL, « De la motivation des arrêts d'assises », *D.* 2009, p. 2778.

⁴⁶² CEDH, Grande chambre, 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgique*, requête n° 926/05, « la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé, doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu » ; H. MATSOPOULOU, « La motivation des arrêts de la cour d'assises et les exigences du procès équitable », *JCP G* 2010, p. 2318.

⁴⁶³ Cass. Crim., 31 mai 2010, pourvois n° 05-87.745 ; 09-86.381 ; 10-81.098 ; 10-90.001 ; 10-90.002 ; 10-90.003 ; 10-90.004 ; 10-90.005 ; 10-90.006 ; 10-90.007 ; 10-90.008 ; 10-90.009 ; 10-90.010 ; 10-90.011 ; 10-90.012 ; 10-90.013 ; 10-90.014 ; 10-90.015 ; 10-90.016 ; 10-90.017 ; 10-90.018 ; 10-90.019 ; 10-90.020 ; 10-90.023 ; 10-90.024 ; 10-90.028.

⁴⁶⁴ *Cons. const.*, 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC.

⁴⁶⁵ Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvoi n° 10-90.029 : « la question posée par la demanderesse invoque la non-conformité de dispositions législatives à la Convention européenne des droits de l'homme, et non une atteinte portée aux droits et libertés garantis par la Constitution » ; Cass. Crim. 4 juin 2010 n° 10-90.033 ; Cass. Crim. 25 juin 2010, n° 10-82.506 ; Cass. Crim. 5 avril 2011, n° 10-88.079.

quelle est l'atteinte portée aux droits et libertés protégés par la Constitution⁴⁶⁶. Elle semble faire un effort pour mettre en exergue le bien fondé de la QPC et de ce fait, réalise une forme de contrôle pré-constitutionnel. Comme toutes les autres formations de la Cour de cassation, il paraît évident que lorsque la Chambre criminelle transmet au Conseil constitutionnel, c'est bien parce qu'elle estime que l'atteinte aux droits est réalisée par la loi pénale contestée.

En outre, une seule QPC a été transmise sur le fondement du caractère sérieux en raison du changement dans les circonstances de droit. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 1^{er} mars 2011⁴⁶⁷. Dans cette espèce, le requérant soulevait la contrariété à la Constitution des articles 393 et 803-2 du code de procédure pénale. La Chambre criminelle estime que la QPC est sérieuse car, « *si l'article 393 du code de procédure pénale a été déclaré conforme à la Constitution par la décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, les décisions récentes du Conseil constitutionnel sur l'exercice des droits de la défense au cours de la phase procédurale précédant le procès sont de nature à constituer un changement des circonstances de droit ; que, par ailleurs, l'article 803-2 du code de procédure pénale n'a pas été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* ». Ainsi, une disposition légale qui avait été déclarée conforme à la Constitution peut faire l'objet d'une QPC ultérieure, dès lors que d'autres décisions du Conseil constitutionnel sont venues apporter un nouvel éclairage sur les textes. Cette conception large du caractère sérieux ouvre le champ d'application des QPC.

La caractérisation d'une atteinte fortement probable. La Chambre criminelle reste relativement prudente quand elle prononce le renvoi devant le Conseil constitutionnel. Elle s'interdit de réaliser, du moins de façon explicite, un pré-contrôle de constitutionnalité. Elle use donc de termes appropriés pour rester dans son seul rôle de filtre. Ainsi, elle n'emploie pas de termes affirmatifs pour énoncer qu'il y a une atteinte à un droit. Elle énoncera que « *la disposition concernée est susceptible de mettre en cause* »⁴⁶⁸ des droits constitutionnellement reconnus ou encore que la norme contestée « *pourrait être considérée* »⁴⁶⁹ comme violant la Constitution. Cependant, il arrive que la Chambre criminelle se montre plus assurée dans la caractérisation d'une atteinte fortement probable⁴⁷⁰. La Chambre criminelle expose l'atteinte aux droits de façon affirmative et ne semble pas douter que cette atteinte est bien réalisée. Dans un arrêt en date du 22 septembre 2010⁴⁷¹, la Chambre criminelle était saisie d'une QPC portant sur la conformité d'une peine obligatoire aux principes de nécessité et d'individualisation de la peine. Dans une formule très alambiquée, la Chambre criminelle admet le caractère sérieux de la question en exposant « *qu'au regard du principe selon lequel doit être établi le caractère strictement et évidemment nécessaire de toute peine, la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle concerne une peine de publication et d'affichage que le juge est tenu de prononcer* ». Soit cette phrase signifie seulement qu'une peine obligatoire doit être transmise pour contrôle de constitutionnalité, soit que la peine obligatoire est nécessairement attentatoire aux principes de nécessité et d'individualisation des peines. Dans cette seconde acception, la Chambre criminelle procède alors à un véritable pré-contrôle de constitutionnalité.

⁴⁶⁶ Cass. Crim. 15 mars 2011, n°10-90.129 : « *la question présente un caractère sérieux dès lors qu'en interdisant au prévenu de diffamation de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années, la disposition concernée est susceptible de mettre en cause la liberté d'expression, l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable* ».

⁴⁶⁷ Cass. Crim., 1 mars 2011, pourvoi n°10-90.125.

⁴⁶⁸ Cass. Crim., 15 mars 2011, pourvoi n°10-90.129.

⁴⁶⁹ Cass. Crim. 1 mars 2011, pourvoi n° 10-90.125.

⁴⁷⁰ Cass. Crim., 7 mai 2010, pourvoi n°09-87.288 : « *Que la question posée présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité en ce que, hors l'hypothèse d'une faute intentionnelle de l'employeur et les exceptions prévues par la loi, la victime d'un accident du travail dû à une faute pénale de ce dernier, qualifiée de faute inexcusable par une juridiction de sécurité sociale, connaît un sort différent de celui de la victime d'un accident de droit commun, dès lors qu'elle ne peut obtenir d'aucune juridiction l'indemnisation de certains chefs de son préjudice en raison de la limitation apportée par les dispositions critiquées* ».

⁴⁷¹ Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n°10-85.866. Même solution, Cass. Crim. 8 juillet 2010, pourvoi n°10-80.203.

b) Les arrêts de non transmission

Caractérisation du caractère non sérieux de la question. Lorsque la Chambre criminelle considère que la question soulevée n'est pas sérieuse, elle refuse le renvoi de façon péremptoire. Elle n'hésite pas fréquemment à souligner que la question posée ne présente pas « à l'évidence » un caractère sérieux⁴⁷². Cette formule a le mérite de la clarté, elle ne laisse aucun espoir à un requérant tenté de soulever à nouveau cette QPC. La Chambre criminelle exerce alors pleinement son rôle de filtre, décourageant des QPC à venir fondées sur la même question.

Le caractère non sérieux d'une QPC peut sembler incontestable. Il en va ainsi pour les arrêts de la Chambre criminelle rejetant une QPC parce qu'elle vise des normes non contenues dans le bloc de constitutionnalité⁴⁷³, telle que la CESDH⁴⁷⁴ ou une norme communautaire⁴⁷⁵. De même, certaines inadvertances du requérant fondent le non sérieux de la question posée⁴⁷⁶. Il arrive aussi que la QPC soit fondée sur une méconnaissance des règles de droit pénal. La Chambre criminelle a par exemple rappelé qu'une QPC n'est pas transmise lorsqu'elle prétend qu'une sanction est contraire aux principes constitutionnels de nécessité et d'individualisation des peines, alors que la mesure en cause n'institue pas à une sanction le caractère d'une punition et ne méconnaît donc pas les droits que la Constitution garantit⁴⁷⁷. Enfin, on dénombre certains refus de transmission en raison de QPC inintelligibles⁴⁷⁸, ne permettant pas l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité⁴⁷⁹.

Appréhension motivée du défaut de sérieux. Hormis les hypothèses dans lesquelles le caractère non sérieux est évident, il existe de multiples autres arrêts de la Chambre criminelle pour lesquels le défaut de sérieux suppose de la part de cette dernière une motivation plus fournie. La Chambre criminelle use alors de plusieurs procédés.

En premier lieu, elle va fonder le refus de transmission sur la confrontation avec d'autres textes de droit pénal, applicables à diverses phases de la procédure pénale. De cette confrontation, elle en déduira que si la QPC pouvait, de façon isolée être sérieuse, elle perd cette caractéristique si on la confronte avec une autre norme. La seconde norme vient, en quelque sorte, annihiler le sérieux de la QPC. A titre d'illustration⁴⁸⁰, la Chambre n'a pas transmis des questions relatives notamment au droit d'évocation des cours d'appel, en raison de l'existence même du droit de se pourvoir⁴⁸¹, au

⁴⁷² Cass. Crim., 7 juin 2011, pourvois n°10-85.076 et n°10-88.315 ; Cass. Crim., 6 juillet 2011, pourvoi n°11-82.861 ; Cass. Crim., 17 août 2011, pourvoi n°11-90.063 ; Cass. Crim., 13 septembre 2011, pourvoi n°11-84.138 ; Cass. Crim. 4 octobre 2011, pourvoi n°11-85.478.

⁴⁷³ Cass. Crim., 21 juin 2011, pourvois n° 11-90.036, 11-90.056, 11-90.044.

⁴⁷⁴ Cass. Crim., 17 août 2011, pourvoi n°11-90.062.

⁴⁷⁵ Cass. Crim., 22 février 2012, pourvoi n°11-90.122.

⁴⁷⁶ Cass. Crim., 13 septembre 2011, pourvois n° 11-90.078 et 11-90.081 ; Cass. Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n°11-90.083 ; Cass. Crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.450. Il s'agit d'espèces dans lesquelles le texte contesté n'est pas applicable à la cause ou encore « la question prioritaire de constitutionnalité ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les griefs invoqués ne concernent pas l'article visé ».

⁴⁷⁷ Cass. Crim., 6 avril 2011, pourvoi n° 11-90.009. Pour une erreur de droit similaire, Cass. Crim., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-82.013.

⁴⁷⁸ Cass. Crim., 10 mai 2011, pourvoi n° 11-80.993 ; Cass. Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-82.866. Les questions posées sont « rédigées d'une manière insuffisamment intelligible pour permettre l'exercice, par le Conseil constitutionnel, du contrôle de constitutionnalité ».

⁴⁷⁹ T. FOSSIER, art. préc. : « La Chambre peut certes rechercher dans le mémoire spécial, présenté au juge du fond ou présenté à la Cour de cassation, des éclaircissements, mais elle ne peut aller au-delà de sa mission légale, explicitée en Assemblée (Plén., 20 mai 2011, arrêt n° 11-90.033) : si la question peut être reformulée par le juge à effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il ne lui appartient pas d'en modifier l'objet et la portée ».

⁴⁸⁰ Pour une liste plus détaillée d'exemples, voir T. FOSSIER, art. préc.

⁴⁸¹ Cass. Crim., 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-84.138.

refus de copies de pièces, parce qu'il n'est que provisoire et susceptible de recours⁴⁸², au droit restreint de contester un « *dépayement* », une procédure étant prévue à cette fin en temps voulu⁴⁸³ ou encore au maintien sous mandat de dépôt criminel durant l'appel, parce qu'une demande de mise en liberté est toujours possible⁴⁸⁴. Cette technique de la confrontation entre textes est réalisée de façon spontanée par la Chambre criminelle. Or, la confrontation est exploitée aux fins d'écarter une QPC et donc d'empêcher le contrôle de constitutionnalité d'un texte pénal. En procédant de la sorte, la Chambre criminelle prive les justiciables d'un contrôle de conformité à la Constitution d'un texte qui, envisagé isolément, pourrait le justifier. L'absence de sérieux est déduite d'une confrontation entre deux textes et non de la seule QPC soulevée. Il semble que la Chambre criminelle s'octroie une possibilité nouvelle de filtrer restrictivement les QPC.

En deuxième lieu, la Chambre criminelle réfute le caractère sérieux de QPC qui remettent en cause ce qu'elle considère comme ses prérogatives exclusives. Elle refuse donc de transmettre ce qui, selon son appréciation, relève « *de l'office du juge judiciaire* »⁴⁸⁵. Par exemple, le choix de la qualification pénale est un choix prétorien qui n'est pas du ressort du législateur et donc ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁴⁸⁶. Ce filtre fondé sur ses prérogatives judiciaires, que la Chambre criminelle différencie à juste titre des prérogatives du législateur soumises à contrôle de constitutionnalité, peut s'avérer un obstacle important à la transmission des QPC. En effet, le risque est que la Chambre criminelle appréhende assez largement son champ de compétence pour refuser l'examen par le Conseil constitutionnel de normes pénales non conformes à la Constitution⁴⁸⁷.

En troisième lieu, la Chambre criminelle refuse la transmission de QPC en raison de sa propre appréciation de l'absence d'atteinte aux principes constitutionnels. Ce faisant, elle substitue, de façon très contestable, son analyse à celle du Conseil constitutionnel. Son rôle de filtre, tel qu'il a été envisagé dans la loi organique du 10 décembre 2009, consiste à déterminer si la QPC soulevée présente ou non un caractère sérieux. Il n'est nullement permis à la Chambre criminelle de décider si la disposition pénale en cause est ou non contraire aux droits garantis par la Constitution⁴⁸⁸. Cette substitution du contrôle peut être illustrée par un arrêt de la Chambre criminelle en date du 15 février 2011⁴⁸⁹. Le requérant s'interrogeait sur la conformité à la Constitution de l'article 41-1 du

⁴⁸² Cass. Crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-85.076.

⁴⁸³ Cass. Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 11-83.703.

⁴⁸⁴ Cass. Crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.478.

⁴⁸⁵ Cass. Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-85.678.

⁴⁸⁶ Cass. Crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-88.315, « *la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors qu'elle revient, dans la procédure en cause, à contester la qualification appliquée aux faits poursuivis par le ministère public et les juges du fond qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation* ». Ou encore, à propos de la procédure de récusation, Cass. Crim., 7 juillet 2011, pourvoi n° 11-82.861, « *la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que, d'une part, les règles qui fixent, dans les articles 669 à 672 du code de procédure pénale, la procédure de récusation d'un juge ou d'un conseiller, sont de nature administrative et non juridictionnelle et répondent à l'objectif à valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice, en l'espèce la prévention de demandes abusives de nature à paralyser le cours normal de la justice ; qu'il en va ainsi de la faculté laissée au premier président de la Cour de cassation ou de la cour d'appel d'apprécier, dans chaque cas, s'il y a lieu de surseoir à la continuation de l'information, des débats ou du prononcé du jugement, comme de l'absence de recours prévu contre la décision de ce magistrat* ».

⁴⁸⁷ C'est notamment le cas avec les présomptions d'intentionnalité, voir *Supra*

⁴⁸⁸ Cass. Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 11-90.037 : « *la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux dès lors que la rédaction des textes en cause est conforme aux principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pénale dont elle permet de déterminer le champ d'application sans porter atteinte au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines* ». Cette affirmation est reprise à l'identique, Cass. Crim. 6 septembre 2011, n° 11-90.074 ou encore Cass. Crim. 18 octobre 2011, n° 11-82.312.

⁴⁸⁹ Cass. Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-90.124 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle vise, à l'évidence, des dispositions justifiées par l'objectif à valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice, soit, plus précisément, la nécessité d'éviter l'encombrement des services des scellés des juridictions par des objets dont la propriété n'est pas revendiquée, laissant aux parties au procès pénal un délai raisonnable pour revendiquer la propriété des objets saisis à compter de la décision de classement sans suite ou de celle par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, et réservant les droits des tiers, sans mettre en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété, auquel elle n'apportent pas une atteinte disproportionnée* ».

code de procédure pénale qui dispose que « si la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, les objets non restitués deviennent propriété de l'Etat ». Le requérant estimait que cette disposition portait atteinte au droit de propriété, garanti notamment par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Chambre criminelle s'oppose à la transmission de la QPC en énonçant qu'elle n'est pas sérieuse puisque le délai laissé aux parties pour récupérer les objets placés sous scellés est qualifié de « raisonnable ». La Chambre criminelle réalise par conséquent sa propre analyse de la conformité de la règle de droit aux principes constitutionnels, ce qui dépasse son strict rôle de filtre⁴⁹⁰.

Caractère sérieux de la question prioritaire et droit vivant. La Chambre criminelle demeure attachée à la doctrine du droit vivant. Elle s'est donc, dans un premier temps, fermement opposée à la transmission de QPC qui contestaient la constitutionnalité non de textes légaux, mais de l'interprétation qui en est donnée par la Chambre criminelle⁴⁹¹. Elle justifiait son refus par la même formule : « aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation »⁴⁹². Cette « défense du pré-carré »⁴⁹³ a donné lieu à un célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 20 mai 2011⁴⁹⁴, à propos de la jurisprudence de la Chambre criminelle relative à la prescription de l'action publique des infractions clandestines. Cette jurisprudence *contra legem* s'est développée afin de permettre le déclenchement de poursuites pénales contre les auteurs d'infractions cachées. L'Assemblée plénière refuse de transmettre les QPC en exposant que « les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs ». La Haute juridiction déduit de l'ancienneté et de la constance de sa propre jurisprudence l'absence de violation d'un principe de prévisibilité de la loi en matière de procédure pénale. L'Assemblée plénière refuse la transmission de la QPC au motif que sa jurisprudence est conforme à la Constitution. Cette position est très contestable, car l'Assemblée plénière se positionne en juge de la constitutionnalité. La Chambre criminelle va suivre cette inclination et refuser la transmission de QPC relatives à son interprétation d'une norme pénale. Elle procède alors de son propre chef à l'appréciation de la constitutionnalité de sa jurisprudence⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Cass. Crim., 39 novembre 2010, pourvoi n°10-90.109 et Cass. Crim., 11 janvier 2011, pourvoi n°10-90.116.

⁴⁹¹ P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ* 2010.508 : « La loi organique est beaucoup moins explicite sur la question d'un éventuel contrôle de l'interprétation faite de la norme. A s'en tenir à une lecture littérale, il n'est question que de « dispositions législatives ». La Cour de cassation affiche une lecture artificiellement formelle de l'expression, la réduisant au seul « texte », à l'exclusion de la « norme » qu'il porte. Par ailleurs, il a été rappelé à plusieurs reprises lors des travaux préparatoires que, si le contrôle de constitutionnalité de la loi est confié au Conseil constitutionnel, le pouvoir d'interprétation de la loi relève toujours de la mission des juges ordinaires. Cependant, cette reconnaissance n'exclut pas le contrôle de constitutionnalité de la norme interprétée. La loi organique semble au contraire l'autoriser implicitement en permettant le réexamen d'une disposition déclarée *a priori* conforme, en cas de « changements de circonstances ».

⁴⁹² Cass. Crim., 19 mai 2010, pourvois n° 09-82.582, 09-83.328, 09-87.307 ; Cass. Crim., 19 mai 2010, pourvois n° 09-87.651 ; Cass. Crim., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-87.578 ; Cass. Crim., 4 juin 2010, pourvois n° 09-86.373, 09-87.925, 09-87.906, 09-87.870, 09-85.359, 09-84.928, 09-86.328 ; Cass. Crim., 11 juin 2010, pourvois n° 10-81.810, n°09-87.884 ; Cass. Crim., 25 juin 2010, pourvoi n° 10-82.506 ; Cass. Crim., 8 juillet 2010, pourvoi n° 10-80.764 ; Cass. Crim., 9 juillet 2010, pourvois n° 09-87.297, 09-88.414.

⁴⁹³ T. FOSSIER, art. préc., « c'est ce qui peut conduire la Chambre criminelle à défendre son rôle d'interprète de la loi. Sans être rétive par principe à transmettre des questions qui veulent soumettre la jurisprudence pénale au contrôle du Conseil constitutionnel, (...) la Chambre reste attachée au "droit vivant". Ce mécanisme de réciprocité implique à la fois que la Chambre puisse faire évoluer ses positions dossier par dossier, tandis que le Conseil constitutionnel exerce son contrôle tout uniment sur "la loi telle qu'interprétée" ; le Conseil doit éviter par conséquent d'intervenir, par voie de réserves, sur l'œuvre d'interprétation des juges supérieurs de chaque ordre ».

⁴⁹⁴ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois n°11-90.042, n°11-90.025, n°11-90.032, n°11-90.033.

⁴⁹⁵ Cass. Crim., 5 octobre 2010, pourvoi n°10-83.090 : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution » ; Cass. Crim., 19 janvier 2011, pourvois n° 10-85.159, 10-85.305 ; Cass. Crim., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-85.470 ; Cass. Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 11-81.628 ; Cass. Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-90.036 ; Cass. Crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.450 ; Cass. Crim., 19

Deux décisions du Conseil constitutionnel, en date du 6 octobre 2010⁴⁹⁶ et du 14 octobre 2010⁴⁹⁷, sont susceptibles de faire évoluer la situation. En effet, le Conseil constitutionnel a étendu le champ d'application de la QPC à la loi telle qu'interprétée par le juge⁴⁹⁸. Ces décisions ont provoqué une évolution notable de la position de la Chambre criminelle. Cette dernière, dans un arrêt remarqué du 5 octobre 2011, a adopté une position audacieuse, à l'occasion d'un refus de transmission d'une QPC⁴⁹⁹. Elle a ainsi procédé à un revirement de sa jurisprudence à l'occasion de sa saisine d'une QPC. Elle a certes refusé de transmettre la QPC soulevée, mais a réalisé un revirement jurisprudentiel qui place pour l'avenir sa jurisprudence en conformité avec la Constitution. La QPC n'est pas transmise mais, la Chambre criminelle accepte de faire évoluer sa position. Le droit vivant se trouve alors influencé très directement par l'usage des QPC.

2) Le caractère nouveau

Occurrences de la condition de nouveauté. La Chambre criminelle a transmis des QPC en se fondant sur leur caractère nouveau uniquement à deux reprises, lors des arrêts en date du 19 janvier 2011, relatifs à la motivation des arrêts de cour d'assises⁵⁰⁰. Dans ces arrêts, la Chambre criminelle s'appuie sur l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel du critère de nouveauté. Elle énonce que « *la question, fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ». La Chambre criminelle pouvait en effet difficilement prétendre que la question était nouvelle pour elle, ayant déjà été saisie auparavant par de nombreuses QPC sur ce point de droit⁵⁰¹. Elle justifie donc sa solution sur la nouveauté, mais dans son acception développée par le Conseil constitutionnel⁵⁰². Ce qui semble étonnant dans ces uniques arrêts de la Chambre criminelle utilisant le critère de la nouveauté est que la transmission au Conseil constitutionnel aurait pu être fondée sur le caractère sérieux de la QPC. En effet, la motivation d'une condamnation pénale renvoie aux exigences du procès équitable et présente indéniablement un caractère sérieux. La Chambre criminelle procède, conformément au texte de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, créée par la loi organique du 10 décembre 2009, qui prévoit l'analyse de la nouveauté avant le sérieux. La nouveauté étant admise, la Chambre criminelle est dispensée de vérifier le sérieux, une seule condition étant suffisante pour la transmission devant le Conseil constitutionnel.

Modalité de caractérisation. Lorsque la Chambre criminelle ne retient pas la nouveauté, elle use toujours de la même formule : « *la question ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* »⁵⁰³.

L'argumentaire. L'analyse de la condition de la nouveauté par la Chambre criminelle s'avère difficile, eu égard au très faible nombre d'arrêts en ayant usé. On peut seulement souligner que dans

octobre 2011, pourvoi n° 10-88.197 ; Cass. Crim., 14 décembre 2011, pourvois n° 11-90.092, 11-90.100, 11-90.101, 11-90.102, 11-90.099.

⁴⁹⁶ Cons. const., 6 octobre 2010, 2010-139 QPC.

⁴⁹⁷ Cons. const., 14 octobre 2010, 2010-52 QPC.

⁴⁹⁸ Selon le Conseil constitutionnel « *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* », (Cons. 4), décision du 14 octobre 2010 précitée.

⁴⁹⁹ Cass. Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n°11-90.087, N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811.

⁵⁰⁰ Cass. Crim., 19 janvier 2011, pouvoirs n°10-85.305 et 10-85.159.

⁵⁰¹ *Supra*.

⁵⁰² Cons. const. 3 déc. 2009, n°2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 21 : en imposant le critère de la question nouvelle, le législateur organique a exigé « *que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application* ».

⁵⁰³ Pour une illustration, Cass. Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n°11-83.938.

les deux arrêts retenant le critère de la nouveauté, la Chambre criminelle n'a pas vérifié en plus si la question était sérieuse, rappelant ainsi le caractère alternatif des critères de nouveauté et de sérieux.

G) L'Assemblée plénière de la Cour de cassation

« Le contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux dans la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation »

Gaël CHANTEPIE⁵⁰⁴

Aux termes de l'article L. 431-6 du Code de l'organisation judiciaire, « *le renvoi devant l'Assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens* ». L'Assemblée plénière ne traite donc que des questions de principe ou des hypothèses de résistance des juges du fond à la position de la Cour de cassation. Le mécanisme de la QPC pourrait sans doute être considéré comme posant, par nature, des questions de principe. C'est d'ailleurs l'esprit qui avait présidé à la création d'une chambre spéciale au sein de la Cour de cassation⁵⁰⁵, abrogée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010⁵⁰⁶. Dans cet esprit, l'activité de l'Assemblée plénière peut être scindée en deux périodes.

Après la suppression de la formation spéciale, seules cinq décisions ont été rendues, le même jour, en matière pénale⁵⁰⁷. En revanche, l'Assemblée plénière a traité une grande partie du contentieux porté devant la formation spéciale de la QPC entre mars et juillet 2010⁵⁰⁸. Il apparaît donc particulièrement délicat de porter une appréciation sur une « *pratique* » de la QPC devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Tout au plus est-il envisageable de tirer quelques enseignements des premiers mois du contentieux, avant que les différentes chambres de la Cour de cassation aient pris le relais. Plus que l'analyse de la jurisprudence rendue par une chambre de la Cour de cassation, il s'agit bien plutôt de l'examen partiel⁵⁰⁹ d'un intervalle temporel. Les cinq arrêts rendus en 2011 méritent à cet égard un traitement distinct.

Reformulation de la question. La QPC a parfois été soulevée à l'occasion d'un litige devant les juridictions du fond. Lorsque la question a été reformulée par les juges du fond, l'Assemblée plénière rappelle les termes de la QPC soulevée par le requérant à l'occasion de son mémoire distinct. Elle prend soin de motiver spécialement cette décision, soulignant que « *si la question peut être reformulée par le juge à effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il ne lui appartient pas d'en modifier l'objet et la portée ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le*

⁵⁰⁴ Professeur, CRDP, Université de Lille 2, Université de Lille 2.

⁵⁰⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art. 23-6, al. 2 et 3 : « *L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre* ».

⁵⁰⁶ Art. 12.

⁵⁰⁷ Aucune nouvelle décision de l'Assemblée plénière n'a été rendue au 30 juin 2012.

⁵⁰⁸ Les arrêts sont toujours rattachés à la Chambre spéciale sur le site de la Cour de cassation, mais apparaissent attribués aux différentes chambres sur le site Légifrance.

⁵⁰⁹ En ce qu'une partie du contentieux antérieur à août 2010 a effectivement été traité par les différentes chambres de la Cour de cassation.

mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise »⁵¹⁰. En d'autres termes, la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'opération de reformulation réalisée par les juges du fond, vérifiant concrètement si le changement des termes employés n'opère pas une transformation de la question. En l'espèce, la QPC transmise était ainsi rédigée : « *Les dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale qui, telles qu'interprétées de façon constante, en ce qu'elles reportent le point de départ de la prescription de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux au jour de leur apparition dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique au motif du caractère clandestin ou occulte de ces deux infractions, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement au principe constitutionnel de prévisibilité et de légalité de la loi, garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* ». Néanmoins, la question posée par le requérant dans son mémoire distinct est ainsi formulée : « *Les dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, telles qu'interprétées de façon constante, en ce qu'elles reportent le point de départ de la prescription de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux au jour de leur apparition dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique au motif du caractère clandestin ou occulte de ces deux infractions, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement au principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique, ainsi qu'au principe constitutionnel de légalité et de prévisibilité de la loi, garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* ». Dans le mémoire distinct, apparaît l'argument de la violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République absent de la question transmise par le juge. La reformulation permet d'attester du contrôle opéré sur ce point.

Les cas d'irrecevabilité de la QPC. On retrouve soulevées devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation les hypothèses d'irrecevabilité impliquant un contrôle approfondi de l'articulation des textes contestés. Au même titre que devant la Chambre commerciale, est jugée irrecevable une question qui « *ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution du règlement communautaire n° 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, devenus les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »⁵¹¹. Le constat de cette irrecevabilité suppose un examen préalable de l'origine européenne du texte contesté. L'irrecevabilité est également prononcée lorsqu'une disposition de caractère réglementaire est contestée⁵¹². Dans les deux hypothèses, l'irrecevabilité ne peut être retenue qu'au terme d'un examen portant sur la nature et l'origine du texte violé, le rapprochant du contrôle des conditions de nouveauté et de sérieux.

Diversité des droits et libertés invoqués. L'Assemblée plénière n'ayant pas de compétence spécifique, les droits invoqués sont très nombreux. On peut ainsi citer les droits de la défense et du procès équitable garantis notamment par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme⁵¹³, notamment le droit à la présomption d'innocence⁵¹⁴ ou le principe fondamental reconnu par les lois de la République *non bis in idem*⁵¹⁵, le principe d'égalité⁵¹⁶, notamment de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques⁵¹⁷ et de l'égalité entre l'homme et la femme⁵¹⁸, le principe du libre consentement à l'impôt consacré par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵¹⁹, le droit de propriété,⁵²⁰ le droit au maintien de l'économie des conventions légalement

⁵¹⁰ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.033.

⁵¹¹ Cass. Ass. Plén., 9 juill. 2010, pourvois n° 09-72.894 et 09-72.830 ; 18 juin 2010, pourvois n° 09-72.657, n° 09-72.655.

⁵¹² Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvois n° 09-72.657, n° 09-72.655, n° 09-72.894.

⁵¹³ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvois n° 09-72.657, n° 09-72.655, n° 09-72.894.

⁵¹⁴ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-40.013.

⁵¹⁵ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-10.96.

⁵¹⁶ Cass. Ass. Plén., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-15.034 ; 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749 ; 9 juill. 2010, pourvoi n° 10-40.010.

⁵¹⁷ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, pourvois n° 09-71.801, 09-71.805, 09-71.806.

⁵¹⁸ Cass. Ass. Plén., 8 juil. 2010, pourvoi n° 10-40.003.

⁵¹⁹ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, pourvois n° 09-71.801, 09-71.805, 09-71.806.

⁵²⁰ Cass. Ass. Plén., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-15.034.

conclus découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁵²¹, le principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à un dommage l'oblige à le réparer⁵²², le droit à l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi⁵²³, le principe de la liberté syndicale⁵²⁴, la liberté d'association⁵²⁵, le droit des travailleurs à participer à la détermination de leurs conditions de travail⁵²⁶.

1) L'examen du caractère sérieux de la QPC

a) Les arrêts du 20 mai 2011

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu cinq arrêts en date du 20 mai 2011 qui présentent de nombreuses spécificités formelles. C'est ainsi, tout d'abord, que l'Assemblée plénière adopte une présentation qui distingue les différents griefs soulevés, avant de répondre sur chaque point, en formalisant l'examen par des paragraphes séparés, avant de conclure à l'absence de sérieux⁵²⁷. Cette présentation permet d'apprécier le contrôle du caractère sérieux au regard des différents arguments soulevés par la QPC. Le changement est particulièrement sensible si l'on compare ces arrêts avec certaines des premières décisions de l'Assemblée plénière⁵²⁸, bien que celle-ci ait toujours veillé à fournir une motivation minimale du caractère non-sérieux, à la différence de la Chambre commerciale.

Sur le fond, les arrêts distinguent bien les griefs soulevés par les requérants, ce qui permet d'apprécier la motivation retenue. Plusieurs types d'arguments sont utilisés, qui traduisent une appropriation des méthodes d'examen, au demeurant contestée⁵²⁹. Tout d'abord, l'Assemblée plénière combine les articles de la Constitution pour préciser la mise en œuvre des droits et libertés garantis. Ainsi, « *si, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi "légalement appliquée", cette exigence est satisfaite par le droit à un recours effectif devant une juridiction, qui découle de l'article 16 de la même Déclaration* »⁵³⁰.

Ensuite, l'Assemblée plénière procède à une analyse de la portée du principe invoqué. En réponse à une question mettant en cause le non-respect du principe de légalité des délits et des peines, elle précise, d'une part, que ce principe, « *énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme*

⁵²¹ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 09-71.209.

⁵²² Cass. Ass. Plén., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-15.034.

⁵²³ Cass. Ass. Plén., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-70.716.

⁵²⁴ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749 ; 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-60.189.

⁵²⁵ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, pourvoi n° 10-40.011.

⁵²⁶ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749.

⁵²⁷ V. ainsi, Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois n°s 11-90.025 et 11-90.032 : « *Sur le grief tiré de la violation d'un principe de prescription de l'action publique : Attendu que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle ; Sur le grief tiré de la violation d'un principe de prévisibilité de la loi en matière de procédure pénale : Attendu que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs ; Sur le grief tiré de la violation du principe d'application légale de la loi : Attendu que si, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi "légalement appliquée", cette exigence est satisfaite par le droit à un recours effectif devant une juridiction, qui découle de l'article 16 de la même Déclaration ; D'où il suit que la question ne présentant pas un caractère sérieux, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel* ».

⁵²⁸ V. par ex., Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749 : « *la question soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution* ».

⁵²⁹ V. par ex., J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011, p. 711, n° 48.

⁵³⁰ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois n°s 11-90.025, 11-90.032 et 11-90.033.

et du citoyen du 26 août 1789 implique que le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant la procédure pénale, fixe lui même le champ d'application de la loi pénale ; que les dispositions critiquées répondent à cette exigence, dès lors que les règles de la prescription de l'action publique et de la connexité découlent de dispositions législatives ». Elle poursuit, d'autre part, en ajoutant « que le principe d'égalité ne faisant pas obstacle à l'application de règles distinctes à des situations distinctes au regard de l'objectif poursuivi par la loi, ces mêmes règles ne méconnaissent pas davantage le principe d'égalité devant la loi »⁵³¹. L'arrêt reprend l'interprétation classique des principes invoqués, tout en explicitant leur application au cas particulier.

Plus intéressante – et controversée – est en revanche, enfin, l'affirmation par l'Assemblée plénière de la nature constitutionnelle du principe dont la violation est alléguée. C'est ainsi qu'elle affirme, à l'encontre d'un grief tiré de la violation d'un principe de prescription de l'action publique, que cette prescription « ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle »⁵³². La Cour de cassation ne contrôle pas le fait que le principe de prescription de l'action publique n'ait pas, en l'espèce, été violé par les dispositions contestées. De manière plus fondamentale, elle écarte la valeur constitutionnelle d'un tel principe. Cette solution a suscité des réactions contrastées qui débordent l'objet de cette étude⁵³³.

Il faut rappeler que le Conseil constitutionnel n'avait jamais, semble-t-il, reconnu l'existence d'un tel principe, se contentant de préciser qu'« aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁵³⁴. Or il ne revient pas au même d'admettre l'imprescriptibilité de certaines infractions et de reconnaître un principe de prescription de l'action publique. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'avait pas non plus eu l'occasion de se prononcer sur l'existence d'un tel principe. Précisément, le fait que la prescription de l'action publique ne soit pas reconnue, au jour de la décision de la Cour de cassation, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, n'excluait pas qu'elle puisse l'être lors d'un éventuel renvoi de la QPC. À cet égard, il convient de souligner l'ambiguïté du contrôle opéré par la Cour de cassation, qui rejette comme ne présentant pas un caractère sérieux une question dont la nouveauté, critère alternatif, aurait pu suffire à justifier le renvoi. Sur ce point précis, la motivation des arrêts demeure toutefois lapidaire⁵³⁵. Au-delà des arguments pragmatiques qui ont pu peser dans la décision, la seule invocation d'un PFRLR non reconnu ne pouvant suffire à caractériser la nouveauté de la question, l'argumentation adoptée ne permet pas de démarquer clairement l'examen des conditions de nouveauté et de sérieux. Il paraît cependant difficile de conclure à une spécificité de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation par rapport aux autres chambres qui la composent.

⁵³¹ Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.042.

⁵³² Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois n°s 11-90.025, 11-90.032 et 11-90.033.

⁵³³ V. notamment, J.-B. PERRIER, art. préc. ; B. MATHIEU, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G* 2011, 670 ; J.-H. ROBERT, « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », *Dr. pénal* 2011, comm. 95.

⁵³⁴ Cons. const., 22 janv. 1999, 98-408 DC, cons. 20.

⁵³⁵ On retrouve en effet une motivation lapidaire courante en cas d'absence de nouveauté : « ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application, la question n'est pas nouvelle ».

b) Les arrêts rendus entre mai et juillet 2010

1- Les décisions de non-lieu à renvoi

Les décisions de non-lieu à renvoi motivée par le caractère non sérieux de la QPC méritent quelques précisions liminaires.

Tout d'abord, une première série d'arrêts ne sera évoquée que pour mémoire. Ils ont tous en commun d'avoir refusé la transmission d'une QPC qui portait, non sur le texte légal, mais sur l'interprétation donnée par le juge judiciaire. C'est ainsi, notamment, que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pu juger que « *la question ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard des conditions de la constitution des organismes de sécurité sociale* »⁵³⁶, voire « *leur éventuelle interprétation par le juge* »⁵³⁷. La Cour de cassation a même précisé dans un arrêt que l'absence de sérieux se déduisait du fait que « *la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à interprétation, laquelle relève de l'office du juge* »⁵³⁸. L'importance de la controverse née de ces décisions, autant que l'abandon ultérieur de cette jurisprudence par la Cour de cassation, justifient qu'on ne s'y attarde pas.

Ensuite, une deuxième série de décisions ont rejeté les QPC soulevées du fait de l'abrogation de la disposition contestée. Sont donc concernées des QPC relatives à des textes applicables au litige⁵³⁹ mais qu'une disposition ultérieure a abrogés. La motivation est similaire dans les différentes hypothèses. La Cour de cassation retient que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, entrée en vigueur le 6 août 2008* »⁵⁴⁰. Ainsi que le note un auteur, « *la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité reste et demeure un contrôle de la conformité des lois* ». Dès lors, « *si entre le moment où l'atteinte aux droits fondamentaux causée par le texte critiqué et le moment où la question est examinée, une modification est intervenue, le contrôle de constitutionnalité peut se trouver empêché* »⁵⁴¹. Conséquence de la nature du contrôle de constitutionnalité mis en œuvre, le caractère non sérieux des QPC ne mérite pas plus de développements.

Les autres décisions de non-lieu à renvoi motivées par le non sérieux de la question ne peuvent être réunies au sein d'une catégorie unitaire. Il conviendra dès lors de s'attacher aux aspects formels de la motivation.

Sur la forme, l'Assemblée plénière fait précéder la motivation par la solution retenue. C'est ainsi que les arrêts retiennent que la question posée ne présente pas un caractère sérieux avant d'expliquer les raisons. On peut cependant relever un arrêt qui adopte une formulation différente, considérant que « *les droits et obligations des membres d'une association syndicale sont attachés aux immeubles compris dans le périmètre de celle-ci et ont un caractère réel ; qu'il s'ensuit que la*

⁵³⁶ Cass. Ass. Plén., 9 juill. 2010, pourvoi n° 10-40.010. Rapp. Cass. Ass. Plén., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-70.161.

⁵³⁷ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-60.189. L'arrêt présente une spécificité formelle en ce qu'il ne précise pas le caractère non sérieux, se contentant du motif reproduit et de l'examen de l'absence de nouveauté pour conclure à la non-transmission.

⁵³⁸ Cass. Ass. Plén., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-70.716.

⁵³⁹ À défaut, la QPC aurait été jugée irrecevable.

⁵⁴⁰ Cass. Ass. Plén., 16 juill. 2010, pourvoi n° 10-10.494 ; 1^{er} juill. 2010 (7 arrêts), pourvois n°s 10-13.487, 10-30.001, 10-30.002, 09-17.404, 09-72.811, 10-20.235, 10-11.662, 09-72.941 ; 15 juin 2010, n° 09-17.283, 09-72.478, 09-72.731, 09-72.732, 09-72.738, 09-72.740, 09-72.742, 09-72.728, 09-72.474, 09-72.476, 09-70.995, 09-70.996, 09-17.284. *Adde* Cass. Ass. Plén. 8 juill. 2010 (2 arrêts), n° 10-10.965. Pour une hypothèse d'abrogation du texte, v. Cass. Ass. Plén. 25 juin 2010, pourvois n° 09-71.801, 09-71.805, 09-71.806.

⁵⁴¹ J.-B. PERRIER, art. préc., n° 21.

question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association »⁵⁴².

Quant à l'étendue de la motivation, il est difficile de décrire une pratique unitaire. Certains arrêts se fondent sur une simple affirmation de non contrariété aux textes invoqués⁵⁴³, quand d'autres, adoptant la même méthode, fournissent quelques éléments de justification⁵⁴⁴. Parfois même, l'Assemblée plénière développe une argumentation riche, mettant en œuvre des critères susceptibles d'être utilisés par le Conseil constitutionnel, tels que l'intérêt général⁵⁴⁵ ou la proportionnalité⁵⁴⁶. Dans cette dernière décision, la Cour de cassation a considéré que « *les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux en ce que, sous réserve du respect de l'exigence constitutionnelle de proportionnalité, laquelle implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* ». Le contrôle du critère de proportionnalité demeure en l'espèce purement théorique, la Cour de cassation procédant plus par voie d'affirmation que par un examen concret de la situation litigieuse.

2- Les décisions de renvoi

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a transmis un nombre restreint de QPC (5 arrêts portant sur 4 QPC). Sur la forme, les motifs du renvoi demeurent succincts. L'Assemblée plénière s'est contentée, dans le premier arrêt de renvoi, d'affirmer le « *caractère sérieux [de la QPC] au regard des droits et libertés que la Constitution garantit* »⁵⁴⁷. Néanmoins, l'argumentation est généralement un peu plus développée. C'est ainsi que l'Assemblée plénière peut juger que « *le moyen tiré de ce que les dispositions critiquées, en ce qu'elles régissent la représentativité des organisations syndicales catégorielles et inter-catégorielles, méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, soulève une question qui présente un caractère sérieux* »⁵⁴⁸. Dans le rappel de l'énoncé de la QPC, il y a une référence au principe d'égalité dont la violation est alléguée. L'Assemblée plénière peut d'ailleurs suggérer ce qui, dans le texte, suscite un doute sur sa constitutionnalité⁵⁴⁹.

Allant plus loin, la décision peut même expliciter la violation éventuelle du principe. Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2010, l'Assemblée plénière ne se contente pas d'énoncer que « *les questions posées*

⁵⁴² Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, pourvoi n° 10-40.011.

⁵⁴³ Cass. Ass. Plén., 16 juill. 2011 (4 arrêts), pourvois n°s 10-40.015, 10-40.016, 10-40.017, 10-40.018 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que l'article L. 1235-7 du code du travail instaurant un délai d'un an pour contester la validité d'un licenciement pour motif économique ne distingue pas entre les salariés placés dans la même situation, ne prive pas le salarié licencié d'un droit d'accès au juge et est étranger au droit de propriété* ».

⁵⁴⁴ Comp. Cass. Ass. Plén., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-15.034 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa 2, du code civil répond à la situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes d'incendie communiqué, qu'il est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de dommages aux biens, et qu'enfin il n'est pas porté atteinte au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

⁵⁴⁵ Cass. Ass. Plén., 16 juill. 2011, pourvoi n° 10-40.014 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions légales critiquées, fussent-elles fondées sur l'origine, découlaient nécessairement de l'accession à l'indépendance de certains territoires, laquelle ne pouvait que conduire, dans un but d'intérêt général, à distinguer la population restant de plein droit celle de la République française de celle des nouveaux Etats indépendants, dont les nationaux étaient soumis à une manifestation de volonté pour rester Français* ». Rappr. Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 09-71.209.

⁵⁴⁶ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-10.965.

⁵⁴⁷ Cass. Ass. Plén., 15 juill. 2010 (2 arrêts), pourvois n°s 09-17.492 et 10-40.012.

⁵⁴⁸ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-60.189.

⁵⁴⁹ V. ainsi, Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, pourvoi n° 10-40.008 : « *la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle concerne le transfert de propriété d'une portion d'un bien immobilier au profit d'une collectivité locale, imposé au bénéficiaire d'une autorisation de construire ou de lotir sans indemnisation pécuniaire préalablement acceptée ou judiciairement fixée* ».

présentent un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité ». Elle ajoute que la QPC est sérieuse « en ce que l'article 365 du code civil institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique »⁵⁵⁰. La précision technique oriente le débat vers la seule question de l'autorité parentale. Avant de déclarer la disposition contestée conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a cependant pris soin de préciser que « depuis l'arrêt du 20 février 2007 susvisé, la Cour de cassation juge de manière constante que, lorsque le père ou la mère biologique entend continuer à élever l'enfant, le transfert à l'adoptant des droits d'autorité parentale qui résulterait de l'adoption par le concubin ou le partenaire du parent biologique est contraire à l'intérêt de l'enfant et, par suite, fait obstacle au prononcé de cette adoption ; que, dès lors, la constitutionnalité de l'article 365 du code civil doit être examinée non pas en ce que cet article institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique, mais en ce qu'il a pour effet d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin »⁵⁵¹. Autrement dit, il ne s'agit pas de contrôler la lettre du texte mais bien l'interprétation jurisprudentielle qui lui est donnée. À cet égard, bien que la Cour de cassation n'ait pas refusé la transmission au motif que la question visait non le texte mais son interprétation jurisprudentielle⁵⁵², la motivation adoptée semblait destinée à orienter le contrôle du Conseil constitutionnel sur le texte en tant que tel.

2) L'examen du caractère nouveau de la QPC.

L'examen de la condition de nouveauté n'appellera pas de longues observations. À l'instar de la Chambre commerciale, l'Assemblée plénière n'a jamais transmis une QPC en raison de sa nouveauté. Certes, à l'occasion de l'examen d'une QPC portant sur la prescription de l'action publique, la Cour de cassation disposait peut-être d'une opportunité au regard de la jurisprudence passée du Conseil constitutionnel⁵⁵³. Néanmoins, l'Assemblée plénière ne se démarque pas de la position des autres chambres.

La motivation adoptée demeure très limitée. Les arrêts reprennent généralement une formule standardisée : « la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle »⁵⁵⁴, ou affirment plus simplement que « les principes invoqués ne sont pas nouveaux »⁵⁵⁵. Les différences minimales dans la formulation ne paraissent pas, néanmoins, découler d'une modulation du contrôle du caractère nouveau de la question.

⁵⁵⁰ Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-10.385.

⁵⁵¹ Cons. const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC, cons. 3.

⁵⁵² Comp. Cass. Ass. Plén., 8 juill. 2010, pourvoi n° 10-60.189 : « la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais leur éventuelle interprétation par le juge ».

⁵⁵³ V. Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois n°s 11-90.025, 11-90.032 et 11-90.033, cités *supra*.

⁵⁵⁴ Cass. Ass. Plén., 16 juill. 2010, pourvoi n° 10-40.018. Rapp. Cass. Ass. Plén., 16 juill. 2010, pourvoi n° 10-40.014 : « la question ne porte pas sur l'interprétation d'un texte ou d'un principe constitutionnel dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application ».

⁵⁵⁵ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749.

§2 : Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

PAULINE TÜRK⁵⁵⁶

Parmi les conditions de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, l'appréciation de la condition tirée du sérieux ou de la nouveauté est sans doute la plus délicate. Sur le plan théorique, parce qu'elle touche à l'articulation des rôles des différents juges, et en pratique, parce qu'elle est la plus difficile à appréhender. Il n'y a qu'un pas, en effet, entre le filtrage demandé au Conseil d'Etat et le pré-jugement de constitutionnalité qu'il s'interdit de faire, sous peine de devenir ce juge constitutionnel qu'il ne veut ni ne peut être. La recherche d'un subtil équilibre s'impose donc constamment à lui, au fur et à mesure qu'il aiguille les QPC, par centaines, sous l'œil de commentateurs prompts à souligner tout écart ou faux-pas.

L'étude de la façon dont il remplit sa mission apparaît comme un préalable à la mise en évidence de divergences ou de convergences avec les conditions du filtrage parallèlement opéré par la Cour de cassation et ses différentes chambres (ci-dessus étudiées), concernant cette 3^e condition de recevabilité.

A) Eléments de définition du caractère nouveau ou sérieux vu du Conseil d'Etat

En application de l'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009, le Conseil d'Etat apprécie la recevabilité des questions prioritaires soulevées ou renvoyées devant lui au regard de trois conditions, qui justifieront ou non la transmission au Conseil constitutionnel : cette transmission est effectuée « *dès lors que les conditions prévues aux 1^o et 2^o de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ».

1) La question nouvelle

C'est celle qui pose une question de constitutionnalité jamais tranchée par le Conseil constitutionnel, s'agissant « *de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont [il] n'a pas encore eu l'occasion de faire application* »⁵⁵⁷. Ce dernier a bien précisé, dans sa décision 2009-595 DC, que ce critère ne s'appréciait pas au regard de la disposition législative contestée : une question relative à une loi dont la conformité aux droits et libertés n'a jamais été vérifiée par le Conseil constitutionnel n'est donc pas forcément nouvelle. Selon Marc GUILLAUME, la « *question nouvelle s'apprécie au regard de la disposition constitutionnelle à laquelle la disposition législative est confrontée* »⁵⁵⁸ (exemple d'une disposition constitutionnelle jamais appliquée parce que relativement récente, tel l'article 66-1 de la Constitution⁵⁵⁹ ou certaines dispositions de la Charte de l'environnement⁵⁶⁰). Ainsi se trouve-t-on assuré que toute question nouvelle, même si son sérieux

⁵⁵⁶ Maître de conférences – HDR en droit public à l'Université Lille 2, Laboratoire de Recherches CRDPD-ERDP.

⁵⁵⁷ Cons. const., 10 déc. 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, §21 : « *une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* ».

⁵⁵⁸ M. GUILLAUME, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 47.

⁵⁵⁹ Voir CE, du 8 octobre 2010, pourvoi n° 338505.

⁵⁶⁰ CE, 18 juillet 2011, pourvoi n° 340551. Sur les rapprochements entre question nouvelle et question déjà tranchée mais tombant

n'est pas établi, sera bien transmise au Conseil constitutionnel, et non tranchée par les cours suprêmes des deux ordres elles-mêmes. Au Conseil d'Etat, on considère donc que « *l'appréciation du caractère nouveau de la question se fait selon une grille d'analyse directement issue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a précisé la nature alternative de ce critère et en a donné une interprétation restrictive* »⁵⁶¹, ce qui explique qu'il soit finalement peu utilisé.

2) La question sérieuse

Devant le Conseil d'Etat, la question sérieuse est celle qui soulève un « *doute raisonnable* »⁵⁶² concernant la compatibilité de la disposition contestée avec un droit ou une liberté constitutionnellement protégés. Alors que les juges du fond sont, eux, chargés de vérifier que « *la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux* »⁵⁶³, ce qui vise à éliminer les questions dilatoires ou fantaisistes, l'appréciation de la 3^e condition qui incombe aux cours suprêmes est en effet « *légèrement plus exigeante* »⁵⁶⁴. Le filtrage implique ici « *un examen plus approfondi de la pertinence de la question* », le sérieux étant établi si la question est « *de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* »⁵⁶⁵. Le renvoi d'une QPC vers le Conseil constitutionnel n'est pas un pré-jugement, ce n'est qu'un « *aiguillage* »⁵⁶⁶, un début, « *tout au plus une promesse ou un pari* ». Christian VIGOUROUX fait état d'une « *échelle à trois degrés* ». Au 1^{er} degré, le sérieux de la question, selon le Conseil d'Etat, peut correspondre à un « *doute radical sur la constitutionnalité de la loi* », lorsque, « *à 90%, nous parions que le Conseil constitutionnel va sanctionner* »⁵⁶⁷. Au 2^e degré, le Conseil d'Etat a seulement « *un doute raisonnable sans certitude* »⁵⁶⁸, et attend de voir, sans *a priori*, ce que le Conseil constitutionnel décidera. Au 3^e degré, il n'a pas de doute réel, ou même se trouve convaincu de la constitutionnalité de la question, mais estime que la question est sérieuse « *par son importance ou ses conséquences* », ce qui justifie la transmission⁵⁶⁹.

Ainsi, le refus de transmission correspond à **l'absence de doute sur la constitutionnalité de la disposition, sans que l'importance ou les conséquences de la question ne justifie de laisser au Conseil constitutionnel le soin de le constater**. Dans ce cas, le Conseil d'Etat assume le fait de ne pas renvoyer certaines « *questions lourdes* »⁵⁷⁰, usant de la liberté d'appréciation qui lui est laissée par la loi organique du 10 décembre 2009.

En pratique, l'absence de sérieux est bien la cause de trois-quarts des refus de transmission devant le Conseil d'Etat, loin devant l'inapplicabilité au litige et l'autorité de chose jugée, le critère alternatif de la nouveauté ne venant que rarement compenser l'absence de sérieux (13 arrêts, sur la période étudiée, courant de mars 2010 à décembre 2011).

sous le coup d'un changement de circonstances de droit, Voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2011, p. 710.

⁵⁶¹ J.-M. SAUVE, vice-président du Conseil d'Etat, et B. STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, auditionnés par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1^{er} septembre 2010, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application », *rapport d'information n° 2832* du 5 octobre 2010, p. 51.

⁵⁶² J.-M. SAUVE, *rapport d'information n° 2832* du 5 octobre 2010, op. cit., p. 51.

⁵⁶³ Article 23-3 de la loi organique du 10 décembre 2009.

⁵⁶⁴ M. GUILLAUME, op. cit., p. 47.

⁵⁶⁵ Circulaire du Garde des sceaux du 24 février 2010 présentant la question prioritaire de constitutionnalité, n° NOR : JUSC1006154C, p. 23.

⁵⁶⁶ C. VIGOUROUX, « Les modalités d'examen de constitutionnalité pour la QPC », *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, p. 25.

⁵⁶⁷ Idem, p. 29, à propos de l'arrêt CE, 30 décembre 2010, pourvoi n° 343994, le Conseil constitutionnel ayant admis l'inconstitutionnalité.

⁵⁶⁸ Exemple de l'arrêt CE, 9 juin 2010, pourvoi n° 316986, sur le régime des universités, finalement jugé constitutionnel sous réserve par le Conseil constitutionnel.

⁵⁶⁹ Exemple de l'arrêt CE, 24 juin 2010, pourvoi n°338581 sur les dispositions du CGI relatives à la taxe sur les salaires, finalement jugées conformes par le Conseil constitutionnel.

⁵⁷⁰ Selon l'expression de C. VIGOUROUX, op. cit, p. 30, à propos des arrêts de non transmission relatifs à l'abus de droit (CE n° 341065 du 29 septembre 2010) ou à la vidéosurveillance (CE n° 342958 du 26 novembre 2010), par exemple.

B) Forme et longueur de la motivation de l'appréciation du caractère sérieux / nouveau

La troisième condition de recevabilité est donc examinée systématiquement dans tous les arrêts du Conseil d'Etat concluant à la transmission. En revanche, pour les arrêts concluant à la non transmission, c'est, en principe⁵⁷¹, seulement si les deux premières conditions sont réunies (applicabilité au litige et absence d'autorité de la chose jugée) que le Conseil d'Etat se penche sur le sérieux ou la nouveauté de la question, livrant à ce sujet une appréciation voulue objective, mais nécessairement teintée de subjectivité.

C'est pour cela que l'appréciation ainsi portée par le Conseil d'Etat « doit être motivée », comme l'exige l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009, et « doit permettre d'apprécier en quoi les conditions posées par l'article 23-2 ... sont ou non regardées comme remplies »⁵⁷².

On constate, à l'analyse des arrêts, que la motivation, sur cette troisième condition déterminante, est **plus explicite et détaillée dans les arrêts de non transmission**. En effet, « le Conseil d'Etat s'attache dans la motivation de ses décisions de transmission à faire preuve d'un certain laconisme afin d'éviter tout pré-jugement de la question de constitutionnalité elle-même. Les refus de transmission sont, en revanche, davantage motivés »⁵⁷³. Tout se passe donc comme si, selon l'observation communément partagée⁵⁷⁴, le Conseil d'Etat acceptait de se **faire juge de la constitutionnalité**⁵⁷⁵, tout en respectant l'exclusivité du Conseil constitutionnel en tant que juge de l'inconstitutionnalité, sur le modèle italien. En effet, **lorsque l'arrêt conclut à la transmission** au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat veille à **ne pas s'immiscer dans l'appréciation au fond** de la constitutionnalité, relevant du seul Conseil constitutionnel. Il se contentera donc, après avoir rappelé la réunion des deux premières conditions, de constater que « le moyen tiré de ce que les dispositions portent atteinte à [l'article X de la Constitution ou de la Déclaration de 1789, par exemple] soulève une question présentant un caractère sérieux », **selon une formulation-type**. Parfois même, plus sommairement, il s'abstiendra de préciser les dispositions constitutionnelles ainsi visées, relevant seulement que « le moyen tiré de ce que les dispositions législatives contestées portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soulève une question nouvelle »⁵⁷⁶. Il évite ainsi toute immixtion dans le contrôle qui incombe dès lors au Conseil constitutionnel, respectant les limites de son rôle de filtrage.

Au contraire, nécessairement, **les arrêts de non transmission** sont davantage motivés - quant à l'absence de sérieux ou de nouveauté d'une question - lorsque celle-ci a déjà été jugée applicable au litige et non frappée d'autorité de chose jugée. On sait d'ailleurs que l'amélioration de la motivation des arrêts est une préoccupation particulièrement vive du Conseil d'Etat, le groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative ayant remis au Vice-président son rapport final en ce sens, en mai 2012. De même, on sait que le Conseil d'Etat est soucieux d'éviter que les actes administratifs soient motivés par référence à des formules-type. Ces préoccupations se

⁵⁷¹ Principe qui souffre de rares exceptions, tel ce cas particulier où, à propos de dispositions fiscales, le Conseil d'Etat, alors même qu'il vient de constater la non applicabilité au litige, en conclut « le moyen tiré de ce que les [dispositions] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être regardé comme non sérieux ». De façon inhabituelle, il examine ici la 3^e condition alors que la 2^e n'est pas remplie, et de façon contestable, il déduit de la non applicabilité au litige l'absence de sérieux de la question, mélangeant curieusement deux conditions en principe distinctes, cf. CE 26 juillet 2011, pourvoi n° 346871.

⁵⁷² Circulaire du 24 février 2010 précitée, p. 22.

⁵⁷³ J.-M. SAUVE, 1^{er} sept 2010, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application », op. cit.

⁵⁷⁴ Voir P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation », *RTD Civ*, 2010, p. 505 ; Sur la notion de juge constitutionnel « négatif » et « positif », J. BARTHELEMY et L. BORE, « Juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 69 ; MM. DEROSIER, GREN et MACAYA, « Le conseil d'Etat, juge constitutionnel ? », *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, p. 43.

⁵⁷⁵ Même s'il est vrai que refuser de poser une question ne revient pas nécessairement à la trancher, cf. en ce sens, C. VIGOUROUX, « Les modalités d'examen de constitutionnalité pour la QPC », op. cit., p. 25.

⁵⁷⁶ Voir par exemple CE, 2 juin 2010, pourvoi n° 326444.

vérifient-elles dans la motivation des arrêts de filtrage de QPC ? Partiellement. Car le Conseil d'Etat recourt systématiquement à un **considérant-type**⁵⁷⁷, qui permet au moins d'identifier clairement les arrêts de filtrage des QPC. Mais on note aussi qu'il veille, dans un second temps, à **préciser et à adapter la formulation de son appréciation** relative au sérieux de la question, l'appréciation de la nouveauté faisant figure d'exception, conformément à l'interprétation stricte donnée de ce critère par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009⁵⁷⁸. Ainsi, sur la période considérée (allant de mars 2010 à décembre 2011), 13 arrêts concluent à la transmission pour cause de nouveauté, et 9 arrêts de transmission se fondent sur les caractères sérieux et nouveaux réunis⁵⁷⁹. En tous les cas, le Conseil d'Etat s'interdit de conclure à « *la constitutionnalité des dispositions contestées* » ou à « *leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis* », se contentant seulement de constater le sérieux de la question posée ou au contraire de conclure prudemment à l'absence de méconnaissance du(des) principe(s) invoqué(s).

C) Qualité et pertinence de la motivation sur le caractère sérieux / nouveau

Sur la pertinence et la précision de la motivation formulée par le Conseil d'Etat, les avis, nécessairement subjectifs, peuvent varier, tout refus de transmission, aussi fondé soit-il, occasionnant forcément des déceptions. Dans certains cas, la motivation a ainsi pu être jugée trop sommaire ou insuffisamment convaincante par tels observateurs, qui attendaient davantage du Conseil d'Etat sur une question pour eux significative. Ainsi en est-il de questions prioritaires mettant en jeu les dispositions de la Charte de l'environnement, rejetées faute de sérieux ou de nouveauté, qu'il s'agisse d'une QPC relative à des dispositions fiscales⁵⁸⁰ ou d'une autre relative à la conformité de l'article 91 du code minier à l'article 4 de la Charte de l'environnement⁵⁸¹, et ceci d'ailleurs sans préjudice des efforts du Conseil d'Etat pour promouvoir et intégrer à sa jurisprudence les exigences environnementales⁵⁸².

CE, 15 avril 2011, pourvoi n° 346042, Association Après mine Moselle-est

« *Considérant que l'ASSOCIATION APRES-MINES MOSELLE-EST soutient que les dispositions citées ci-dessus de l'article 91 du code minier méconnaissent les principes de prévention et de contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement définis par les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement ainsi que le principe de précaution défini par l'article 5 de cette charte ; que toutefois, l'article 91 du code minier dispose que lors de l'arrêt de travaux miniers l'autorité administrative prescrit les mesures à exécuter par l'exploitant afin de préserver notamment les caractéristiques essentielles du milieu environnant, de faire cesser les désordres et nuisances de toute nature engendrés par ses activités et prévenir les risques de survenance de tels désordres ; que ces dispositions imposent à l'exploitant la charge de faire cesser les dommages causés à l'environnement par les activités minières après leur arrêt ; qu'elles visent également à prévenir les dommages que pourraient ultérieurement causer les concessions minières mises à l'arrêt ; qu'en outre, l'article 93 du code minier prévoit que l'Etat est responsable, après la fin de validité du titre minier, de la surveillance et de la prévention des risques susceptibles de mettre en cause la sécurité des biens ou des personnes identifiés lors de l'arrêt des travaux et les dispositions contestées n'ont aucunement pour effet d'imposer une charge aux collectivités territoriales ni d'introduire une rupture d'égalité entre ces*

⁵⁷⁷ « *Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)* ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ; »

⁵⁷⁸ J-M SAUVE et B. STIRN, 1^{er} septembre 2010, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application », op. cit.

⁵⁷⁹ Voir par exemple CE, 18 juillet 2011, pourvoi n° 340551, *relatif à l'article 7 de la Charte de l'environnement*.

⁵⁸⁰ Voir CE, 23 juillet 2010, pourvoi n° 337538 *Sté Atac*, même s'il a été relevé que la question, intéressante, avait été mal posée; D. HEDARY, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, « La charte de l'environnement : une mine à QPC ? », *Constitutions*, 2011, p. 407.

⁵⁸¹ CE, 15 avril 2011, pourvoi n° 346042, *Association Après mine Moselle-est*.

⁵⁸² Discours de J-M. SAUVE pour l'ouverture du cycle de conférences sur les enjeux juridiques de l'environnement, le 14 mai 2012.

dernières ; que, par suite, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ; (...) »

Au final d'ailleurs, c'est au regard à la fois de la nouveauté et du sérieux que la question portant sur la violation, par certaines dispositions du code de l'environnement, du droit à l'information et à la participation du public résultant de l'article 7 de la Charte de l'environnement a été, par la suite, transmise au Conseil constitutionnel⁵⁸³.

A la motivation sommaire répond la **motivation trop argumentée**. Car dans d'autres cas, plutôt rares, on a reproché au Conseil d'Etat d'adopter au contraire une conception trop large de son rôle, interprétant librement des principes constitutionnels, ou exerçant une forme de pré-contrôle. Par exemple lorsqu'il eut à statuer sur une question relative aux interférences entre ses fonctions consultative et juridictionnelle (question de la conformité à l'article 16 DDHC notamment). Dans le célèbre arrêt « *association Alcaly* » du 16 avril 2010, il a livré **une appréciation à ce point motivée** que certains lui ont reproché d'avoir jugé lui-même, par un arrêt de principe concluant à la non transmission au Conseil constitutionnel, de la constitutionnalité de sa double compétence. L'examen détaillé, par le Conseil d'Etat, des motifs d'inconstitutionnalité invoqués contre sa propre dualité fonctionnelle est un cas - somme toute assez isolé - dans lequel le Conseil d'Etat serait allé au-delà de son rôle de simple filtrage, en principe limité au constat de l'existence d'un doute raisonnable sur le sérieux ou la nouveauté de la question.

CE, 16 avril 2010, pourvoi N° 320667, Association Alcaly,

« (...) ; que toutefois, il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'Etat est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ;

Considérant, d'autre part, que ces mêmes articles n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'Etat à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux ; qu'ainsi, l'ASSOCIATION ALCALY et autres ne sauraient utilement soutenir qu'ils méconnaissent pour ce motif le droit à un procès équitable ; qu'au demeurant, les membres du Conseil d'Etat qui ont participé à un avis rendu sur un projet d'acte soumis par le Gouvernement ne participent pas au jugement des recours mettant en cause ce même acte ; qu'enfin, au surplus, il appartient à toute partie qui s'y croit fondée de faire verser au dossier les pièces permettant de s'assurer de la régularité des consultations des formations administratives du Conseil d'Etat ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les questions de constitutionnalité invoquées ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux (...)

»⁵⁸⁴

Par ailleurs, le défaut de sérieux d'une question est parfois motivé par recours à la **technique de l'interprétation conforme** des dispositions contestées. Pour certains, il y a là une interférence dans le contrôle de constitutionnalité, dès lors que, par ces « *réserves d'interprétation constructives, interprétatives ou neutralisantes* »⁵⁸⁵, le Conseil d'Etat **détermine lui-même la seule interprétation constitutionnellement acceptable** de la loi, en jugeant par là même de l'inconstitutionnalité de toute interprétation divergente. De cette façon, il rend la loi conforme et peut écarter la question prioritaire comme non sérieuse⁵⁸⁶.

⁵⁸³ CE, 15 avril 2011, pourvoi n° 340551.

⁵⁸⁴ CE, 16 avril 2010, pourvoi n° 320667, *Association Alcaly*.

⁵⁸⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, 2011, op. cit., p. 708. Voir sur ce sujet, S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1363 ou S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La QPC vue du Conseil d'Etat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 112.

⁵⁸⁶ CE, 19 mai 2010, pourvoi n° 331025, Théron ; CE, 9 juillet 2010, pourvoi n° 332551, Société COFITEM ; CE, 18 juin 2010, pourvoi n° 338344, Société Canal +, où le CE refuse de transmettre une question en reprenant à son compte une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel mais sur une disposition différente. Voir aussi CE, 18 juin 2010, pourvoi n° 338638.

Quant à l'appréciation portée sur **le critère de la nouveauté**, elle se veut relativement plus objective, car il s'agit seulement d'établir si la question - au regard de la disposition constitutionnelle de référence et non de la loi envisagée - soulève une problématique nouvelle qui n'a pas encore pu être étudiée. Le Conseil d'Etat adopte une position claire et sans ambiguïté, consistant à faire jouer pleinement l'esprit de la loi organique du 10 décembre 2009 : il s'agit d'éviter toute concurrence entre les cours suprêmes des deux ordres et le Conseil constitutionnel, dans le cas d'une question nouvelle portant sur l'application d'une disposition constitutionnelle. En conséquence, comme l'a indiqué expressément le Conseil d'Etat, **toute question nouvelle doit être transmise** au Conseil constitutionnel, qu'elle soit sérieuse ou non⁵⁸⁷. La nouveauté a ainsi pu être admise dans le cas d'une question relative à une disposition constitutionnelle introduite trop récemment pour que le Conseil constitutionnel ait pu en faire application (cas de l'article 66-1 C, créé en 2007)⁵⁸⁸, mais aussi dans le cas où a été posée une question relative à une disposition constitutionnelle déjà interprétée (article 16 DDHC), mais présentant une problématique nouvelle⁵⁸⁹. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a admis la nouveauté dans le cas d'une disposition constitutionnelle déjà interprétée par le Conseil constitutionnel (l'article 7 de la Charte de l'environnement), mais sous un angle différent (le droit à la participation du public, et non le droit à l'information, déjà envisagé)⁵⁹⁰. *A priori* objectif, le critère alternatif, qui fait office de « soupape de sécurité »⁵⁹¹, laisse place, lui aussi, à de la subjectivité...

D) Méthodes et champs de l'appréciation effectuée par le Conseil d'Etat

Une série d'observations peut être faite à ce sujet.

D'abord, lorsqu'il intervient en tant que juge de 2^e filtrage, l'appréciation du Conseil d'Etat porte bien sur 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 ». **Toute la question donc. Mais rien que la question.** En effet, s'il refuse de se limiter à l'interprétation de la question que la juridiction inférieure de 1^{er} filtrage a cru bon de retenir, le Conseil d'Etat refuse, à l'inverse, d'examiner une question qui ne lui aurait pas été soumise, dans le cas où seraient avancés devant lui de nouveaux moyens d'inconstitutionnalité⁵⁹². Le champ de l'appréciation qu'il porte sur le sérieux ou la nouveauté de la question est ainsi précisément délimité.

De la même façon, le sérieux de la QPC est « apprécié au regard des seuls moyens d'inconstitutionnalité soulevés par l'auteur de la question »⁵⁹³, sans que le Conseil d'Etat puisse

⁵⁸⁷ CE, 8 octobre 2010, pourvoi n° 338505 : « Considérant qu'il résulte des dispositions du même article 23-5 que le caractère nouveau de la question impose au Conseil d'Etat d'en transmettre l'examen au Conseil constitutionnel ; qu'ainsi les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait par ailleurs dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi ».

⁵⁸⁸ CE, 8 octobre 2010, pourvoi n° 338505.

⁵⁸⁹ CE, 17 décembre 2010, pourvoi n° 343752 : « la question de savoir si, ce faisant, l'article 1er de la loi du 16 janvier 2001 a obéi à un motif d'intérêt général suffisant de nature à justifier l'atteinte portée à des situations légalement acquises peut être regardée comme présentant un caractère nouveau, au sens de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, alors même que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

⁵⁹⁰ CE, 18 juillet 2011, n° 340551 : « Si le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, examiné la conformité de dispositions législatives à l'article 7 de la Charte de l'environnement, il ne s'est prononcé que sur le droit dont dispose toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et pas sur le droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement mentionné au même article et sur la portée de celui-ci ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions du III de l'article L. 512-7 du code de l'environnement méconnaîtraient le droit à la participation résultant de l'article 7 de la Charte de l'environnement en ce qu'elles se bornent à (...) sans mettre en oeuvre une participation directe du public, soulève une question présentant un caractère nouveau au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ».

⁵⁹¹ C. VIGOUROUX, op. cit., p. 29, à propos de CE, 23 avril 2010, n° 327174.

⁵⁹² CE, 24 septembre 2010, pourvoi n° 341685 ; CE, 16 juillet 2010, pourvoi n° 339292.

⁵⁹³ S-J LIEBER, D. BOTTEGHI, V. DAUMAS, « La QPC vue du Conseil d'Etat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°

soulever d'office aucun moyen supplémentaire (contrairement au Conseil constitutionnel), ce qui met en lumière l'importance du mémoire rédigé par l'auteur de la QPC, dont la qualité et la pertinence augmentent ou limitent considérablement les chances d'une transmission.

Du point de vue de la méthode d'appréciation, la question se pose par ailleurs de savoir si le Conseil d'Etat reprend, en tant que juge de filtrage de la QPC, **certaines démarches expérimentées en tant que juge des référés**. On sait en effet que dans le cadre du référé-suspension, par exemple, le juge administratif doit apprécier l'existence d'un « *doute sérieux quant à la légalité de la décision* » (L.521-1 CJA), tandis que dans le cadre du référé-liberté, il doit rechercher l'existence d'une « *atteinte grave et manifestation illégale* » à une liberté fondamentale (L.521-2 CJA). L'identification d'un cas de violation d'une liberté fondamentale ou d'un doute sérieux sur la légalité d'un acte est une démarche qui n'est pas sans rapport avec celle qui incombe au Conseil d'Etat lorsqu'il doit estimer le sérieux d'une question portant sur la violation d'un droit ou une liberté constitutionnelle. Des parallélismes pourraient sans doute être établis quant à la façon dont le juge se détermine et motive ses décisions. Certaines études ont d'ailleurs déjà été entreprises sur la question⁵⁹⁴.

Sur le fond de son appréciation, le Conseil d'Etat, dans l'appréciation du caractère sérieux, n'est pas le « *juge de l'évidence* », mais celui du « *doute raisonnable* ». Il ne doit pas exercer de pré-contrôle. Mais il ne doit transmettre au Conseil constitutionnel que les questions qui méritent son examen. Pour l'exercice de cette mission délicate, il ne s'est pas doté d'une grille d'analyse spécifique, mais tend à utiliser ses **techniques classiques et largement expérimentées** dans le cadre de son contrôle de légalité, telles la combinaison des normes⁵⁹⁵, le **contrôle de proportionnalité**⁵⁹⁶ ou celui du « *déséquilibre manifeste* »⁵⁹⁷. Il reprend également à son compte la démarche désormais classique du Conseil constitutionnel consistant à apprécier les restrictions apportées par le législateur aux libertés au regard des « *garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁵⁹⁸, et doit prendre en compte les divers principes⁵⁹⁹ et objectifs à valeur constitutionnelle invoqués, en relevant néanmoins que ces derniers ne peuvent, en eux-mêmes, être invoqués à l'appui d'une QPC⁶⁰⁰. Il se réfère également à **l'objet de la loi, à son esprit**, et parfois à l'intention de ses auteurs, telle que manifestée dans les **travaux préparatoires**⁶⁰¹.

On note aussi qu'il adopte parfois une **approche systémique**, appréhendant une loi dans son contexte ou en relation avec d'autres textes législatifs⁶⁰². De même que, lorsqu'il est confronté à plusieurs dispositions enchâssées dans un dispositif juridique, le Conseil d'Etat n'hésite pas adopter une vision globale, en renvoyant au Conseil constitutionnel, « *dans un but de sécurité juridique et d'efficacité du dispositif, des questions portant sur des ensembles cohérents de dispositions* »⁶⁰³. C'est ainsi tout un dispositif, dont la constitutionnalité suscite le doute dans certains de ses

29, 2010, p. 112.

⁵⁹⁴ Par exemple, A. LALLET et X. DOMINO, « Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 2011, p. 386.

⁵⁹⁵ CE, 15 septembre 2010, pourvoi n° 340570 : conciliation de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie avec les exigences constitutionnelles de la protection de la santé publique.

⁵⁹⁶ CE, 27 octobre 2010, pourvoi n° 342925 ; CE, 13 juillet 2010, pourvoi n°340302 ; CE, 15 septembre 2010, pourvoi n° 340570 ; ou CE, 14 septembre 2011, pourvoi n° 348394. Voir aussi B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la QPC », *JCP-G*, 2010, p. 192.

⁵⁹⁷ CE, du 2 mars 2011, pourvoi n° 345288.

⁵⁹⁸ CE, 30 septembre 2011, pourvoi n° 350583 ; CE, 13 février 2012, pourvoi n° 354078.

⁵⁹⁹ CE, 9 novembre 2011, pourvoi n° 351890 ; CE, 26 juillet 2011, pourvoi n° 349624.

⁶⁰⁰ CE, 11 juillet 2011, pourvoi n° 349579 ; CE, 18 juillet 2011, pourvoi n° 349168.

⁶⁰¹ CE, 2 mars 2011, pourvoi n° 345288 ; CE, 24 septembre 2010, pourvoi n° 341141 ; CE, 4 avril 2010, pourvoi n°329290.

⁶⁰² CE, 30 juin 2011, pourvoi n° 347581.

⁶⁰³ J.-M. SAUVE et B. STIRN, 1^{er} septembre 2010, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application », op. cit.

éléments, qui peut être soumis au Conseil constitutionnel, lui assurant une vision d'ensemble de la problématique⁶⁰⁴.

On sait aussi que le Conseil d'Etat accepte d'apprécier le sérieux ou la nouveauté d'une question mettant en cause la constitutionnalité **de l'interprétation qu'il donne de la loi**, ce que fait également désormais la Cour de cassation, après une période de légitime réticence⁶⁰⁵. Il accepte ainsi de vérifier le sérieux d'une question portant sur « *le moyen tiré de ce que l'interprétation jurisprudentielle des dispositions de l'article 1153 du code civil (...) porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* », ici non avéré⁶⁰⁶. De même, il constate l'absence de sérieux d'une question relative aux dispositions de l'article L. 53 du livre des procédures fiscales « *telles qu'interprétées par la jurisprudence* »⁶⁰⁷, ou d'une autre, portant sur la conformité aux droits et libertés constitutionnels des « *dispositions de l'article L. 111-1 du code de justice administrative, telles qu'interprétées de manière constante par le Conseil d'Etat* »⁶⁰⁸.

Après plusieurs refus de transmission, précisément motivés, certains ont pu s'interroger quant à l'objectivité du Conseil d'Etat pour apprécier le sérieux d'une telle question, **l'encourageant à transmettre systématiquement**, dans une telle hypothèse. Mais le Conseil s'est au contraire estimé en mesure d'apprécier le bien fondé de la transmission d'une question mettant en cause sa propre interprétation jurisprudentielle, et ce dans les conditions habituelles de son filtrage. Il a ainsi considéré que « *la circonstance que le Conseil d'Etat a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité soulevée et n'est, en tout état de cause, pas incompatible avec les stipulations des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁶⁰⁹.

E) La maîtrise des fondements constitutionnels nécessaires à l'appréciation

Quant aux fondements de l'appréciation, on note, à la lecture des arrêts du Conseil d'Etat, une motivation particulièrement rigoureuse et explicite quant aux textes et décisions du Conseil constitutionnel de référence, précise sur les principes constitutionnels (leur intitulé, leur source, leur nature⁶¹⁰), qu'ils soient invoqués, retenus ou rejetés, afin de déterminer le sens de l'arrêt (transmission ou non). Cela résulte, sans surprise, de la **parfaite maîtrise par le juge administratif de la « chose constitutionnelle »**, de sa proximité au Conseil constitutionnel, de son habitude du traitement des recours objectifs portant sur la légalité et la constitutionnalité des actes administratifs, de son aisance dans le maniement (voire la création !) des principes constitutionnels. Cela n'est pas surprenant de la part d'un juge qui a pris l'habitude, depuis près d'un siècle, d'appliquer, d'interpréter, voire parfois de créer des principes constitutionnels, dans le cadre de son contrôle objectif de la légalité des actes administratifs. C'est seulement, rappelons-le, le rôle de sanction de l'inconstitutionnalité de la loi qu'il se refusait – et qu'il refuse toujours – d'exercer⁶¹¹.

⁶⁰⁴ CE, 28 janvier 2011, pourvoi n° 338199, concluant à la transmission de cinq articles du code électoral portant dispositif de sanction des défaillances aux règles du financement électoral.

⁶⁰⁵ Si elle accepte, désormais, de transmettre des questions mettant en cause l'interprétation qu'elle donne de certaines dispositions législatives (Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, pourvoi n° 12143 sur l'adoption homosexuelle), elle avait initialement refusé de le faire (Cass. Crim, 19 mai 2010, pourvoi n° 09-83328) au motif que ladite question visait « *en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation* » (dans des arrêts du 20 février 2009).

⁶⁰⁶ CE, 26 juillet 2011, pourvoi n° 349043.

⁶⁰⁷ CE, 16 juillet 2010, pourvoi n° 338638.

⁶⁰⁸ CE, 25 novembre 2011, pourvoi n° 352987. Voir aussi CE, 23 décembre 2011, pourvoi n° 351175.

⁶⁰⁹ CE, 12 septembre 2011, pourvoi n° 347444, *M. et Mme A.*

⁶¹⁰ Voir par exemple CE, 15 novembre 2010, pourvoi n° 342947; CE, 9 mai 2011, pourvoi n° 346785.

⁶¹¹ CE 6 novembre 1936 *Arrighi et Dame Coudert* ; CE 5 janvier 2005 *Deprez et Baillard*.

Fort de cette expérience et de l'ancienneté de son dialogue avec son voisin du Palais Royal, le Conseil d'Etat revendique **l'unité de vue avec le Conseil constitutionnel**, son Vice-Président indiquant que « *la ligne suivie par le juge administratif est claire : quelle que soit, au plan strictement juridique, l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel d'une règle ou d'un principe constitutionnel, le Conseil d'Etat, s'il est amené à appliquer le même principe, voire un principe analogue, prend pleinement en considération cette interprétation et s'interdit de s'en écarter* »⁶¹². De même, « *en cas de correspondance entre un principe général du droit dégagé par le juge administratif et un principe constitutionnel, le Conseil d'Etat s'inspire dans ses décisions de l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel* ». C'est donc bien souvent en se fondant sur les raisonnements et interprétations développés par le Conseil constitutionnel dans des décisions antérieures que le Conseil d'Etat apprécie le sérieux d'une question, parfois **en reprenant à son compte une formulation**⁶¹³ ou en **raisonnant par analogie**⁶¹⁴. C'est ainsi encore « *qu'en matière de QPC, il applique l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel des critères de renvoi des questions, comme il tire complètement, et au besoin d'office, les conséquences des censures du juge constitutionnel sur les instances en cours à la date de publication de ses décisions* », en fondant « *d'ailleurs expressément sa propre décision sur les décisions pertinentes du Conseil constitutionnel en les visant, ce qui a constitué une réelle innovation* »⁶¹⁵. Les arrêts de filtrage recourent en effet, chaque fois que nécessaire, à **la citation expresse des décisions du Conseil constitutionnel** utiles à l'appréciation du sérieux de la QPC⁶¹⁶. Ainsi, par exemple, la question prioritaire portant sur L. 223-1 du code de la route ne présente pas un caractère sérieux puisque, « *ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, l'intéressé dispose toujours de la faculté de demander la saisine du juge pénal qui statuera, dans le respect des droits de la défense, sur la réalité et l'imputabilité de l'infraction, le retrait de points afférent à celle-ci ne pouvant alors être appliqué qu'en cas de condamnation définitive* »⁶¹⁷. Il s'agit sans doute là d'une **réelle spécificité du filtrage du Conseil d'Etat**, puisque celui-ci ne le faisait que rarement dans l'exercice de son contrôle de légalité, et que la Cour de cassation ne semble pas, pour l'instant en tout cas, prendre cette voie, quand bien même la « *constitutionnalisation des branches du droit* » encourage depuis quelques décennies le juge judiciaire à se saisir pleinement, lui aussi, de la jurisprudence constitutionnelle⁶¹⁸.

On notera enfin et cependant que, dans l'exercice de son rôle de filtrage, le Conseil d'Etat est inévitablement incité à prendre des **positions qui ne sont pas sans conséquences pour la définition et l'interprétation des principes invoqués devant lui**. D'abord, il est parfois amené à délivrer sa **propre interprétation de nombreux principes constitutionnels**⁶¹⁹. Ensuite, il est amené à soutenir ou à décourager l'accession au bloc de constitutionnalité de certains principes invoqués devant lui. Ainsi, il accepte d'examiner le sérieux d'une question au regard du principe de sécurité juridique (qui n'est qu'un principe général du droit)⁶²⁰, mais refuse d'examiner les motifs

⁶¹² Intervention de J-M. SAUVE lors de l'audience solennelle de rentrée du Tribunal administratif de Lyon du 12 septembre 2011, site du Conseil d'Etat.

⁶¹³ CE, 30 septembre 2011, pourvoi n° 350583, à propos des « *garanties légales des exigences constitutionnelles* », CE, 19 janvier 2011, pourvoi n°343389, à propos des lois de validations ; CE, 10 octobre 2011, pourvoi n° 350969, à propos de la définition et des limites du principe constitutionnel d'égalité ou CE, 31 mai 2010, pourvoi n° 338727, pour une reprise du raisonnement du Conseil constitutionnel, en matière de droit fiscal.

⁶¹⁴ CE, 4 octobre 2010, pourvoi n°341845, pour une réappropriation d'un mode de raisonnement, à propos du permis à point ; CE, 31 mai 2010, pourvoi n° 338727 pour un raisonnement par analogie avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

⁶¹⁵ Intervention de J-M. SAUVE du 12 septembre 2011, op. cit.

⁶¹⁶ CE, 18 juin 2010, pourvoi n°338344 *Société Canal +* ; CE, 4 octobre 2010, pourvoi n° 341845 ; CE, du 23 juillet 2010, pourvoi n° 339595.

⁶¹⁷ CE, 26 juillet 2011, pourvoi n° 347547.

⁶¹⁸ B. de LAMY, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire », *RDP*, 2002, p. 781.

⁶¹⁹ CE, 23 décembre 2010, pourvoi n° 337899, à propos du principe de laïcité ; CE, 9 juin 2012, pourvoi n° 329056, sur l'indépendance des enseignants-chercheurs.

⁶²⁰ CE, 29 octobre 2010, pourvoi n° 334914.

d'inconstitutionnalité tirés de la violation de grands principes budgétaires, considérant qu'ils ne sont « pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution »⁶²¹. De même, par exemple, s'agissant des PFRLR, il a été amené à apprécier une question relative à la méconnaissance des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en vertu desquels la tutelle est une charge personnelle et d'ordre public », et a conclu de son examen que la disposition législative concernée « ne saurait, en tout état de cause, constituer une méconnaissance des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui s'appliqueraient à la tutelle et des droits de la famille, de l'enfant et de l'adoption consacrés aux alinéas 10, 11, 13 et 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », sans confirmer, mais sans nier non plus, l'existence d'un tel principe⁶²². Par ailleurs, alors que l'existence d'un PFRLR imposant une prescription pour certaines infractions pénales faisait depuis quelques temps débat entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation⁶²³, le Conseil d'Etat a estimé, en réponse à une QPC, que « le moyen tiré de ce qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République impliquerait que des règles de prescription soient prévues en matière disciplinaire soulève une question nouvelle »⁶²⁴, justifiant la transmission au Conseil constitutionnel. Mais celui-ci devait ainsi trancher par la négative, en rappelant les strictes conditions constitutives d'un PFRLR⁶²⁵. Le critère alternatif de la nouveauté aura précisément permis, ici, d'éviter au Conseil d'Etat l'exercice d'un pré-contrôle, soit en jugeant le motif sérieux, soit en l'écartant après refus de reconnaître l'existence du PFRLR invoqué.

F) La question de la prise en compte des motifs tirés de l'inconventionnalité de la disposition législative

L'examen de conventionnalité et le filtrage des QPC, qui peuvent être successivement ou parallèlement opérés par le Conseil d'Etat sont-ils amenés à interférer ou à se nourrir l'un de l'autre ? Plus généralement, **l'argument de conventionnalité ou d'inconventionnalité pèse-t-il dans la balance**, au moment où le Conseil d'Etat statue sur le sérieux d'une QPC, c'est-à-dire sur le point de savoir si une disposition législative méconnaît potentiellement un droit ou une liberté, dont la plupart bénéficient d'une double protection constitutionnelle et conventionnelle ? Le doute persistant sur la conventionnalité d'une disposition législative influence-t-il le juge dans son appréciation du sérieux de la QPC, notamment en cas d'identité des droits ou libertés en cause ? On peut en effet se demander, par exemple, dans le cas où une disposition législative est soupçonnée de non-conformité à l'art 6 CEDH ou a déjà été sanctionnée par un juge sur ce fondement, si cela peut encourager le Conseil d'Etat à admettre le sérieux d'une question portant sur sa non-conformité à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Et à l'inverse, faut-il croire que l'interprétation conforme au droit européen influence l'interprétation conforme à la Constitution, devant le Conseil d'Etat ?⁶²⁶

Plusieurs niveaux de réponse peuvent être apportés à cette problématique.

Bien évidemment, on le sait, les **moyens tirés de l'inconventionnalité d'une disposition législative ne peuvent pas être invoqués** à l'appui d'une QPC, ce que le Conseil d'Etat a rappelé à plusieurs reprises⁶²⁷, dans la ligne du principe formulé par le Conseil constitutionnel⁶²⁸.

⁶²¹ A propos des principes d'annualité budgétaire et de sincérité des lois de finances, CE, 25 juin 2010, pourvoi n° 339842 et CE, 15 juillet 2010, pourvoi n° 340492. De même pour le principe d'indivisibilité de la République, CE, 1 juillet 2011, pourvoi n° 347322.

⁶²² CE, 26 juillet 2011, pourvoi n° 349624.

⁶²³ CE, 29 février 1996, avis n° 358597; Cass. Ass. Plén., 20 mai 2011, pourvois nos 11-90032, 11-90033, 11-90025.

⁶²⁴ CE, 21 septembre 2011, pourvoi n° 350385.

⁶²⁵ Cons. const., 25 nov. 2011, 2011-199 QPC : « considérant qu'aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription ».

⁶²⁶ En ce sens, voir A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, 2011, op. cit. p. 709.

⁶²⁷ Voir par exemple CE, 15 juin 2011, pourvoi n°347581 ; CE, 26 novembre 2010, pourvoi n° 342958 : « que ne saurait être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution [le] grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ».

Pour autant, le fait qu'une disposition voit sa conformité aux droits et libertés largement contestée, sur le terrain constitutionnel comme sur le terrain conventionnel, est-il sans influence sur le sérieux de la question posée et sur l'utilité de la faire trancher par le Conseil constitutionnel en priorité ? C'est bien la position du Conseil d'Etat, le Vice-président ayant eu l'occasion de rappeler **l'autonomie d'appréciation du Conseil**, en indiquant qu'une disposition jugée conventionnelle n'est pas forcément constitutionnelle (et inversement), même lorsqu'un principe matériellement identique en droit constitutionnel et en droit conventionnel est en cause. Etait particulièrement visé le cas de la « *décrystallisation des pensions* », dans lequel une disposition précédemment jugée conforme à l'article 14 CEDH par le Conseil d'Etat devait finalement s'avérer contraire au principe constitutionnel d'égalité¹. L'on revendique ainsi, au Conseil d'Etat, « *l'indépendance des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité* »² dans les arrêts de filtrage des QPC, considérant que la circonstance qu'un juge national ou « *que la CEDH ait déjà jugé conforme la question, sur la base d'une disposition matérielle identique au principe constitutionnel invoqué, ne conduit pas à dénier le caractère sérieux de la question* »³.

Néanmoins l'autonomie n'est pas, et heureusement, synonyme d'indifférence. On remarque ainsi que l'argument de conventionnalité n'est pas totalement écarté du raisonnement du juge, lorsque par exemple le Conseil d'Etat interprète un principe constitutionnel à la lumière d'une convention internationale pour conclure au caractère non sérieux d'une question de constitutionnalité⁴, ou lorsqu'il se réfère, pour exclure le caractère sérieux d'une question, à l'un de ses arrêts dans lequel il avait admis la conformité à la CEDH d'une disposition du code de l'urbanisme⁵. De la même façon, le raisonnement développé par la CEDH en 2005, lorsqu'elle a déclaré inconstitutionnelle la rétroactivité de la loi anti-PERRUCHE, a nécessairement été pris en compte par le Conseil d'Etat, même s'il n'y fait aucune référence expresse, lorsqu'il a décidé de transmettre une QPC fondée sur ce motif⁶, transmission dont on connaît l'issue favorable devant le Conseil constitutionnel.

* * *

Au final, l'appréciation du caractère sérieux, du point de vue du Conseil d'Etat, s'inscrit dans une logique de « *régulation fondée sur une éthique de responsabilité et sur une coopération loyale entre les juges* »⁷, **respectueuse des compétences spécifiques de chaque juge**. Du point de vue du Conseil d'Etat, la conformité à la lettre et à l'esprit du texte de la loi organique du filtrage réalisé est prouvée par le **taux équilibré, d'environ 25 %**, des QPC transmises au Conseil constitutionnel par le juge administratif qui ont finalement donné lieu à une déclaration de non-conformité.

¹ Cas de l'article 68 de la loi de finance rectificative pour 2002, déjà déclarée conforme à l'article 14 de la CEDH (CE Sect, 18 juillet 2006, *Gisti*, pourvoi n°274664 et *Ka*, pourvoi n° 286122), et pourtant transmis au Conseil constitutionnel à raison d'un doute sérieux sur sa constitutionnalité (CE, 14 avril 2010, pourvoi n° 336753, *Labane*), et finalement jugé inconstitutionnel et abrogé (Cons. const., 28 mai 2010, 2010-1 QPC).

² S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La QPC vue du Conseil d'Etat », op. cit, p. 113.

³ Communiqué de JM SAUVE, site internet du Conseil d'Etat.

⁴ CE, 26 juillet 2011, pourvoi n° 349624 : « *la circonstance qu'un contribuable supporte des dépenses afférentes à l'entretien d'un enfant sans pour autant bénéficier d'un avantage fiscal à ce titre ne saurait (...) constituer une méconnaissance des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui s'appliqueraient à la tutelle et des droits de la famille, de l'enfant et de l'adoption consacrés aux alinéas 10, 11, 13 et 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et interprétés au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la convention internationale des droits de l'enfant* ».

⁵ CE, 16 juillet 2010, pourvoi n°334665.

⁶ CE, 14 avril 2010, pourvoi n° 329290.

⁷ Intervention de J.-M. SAUVE lors de l'audience de rentrée du tribunal administratif de Lyon du 12 septembre 2011.

Sous-section 2 : Les convergences et divergences dans l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des QPC : tableaux de comparaison

Valérie DURAND⁸ et Pauline TÜRK⁹

Cette analyse procède de la réalisation de tableaux synthétiques et illustrés dans lesquels nous avons comparé de manière exhaustive la manière dont chacune des juridictions suprêmes envisage, dans les motifs de ses arrêts, la qualification d'une question comme présentant un caractère sérieux et/ou nouveau. Nous renvoyons donc aux annexes dans lesquelles les deux tableaux présentant cette analyse sont reproduits.

Tableau n°1

Les divergences constatées entre les appréciations portées par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau

(ANNEXE n°6, p. 497)

Tableau n° 2

Les convergences constatées entre les appréciations portées par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité

(ANNEXE n°7, p. 541)

⁸ Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Laboratoire de Recherches Juridiques, Université du Littoral Côte d'Opale. Un remerciement particulier peut être adressé aux membres du pôle jurisprudence privatiste pour les éléments et exemples apportés pour cette recherche.

⁹ Maître de conférences en droit public – HDR, Laboratoire CRDP- ERDP, Université de Lille 2

Synthèse des tableaux comparatifs

Conclusion sur les convergences et divergences dans l'appréciation par les cours suprêmes des caractères nouveau et sérieux

Pauline TÜRK⁶³⁸

L'objet de cette recherche était d'étudier les approches privilégiées par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat concernant l'appréciation de la condition de recevabilité tirée du sérieux ou de la nouveauté des QPC. Les tableaux précédents (reproduits en annexes, à raison de leur volume) ont permis de comparer les modalités d'appréciation de cette condition au sein des deux ordres juridictionnels (méthode d'argumentation, rigueur de l'interprétation, effort de motivation, techniques d'appréciation...), en relation avec les spécificités structurelles (attributions et rôle des deux cours suprêmes, façon dont elles conçoivent leur rôle, leur pouvoir d'interprétation et l'étendue de leur pouvoir de filtrage, leur rapport au Conseil constitutionnel, au droit constitutionnel, au droit européen...), fonctionnelles (dissociation des Chambres à la Cour de cassation, différenciation des sections et sous-sections au Conseil d'Etat), ou encore contextuelles (période d'expérimentation, d'acclimatation du mécanisme QPC, puis éventuellement, construction « *d'automatismes jurisprudentiels* »).

On a pu constater un certain nombre de différences, qui tiennent au **volume de QPC traitées** (924 arrêts rendus par la Cour de cassation contre 368 par le Conseil d'Etat sur la période considérée) ou au taux de transmission (27% pour la Cour de cassation contre 30 % pour le Conseil d'Etat), les deux éléments se retrouvant en réalité partiellement liés, la Cour de cassation ayant à juger un nombre bien supérieur de QPC, parmi lesquelles un plus grand nombre de QPC irrecevables ou non sérieuses. La Cour de cassation se trouve, pour les mêmes raisons, confrontée à la gestion de QPC « *en séries* », problématique moins prégnante au Conseil d'Etat.

Par ailleurs, on a pu constater **certaines divergences** dans la façon dont les deux juges suprêmes décident de transmettre ou non au Conseil constitutionnel une question similaire ou en tout cas comparable. **Diverses matières peuvent en effet donner lieu à des recoupements**, les deux cours suprêmes étant saisies de questions potentiellement semblables ou proches : le domaine fiscal, le domaine pénal, la fonction publique, le droit de l'urbanisme...⁶³⁹. Il est dans ce cas extrêmement difficile de comparer les appréciations des deux cours, compte tenu de l'importance des faits de l'espèce et des conditions dans lesquelles sont présentées et défendues les QPC. Cela dit, l'hypothèse de questions soulevées devant les deux ordres de juridiction portant sur la conformité d'une même disposition au même principe constitutionnel n'est pas seulement théorique. En matière d'hospitalisation sans consentement, par exemple, le Conseil d'Etat a décidé de transmettre une QPC, la jugeant sérieuse (CE, 24 septembre 2010, pourvoi n° 339110), alors qu'une question analogue avait été jugée non sérieuse par la Cour de cassation précédemment (CA Paris, 4 juin 2010, pourvoi n° 10/03972)⁶⁴⁰. A noter aussi que, après avoir refusé à grands fracas de transmettre certaines QPC au Conseil constitutionnel (loi Gayssot ou affaire Melki), la Cour de cassation a semblé faire annonce d'une conception plus stricte du filtrage que le Conseil d'Etat, par exemple en se prononçant d'abord négativement sur le principe de la transmission des QPC portant sur le « *droit vivant* ». La Cour de cassation s'est en effet, on le sait, montrée plus réticente que le

⁶³⁸ Maître de Conférences en droit public – HDR, Laboratoire ERDP – CRDP, Université de Lille 2

⁶³⁹ Voir, pour des exemples concrets, M. BENIGNI, « Le caractère sérieux dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *rapport de recherche, Université Lille 2*, 2012, p. 20.

⁶⁴⁰ Même si, finalement, la Cour de cassation a également transmis une question analogue Cass. civ. 1^{er}, 8 avril 2011. Voir A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2011, p. 951.

Conseil d'Etat à juger sérieuses certaines questions relatives à l'interprétation jurisprudentielle faite des lois, alors que le Conseil d'Etat ne faisait aucune difficulté pour apprécier le sérieux d'une QPC portant sur sa propre interprétation jurisprudentielle (CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*).

Quant à la formulation de l'appréciation sur le caractère sérieux, **on a pu constater certaines différences, voire même dans certains cas une approche inverse**, lorsque la Cour de cassation procède par affirmation, qu'elle justifie ensuite⁶⁴¹, tandis que le Conseil d'Etat, lui, commence par analyser les moyens avant d'en tirer des conclusions. De même, si des variations importantes peuvent être constatées dans l'effort, la forme ou la précision des motivations selon les chambres à la Cour de cassation, aucune observation comparable ne peut être faite s'agissant du Conseil d'Etat, où la division par sections et sous-sections n'emporte pas de conséquences constatables sur la forme et le fond de l'appréciation. Enfin, la Cour de cassation tend à consacrer un paragraphe bien identifié à chaque critère, quant le Conseil d'Etat, lui, traite les trois conditions à la suite, dans le ou les mêmes considérants.

Mais plus fondamentalement, les différences constatées tiennent surtout à la façon dont les juridictions suprêmes des deux ordres **motivent leur appréciation relative au caractère sérieux**. On a pu constater, notamment, une tendance plus marquée du Conseil d'Etat à se référer précisément aux textes constitutionnels, aux décisions du Conseil constitutionnel⁶⁴², témoignant d'une **grande connaissance des principes, d'un souci de rigueur dans leur utilisation et d'une proximité avec le Conseil constitutionnel** qui transparaît dans les arrêts, et notamment dans les arrêts de refus de transmission, davantage motivés. Cela résulte naturellement de son expérience du contentieux objectif et du maniement et de la combinaison des principes généraux du droit et des principes constitutionnels. Sans généraliser outre mesure, on aura noté que la Cour de cassation, de son côté, paraît moins précise dans les références constitutionnelles. Elle se montre plus réticente - ou peut être plus prudente - dans l'utilisation et la citation des décisions du Conseil constitutionnel, avec lequel elle entretient naturellement des rapports moins étroits que ceux qui existent entre les deux juges du Palais-Royal. Cela résulte logiquement de la limitation de l'office du juge judiciaire, qui s'est longtemps tenu à l'écart du contrôle de constitutionnalité, s'interdisant de se prononcer sur la constitutionnalité des lois comme par la suite des traités⁶⁴³, tandis que le principe de séparation des pouvoirs et le spectre du gouvernement des juges, depuis la Révolution, faisaient obstacle à l'utilisation et à l'interprétation des principes constitutionnels par le juge ordinaire.

Le constat, devant l'ordre judiciaire, **d'une plus grande liberté dans l'appréciation** (au regard de la « *motivation folklorique* » de certains arrêts, assez rares en vérité), ou le plus souvent d'une plus grande diversité dans les approches des différentes chambres et d'une moindre précision de la motivation, en comparaison des arrêts du Conseil d'Etat, s'explique sans doute par une moindre expérience du contrôle de constitutionnalité, et par une forme d'autocensure de la Cour de cassation. Cela ne revient aucunement à nier la compétence de la Cour de cassation pour la chose constitutionnelle, ni à ignorer les conséquences de la « *constitutionnalisation des branches du droit* » sur la diffusion des principes constitutionnels et leur appropriation par le juge judiciaire. De nombreuses études ont d'ailleurs été consacrées aux conditions de cette familiarisation du juge judiciaire avec le droit constitutionnel, à partir des années 1990, le droit pénal, comme le droit social ou le droit civil se retrouvant irrigués par les principes et la jurisprudence constitutionnels⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Il arrive même que la Cour de cassation se prononce par de simples affirmations sans explications (aff. n°09-88.372, n°10-90.080, n°10-80.853).

⁶⁴² Voir aussi sur ce point A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », *RFDA*, n° 4, 2011, p. 704.

⁶⁴³ Voir Cass. crim., 13 juin 1879 ; Cass. crim., 18 novembre 1985, bull n°359 ; Cass. crim., 29 mars 2000 bull n° 146.

⁶⁴⁴ Voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « La jurisprudence constitutionnelle des juridictions administratives et judiciaires », *JCP G*, 1997, I, p. 4066 ; D. TURPIN, « Le juge judiciaire, juge constitutionnel », in *Contentieux constitutionnel*, PUF, 1994 ;

Certains auteurs ont ainsi montré comment, après un temps d'indifférence, la Cour de cassation avait accepté de s'intéresser aux décisions du Conseil constitutionnel puis de se rallier à ses conceptions, dans différents domaines, jusqu'à devenir bientôt son « *auxiliaire* », respectant la chose jugée par lui, mettant en œuvre les principes constitutionnels et assurant leur conciliation⁶⁴⁵. Mais ils ont aussi noté qu'elle conservait, dans ce domaine, une certaine timidité, parfois une certaine liberté, et qu'elle commettait encore certaines maladresses, « *visant un principe sans préciser son origine textuelle, ou visant seulement un texte sans énoncer le principe correspondant* »⁶⁴⁶. Ce constat, réalisé à l'analyse de la « *jurisprudence classique* » de la Cour de cassation, peut aussi être fait à l'examen du contentieux de la QPC devant le juge judiciaire. En effet, quelques imprécisions et une approche parfois très générale des principes a pu être observée en matière de filtrage du sérieux et de la nouveauté des QPC. Il convient cependant de relativiser cette observation, notamment en soulignant que certaines chambres, **telles la Chambre criminelle et la Chambre sociale**, du fait de leurs domaines de compétence, **sont davantage familiarisées que d'autres avec la chose constitutionnelle** et peuvent mettre à profit leur expérience dans l'appréhension et la combinaison des principes constitutionnels invoqués.

Mais cette dernière différence, encore perceptible, n'est sans doute que **provisoire et conjoncturelle**. En effet, le développement du contentieux de la QPC offre au juge judiciaire une « *formation accélérée* » qui devrait lui permettre, à brève échéance, d'achever sa mutation et de s'approprier pleinement le bloc de constitutionnalité et les techniques propres au contentieux constitutionnel. En effet, sauf à ce que la Cour de cassation revendique une autonomie en la matière, le **rapprochement des méthodes et des positionnements des deux Cours suprêmes devrait se poursuivre, comme il a déjà commencé**.

En effet alors que certaines études ont montré des différences, apparentes ou réelles, formelles ou substantielles, dans la façon dont, traditionnellement, les deux cours suprêmes portent leur appréciation et motivent leurs arrêts⁶⁴⁷, on a plutôt noté, dans le cadre du filtrage des QPC, **des convergences et des points communs**. Ils sont nombreux, qu'il s'agisse des **techniques d'appréciation** (recours au contrôle de proportionnalité⁶⁴⁸, combinaison des normes, recours à l'interprétation conforme⁶⁴⁹, références expresses aux décisions du Conseil constitutionnel, même moins fréquentes et plus implicites devant la Cour de cassation que devant le Conseil d'Etat), mais aussi de la **formalisation de la motivation** (formulation-type, motivation plus longue et plus précise des arrêts de non transmission), ou des **éléments pris en compte pour l'appréciation** (cantonement aux moyens présentés dans le mémoire initial, prise en compte du contexte juridique et pratique dans lequel s'insère la disposition⁶⁵⁰, mais aussi de l'objet de la loi et de l'intention du législateur).

Les deux Cours prennent en compte également, bien qu'à la marge, **l'argument d'inconventionnalité**⁶⁵¹, tout en revendiquant une autonomie de leur filtrage des QPC par rapport au contrôle de conventionnalité, conformément à l'esprit de la loi organique du 10 décembre 2009

⁶⁴⁵ B de LAMY, « Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *RDP*, n° 3-2002, p. 783 et s.

⁶⁴⁶ *Idem*, p. 799

⁶⁴⁷ P. DEUMIER, « Les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation – Etude des travaux préparatoires », *Principes de justice, Mélanges J-F BURGELIN*, Dalloz 2008, p. 125 ; « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat » et « une summa division des raisonnements des juges administratif et judiciaire ? », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz 2010 ; Voir aussi M-C. PANTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 748.

⁶⁴⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, op. cit. p. 707.

⁶⁴⁹ CE, 18 juin 2010, pourvoi n° 338638 ; Cass. crim., 5 octobre 2010, *Gazette du palais*, n° 348, p. 10.

⁶⁵⁰ Voir sur ce point, J-B PERRIER, « Le non renvoi des questions prioritaires par la Cour de cassation », *RFDA*, n° 4, 2011, p. 720.

⁶⁵¹ CE, 16 juillet 2010, pourvoi n°334665, *SCI La Saulaie* ; Cass. crim., 31 mai 2010, pourvoi n°05-87745, où l'argumentation développée depuis quelques années, y compris sur le terrain de la conventionnalité, n'est pas sans influence sur la transmission des dispositions du CPP relatives à la garde à vue.

(acceptant toutes deux, par exemple, de transmettre des dispositions auxquelles elles avaient précédemment délivré un brevet de conventionnalité⁶⁵²).

Les deux cours respectent également le **caractère alternatif de la nouveauté**, rarement retenu, conformément à la logique de la loi organique du 10 décembre 2009 telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel. **Et elles divergent rarement sur le fond**, et se rejoignent finalement lorsqu'il s'agit d'admettre les QPC soulevées contre les interprétations jurisprudentielles⁶⁵³, ou de s'en remettre aux interprétations de certains principes délivrées par le Conseil constitutionnel⁶⁵⁴. D'ailleurs, la proportion de QPC transmises car sérieuses ou nouvelles au Conseil constitutionnel et finalement abrogées pour inconstitutionnalité est quasiment identique devant les deux ordres, se situant autour de 25% (taux légèrement évolutif selon les périodes, mais dont les deux Cours peuvent globalement se revendiquer), **preuve d'un filtrage d'une qualité et d'une intensité comparable**. On note enfin que les deux Cours, si elles acceptent de se faire juges de la constitutionnalité (en motivant le refus d'admettre le sérieux d'une QPC), résistent à la tentation de se faire juges de l'inconstitutionnalité, prérogative réservée au Conseil constitutionnel, **en s'abstenant** – sauf exceptions largement commentées !⁶⁵⁵ - **de toute motivation trop détaillée des arrêts de transmission**.

On retrouve dans ces rapprochements le « *paradigme évolutionniste* » selon lequel les cours suprêmes des deux ordres, qui ne partent pas du même pied, à raison de leur histoire, de leurs offices, de leurs expériences, pourraient être amenées à se retrouver dans des interprétations, des techniques et des méthodes d'appréciations (sur le plan formel et substantiel) relativement proches, parce qu'elles ont désormais à remplir la même mission et qu'elles sont confrontées aux mêmes contraintes et aux mêmes problématiques.

⁶⁵² La Cour de cassation transmet une question jugée sérieuse portant sur des dispositions qu'elle avait pourtant déclarées conventionnelles dans un arrêt antérieur (voir Cass. crim., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-83-328 et Cass. crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86-480). Quant au Conseil d'Etat, il transmet une question sur la cristallisation des pensions alors qu'il avait précédemment jugé les dispositions en cause conventionnelles (CE, 14 avril 2010, pourvoi n° 336753 et CE, 18 juillet 2006, avis n° 286122).

⁶⁵³ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau* ; CE, 12 septembre 2011, pourvoi n° 347444, *M. et Mme A* ; CE, 16 juillet 2010, pourvoi n° 338638, *la Saulaie* ; Cass. crim., 5 octobre 2010, *Gazette du palais*, n° 348, p. 10 ; Cass. civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, pourvoi n° 12143. Voir aussi P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation », *RTD Civ*, 2010, p. 505.

⁶⁵⁴ Sur le principe d'égalité et l'appréciation des différences de traitement, voir J-B PERRIER, *RFDA*, n° 4, 2011, op. cit., p. 719.

⁶⁵⁵ Voir CE, 16 avril 2010, pourvoi n° 320667, *Société Alcaly*, voir A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA*, op. cit., p. 707 ; Voir Cass. Ass. Plén., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-15-034 et Cass., 7 mai 2010, pourvoi n° 09-80-774, *Loi Gayssot*. Voir J-B PERRIER, *RFDA*, op. cit., p. 721 et 722 et D. ROUSSEAU, *Gazette du palais*, 27 mai 2010, p. 16.

Section 2 : Une « convergence évolutive » dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ?

Gilles TOULEMONDE⁶⁵⁶, Isabelle THUMEREL⁶⁵⁷ et David GALATI⁶⁵⁸

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont abordé leur rôle de filtrage de manière assez similaire ce qui tend à attester d'un phénomène de convergence des offices juridictionnels dans ce domaine. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI écrivaient dans leur article « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? »⁶⁵⁹ que « le Conseil d'Etat hésitera à faire de la dentelle au sein d'un même article, par exemple en ne renvoyant que des alinéas, ou même des mots de cet article (...). Une démarche de cette nature lierait beaucoup les mains du Conseil constitutionnel, ne lui laissant qu'une faible marge de manœuvre et présenterait le risque de restreindre grandement la lisibilité du droit en cas d'abrogation ». L'anticipation de ces deux auteurs se révèle en grande partie exacte et peut même être étendue à l'attitude de la Cour de cassation.

En effet, on constate :

- Assez peu de renvois de certains alinéas seulement d'un seul article.

Du 1^{er} mars 2010 au 1^{er} mars 2011, ce type de renvois ne se remarque que dans 14 arrêts du Conseil d'Etat⁶⁶⁰ et dans 9 arrêts de la Cour de cassation (et encore s'agissant de cette dernière trois arrêts concernent les mêmes dispositions : l'alinéa 4 de l'article 1741 du code général des impôts)⁶⁶¹. Le plus souvent ce sont soit les requérants, soit les juridictions ayant transmis la QPC à la cour suprême dont elles relèvent qui ont eux-mêmes limité la portée de la QPC à certains alinéas d'une disposition législative. Mais, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 juillet 2010, n° 340390, c'est le Conseil d'Etat lui-même qui a limité le renvoi aux seuls 1 et du 3 du IV de l'article 164 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, tandis que le requérant soulevait l'inconstitutionnalité du « IV de l'article 164 » de cette loi. Le Conseil d'Etat avait procédé de la même manière dans des décisions antérieures, plus explicites sur les raisons d'un tel redimensionnement de la question. Il en résulte que cette réécriture quantitativement restrictive de la question découle du contrôle du critère de l'applicabilité de la disposition au litige. En effet, bien souvent, le fond du litige portait sur un décret pris sur le fondement de la disposition législative contestée ; le Conseil d'Etat relevant alors que seuls certains alinéas constituaient ce fondement donc qu'eux seuls devaient être renvoyés (voir : CE, 23 avril 2010, pourvoi n°327174 ; CE, 2 juin 2010, pourvoi n°326444 ; CE, 9 juin 2010, pourvoi n°338028).

Si le nombre de ces renvois de certains alinéas seulement d'un article législatif est faible, il n'est cependant pas négligeable en proportion des arrêts de renvoi pour le Conseil d'Etat. En effet, sur la période, il a renvoyé 53 QPC au Conseil constitutionnel. Les renvois partiels de certains alinéas seulement représentent, dans ces conditions, 26,41% des renvois. En revanche, la proportion est faible pour la Cour de cassation. En effet, puisqu'elle a renvoyé 101 QPC au Conseil constitutionnel, le pourcentage de renvois de certains alinéas seulement est de 8,91%.

- Quasiment pas de renvois de certains mots seulement d'un article

⁶⁵⁶ Maître de Conférences – HDR, ERDP – CRDP, Université de Lille 2

⁶⁵⁷ Maître de Conférences, Laboratoire de Recherche Juridique, Université du Littoral Côte d'Opale

⁶⁵⁸ Maître de Conférences, ERDP – CRDP, Université de Lille 2

⁶⁵⁹ LIEBER, S.-J., et BOTTEGHI, D., Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, *AJDA*, 2010, p. 1355 sqq.

⁶⁶⁰ CE, 15 juillet 2010, pourvoi n° 340390 ; CE, 23 juillet 2010, pourvoi n° 334060 ; CE, 10 septembre 2010, pourvoi n° 341715 ; CE, 6 octobre 2010, pourvoi n° 341827 ; CE, 13 octobre 2010, pourvoi n° 341536.

⁶⁶¹ Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-82148 ; Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-85866 ; Cass. Crim., 5 octobre 2010, pourvoi n° 10-90097 ; Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-90094 ; Cass. com., 15 octobre 2010, pourvoi n° 10-40039.

Cette situation est extrêmement rare. Sur la période du 1^{er} mars 2010 au 1^{er} mars 2011 un seul arrêt d'une cour suprême n'opère le renvoi que de certains mots d'un article législatif. Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 octobre 2010, pourvoi n° 338828 : tandis que le requérant invoquait devant la Haute juridiction administrative l'inconstitutionnalité du cinquième alinéa de l'article L. 28 du code des pensions civiles et militaires de retraite, le Conseil d'Etat choisit de ne renvoyer au Conseil constitutionnel que la question de la conformité à la Constitution de la seule première phrase de cet alinéa. C'est d'ailleurs juste cette première phrase que le Conseil constitutionnel a abrogé comme contraire au principe d'égalité dans sa décision du 13 janvier 2011, 2010-83 QPC, *M. Claude G.* [Rente viagère d'invalidité].

Les deux juridictions suprêmes ont aussi conçu leur rôle de façon identique s'agissant de l'abstraction du contrôle opéré. On a vu que, parfois, les décisions des juridictions suprêmes sur les QPC sont fondées sur l'application qui est faite d'une loi ou sur l'interprétation de dispositions législatives, ce qui confère un relatif caractère concret au contrôle exercé. Mais, les cas sont extrêmement rares. On peut citer de ce point de vue une décision rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 11 juin 2010 (n° 09-88083) et le Conseil d'Etat le 18 juin 2010 (n°337898). La Cour de cassation avait estimé que « *le dispositif prévu par la disposition contestée (prélèvement biologique) pourrait être regardé, sous certains de ses aspects, comme portant atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution* ». L'évocation de « *certain (des) aspects* » du dispositif prévu par la disposition contestée peut suggérer qu'il s'agit de certains des aspects concrets de l'application de la loi dont il est question. Le Conseil d'Etat, quant à lui, avait rejeté un argument en défense développé par le ministre de l'Ecologie qui consistait à tenir compte de l'application différenciée de la disposition contestée en fonction d'hypothèses alternatives envisagées par la disposition. Mais il s'agit moins ici de l'application concrète de la disposition que de la définition par la disposition de son champ d'application. Le Conseil d'Etat considère que les dispositions en cause doivent faire l'objet d'une appréciation commune (18 juin 2010, n°337898).

Les deux hautes juridictions s'entendent largement en revanche pour se fonder sur l'interprétation donnée par la jurisprudence des dispositions législatives contestées pour refuser de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Cette belle harmonie est illustrée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 juillet 2010, n° 340142⁶⁶², par ceux de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 septembre 2010, n° 10-40028 et 10-40027⁶⁶³ et par celui de la Chambre criminelle du 5 octobre 2010, n° 10-83090⁶⁶⁴.

Si l'interprétation donnée des textes législatifs donne lieu à un contentieux peu abondant et si ce contentieux se conclut le plus souvent par une décision de refus de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, la contestation de l'application faite des dispositions législatives est encore moins fréquente. Très rares sont en effet les arrêts des cours suprêmes fondés sur la façon dont les dispositions législatives contestées sont appliquées. La 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation fonde ainsi une décision de renvoi de QPC au Conseil constitutionnel sur la pratique suivie par Pôle emploi d'un texte qui risque de porter atteinte aux droits de la défense⁶⁶⁵. Quant au Conseil d'Etat,

⁶⁶² « Ces dispositions, dont la portée a été précisée par la jurisprudence, ne présentent pas de difficulté particulière d'interprétation (...) »

⁶⁶³ « La question n'a pas de caractère sérieux dès lors que les termes "presque exclusivement" contenus dans l'article L. 7321-2 du code du travail, tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, ne sont ni imprécis ni équivoques et ne peuvent porter atteinte aux objectifs de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ni, en conséquence, aux droits et libertés visés dans la question ».

⁶⁶⁴ « La question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution ».

⁶⁶⁵ Cass. Civ. 2, 24 septembre 2010, pourvoi n° 10-40026 : « le moyen, tiré de ce que les dispositions législatives contestées portent atteinte aux principes garantissant la présomption d'innocence et les droits de la défense, présente un caractère sérieux dans la mesure où la transmission à Pôle emploi des informations figurant dans des procédures d'enquête ou de contrôle conduisent cette institution à une suspension du service des allocations de chômage ».

il tire argument de la manière dont le juge de l'impôt doit se comporter dans certains contentieux pour réfuter tout caractère sérieux à la QPC posée devant lui⁶⁶⁶.

S'agissant des refus de renvoi, on a vu que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont utilisé avec une grande parcimonie la technique des réserves d'interprétation ou de l'interprétation neutralisante. On remarque également que les juridictions suprêmes ont tendance à fonder leurs décisions sur l'absence de caractère sérieux de la QPC soulevée devant elles. L'argument de la question nouvelle n'est quasiment jamais retenu.

De même, s'agissant d'un contrôle de constitutionnalité préalable qu'aurait eu à subir la disposition contestée, on constate que les juridictions suprêmes examinent peu l'argument du changement de circonstances pouvant justifier que la disposition contrôlée fasse de nouveau l'objet d'un contrôle. Sur la période du 1^{er} mars 2010 au 1^{er} mars 2011, le changement de circonstances n'a été établi aussi bien par le Conseil d'Etat que par la Cour de Cassation qu'à 6 reprises⁶⁶⁷. L'absence d'interrogation de la juridiction sur un éventuel changement de circonstances peut d'ailleurs laisser perplexe. Ainsi, dans plusieurs arrêts du même jour, le 29 septembre 2010, la Cour de cassation refuse-t-elle de renvoyer des QPC au Conseil constitutionnel au motif qu'il a déjà statué sur les questions soulevées ; mais, tandis que la Chambre commerciale examine s'il n'y a pas eu de changement de circonstances depuis que le Conseil constitutionnel a statué (alors même qu'il a statué à peine deux mois plus tôt⁶⁶⁸), la Chambre criminelle n'effectue nullement ce contrôle (alors que le Conseil constitutionnel avait, cette fois, statué six ans auparavant⁶⁶⁹).

Cela est d'autant plus regrettable que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont une vision très étroite des dispositions organiques selon lesquelles il est nécessaire, pour que la QPC soit recevable, que la disposition contestée n'ait « *pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* ». En effet, ces hautes juridictions considèrent que si la disposition a été déclarée conforme à la Constitution⁶⁷⁰, elle ne peut plus être contestée par voie de QPC (sauf changement de circonstances), et ceci même si le Conseil constitutionnel n'a pas examiné les mêmes arguments que ceux énoncés dans la QPC⁶⁷¹.

Malgré ces importantes convergences qui attestent vraisemblablement d'une même conception de leur office par les juges dans le traitement de la QPC, quelques divergences démontrent que le phénomène de convergence évolutive n'a pas encore atteint son optimum.

Un certain nombre de ces divergences ont déjà été identifiées. Nous nous contenterons de les rappeler tout en les rattachant à quelques éclairages statistiques :

- Selon la Cour de cassation, une QPC n'est pas recevable contre l'interprétation des textes législatifs. Cette position, outre les nombreuses décisions de la Chambre criminelle⁶⁷², a même fait l'objet de plusieurs arrêts d'Assemblée plénière⁶⁷³. Il est notable que la motivation de ce refus de renvoyer diffère selon qu'il est exprimé par l'Assemblée plénière ou qu'il l'est par la Chambre

⁶⁶⁶ CE, 29 septembre 2010, pourvoi n° 341065.

⁶⁶⁷ CE, 9 juillet 2010, pourvoi n° 339081 ; CE, 28 janvier 2011, pourvoi n°338199 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 2011, pourvoi n°10-40059 ; Cass. Crim., 1^{er} mars 2011, pourvoi n°10-90125.

⁶⁶⁸ Cass. Com., 29 septembre 2010, pourvois n° 10-15034, n° 10-19584, n° 10-14770 et n° 10-14772.

⁶⁶⁹ Cass. Crim., 29 septembre 2010, pourvoi n° 10-84904.

⁶⁷⁰ Y compris dans une décision datée du jour même de l'arrêt de la juridiction suprême : Cass. Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-90092 : « *Attendu que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'article 323 du code des douanes par la décision n° 2010-32 QPC rendue ce jour ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel* ».

⁶⁷¹ CE, 23 juillet 2010, pourvoi n° 339882 ; CE, 14 octobre 2010, pourvoi n° 341689.

⁶⁷² Notamment celle du 19 mai 2010, pourvoi n°09-82582 (Arrêt n° 12023).

⁶⁷³ Cass. Ass. plén., 19 mai 2010, pourvoi n°09-70161 ; Cass. Ass. plén., 8 juillet 2010, pourvoi n° 10-60189 ; Cass. Ass. plén., 9 juillet 2010, pourvoi n° 10-40010. Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation a clairement affirmé que : « *la question ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation* ».

criminelle, la motivation des décisions de la Chambre criminelle n'étant par ailleurs pas uniforme. En effet, l'impossibilité de contester l'interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives est affirmée soit au titre de l'examen du caractère sérieux de la question⁶⁷⁴, donc dans le cadre du contrôle du respect des conditions fixées par la loi organique, soit directement sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution en ce qu'il dispose : « 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 ». Deux remarques peuvent être formulées à propos de cette seconde occurrence. En premier lieu, la Cour de cassation fait un usage restrictif⁶⁷⁵ du terme « disposition ». En second lieu, lorsqu'elle procède ainsi, ce n'est qu'au terme du contrôle du respect des deux premières conditions fixées par les dispositions organiques. Il semblerait alors que l'on puisse, en réalité, ramener le second type de motivation à une catégorie du premier. Le Conseil d'Etat, sans avoir adopté de décision de principe affirmant la recevabilité d'une QPC dirigée contre l'interprétation jurisprudentielle d'un texte législatif, paraît l'admettre implicitement, notamment dans une décision du 16 juillet 2010 (n°334665). L'admission est encore plus claire dans une décision de renvoi (CE, 15 juillet 2010, n°322419) ayant permis au Conseil constitutionnel d'affirmer une position de principe dénuée de toute ambiguïté (2010-52 QPC, 14 octobre 2010 : « qu'en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »). Il a, par ailleurs, ouvert cette recevabilité contre les dispositions impératives d'une circulaire ou d'une instruction interprétant une loi⁶⁷⁶.

- Le Conseil d'Etat s'est révélé également plus respectueux de la position future du Conseil constitutionnel dans ses arrêts de renvois de QPC que ne l'est la Cour de cassation. En effet, à aucun moment, il n'a soit reformulé la QPC soulevée devant lui, soit tenté de guider le Conseil constitutionnel vers un raisonnement précis. Ses arrêts de renvois sont, au contraire, empreints de beaucoup de respect à l'égard du Conseil constitutionnel dans la mesure où ils sont très faiblement motivés laissant ainsi le champ libre au Conseil constitutionnel.

La Cour de cassation, en revanche, a tendance à davantage encadrer le contrôle de constitutionnalité qu'exercera ultérieurement le Conseil constitutionnel. L'emploi courant de la formule « en ce que » pour déterminer que l'argument soulevé dans la QPC est sérieux « en ce que » la disposition législative contestée risque de porter atteinte à telle ou telle droit ou liberté constitutionnellement garanti traduit cet encadrement. Mais il est vrai que le Conseil constitutionnel ne s'estime aucunement lié par cet encadrement.

- Enfin, la divergence essentielle qui apparaît entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation concerne la motivation des arrêts par lesquels ces juridictions suprêmes refusent de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. Les arrêts du Conseil d'Etat sont ici assez largement plus motivés que ne le sont ceux de la Cour de cassation. Curieusement cela ne transparaît pas à la constatation du nombre de paragraphes consacrés à la QPC dans les arrêts rendus par les deux juridictions. Ainsi, du 1er mars 2010 au 1er mars 2011, la Cour de cassation a rendu trois fois plus d'arrêts de rejet de renvoi d'une QPC présentant quatre paragraphes ou plus que n'en a rendu le Conseil d'Etat. Elle a également rendu beaucoup plus d'arrêts de trois paragraphes que le Conseil d'Etat. Mais si cette différence de motivation ne transparaît donc pas d'un point de vue statistique, elle est bien réelle d'un point de vue qualitatif. Le « pôle de jurisprudence » de notre équipe de recherche a ainsi établi que sur la même période la Cour de cassation a fait preuve dans ses arrêts de rejet d'une faible motivation à 134 reprises soit dans

⁶⁷⁴ C'est ainsi que procède, généralement, l'Assemblée plénière.

⁶⁷⁵ Critiqué par la doctrine.

⁶⁷⁶ CE, 9 juillet 2010, pourvoi n° 339081.

47,18% des cas, d'une motivation moyenne à 89 reprises à savoir dans 31,34% des cas et d'une grande motivation 61 fois c'est-à-dire dans 21,48% des cas. Pour le Conseil d'Etat, l'analyse ne révèle que 18 arrêts faiblement motivés soit 14,17% des arrêts, 80 arrêts moyennement motivés soit 63% et 29 fortement c'est-à-dire 22,83% des arrêts⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ Ces chiffres ne portent que sur les décisions rendues pour défaut de caractère sérieux.

Conclusion partie II

Délitement, renforcement ou mutation du dualisme juridictionnel ?

Emmanuel Cartier⁶⁷⁸

L'introduction de la QPC au sein du paysage juridictionnel français a contribué à en modifier la configuration tout en mettant à jour certaines de ses contradictions à l'heure où chaque juge, quels que soient son ordre de rattachement et sa formation, exerce un même office : rendre la justice en s'assurant de la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. La Justice et ses principes directeurs ont été structurellement renforcés par le droit européen et le droit de l'Union, sous la double impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). L'Europe a en effet contribué à affermir l'autorité des juges et par là de la Justice, que ce soit par la CJUE, dont le rôle a été renforcé par les traités successifs et dont la jurisprudence est aujourd'hui en grande partie intégrée par le juge interne, ou par la Cour EDH qui a contribué à édifier un « droit commun du procès » autour de l'article 6 §1^{er} de la Convention auquel n'échappe aucun juge, y compris le juge constitutionnel⁶⁷⁹. Les exigences découlant du droit au procès équitable ont en effet contribué à rapprocher les procédures et les offices juridictionnels quels que soient les systèmes et les traditions étatiques (*Common law* ou système de droit romano germanique, dualisme juridictionnel ou non, existence ou non d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi et diversité de ce mode de contrôle lorsqu'il existe, nature diverse des régimes politiques). Ce renforcement de la Justice s'est opéré au profit du justiciable et de l'affirmation du corpus des droits et libertés fondamentaux, en faveur de la légitimité de la loi et du législateur, seul habilité à y apporter des limitations, sous le contrôle du juge, conformément aux exigences d'un Etat de droit démocratique⁶⁸⁰. Le droit européen originel se fait aujourd'hui l'écho de cette mutation en réalisant l'articulation formelle et matérielle du droit de l'Union avec celui de la CEDH tout en prescrivant la construction d'un « *espace commun de Justice* », pendant de « l'espace commun de droit(s) » qui s'écrit aujourd'hui au pluriel⁶⁸¹ : pluralité de droits et de sources de ces droits, pluralité de juridictions et d'ordres juridictionnels.

La justice constitutionnelle, telle qu'elle s'est développée en Europe depuis 1945, s'inscrit en grande partie dans cette logique dans la mesure où elle s'intègre dans l'espace et le temps du procès ordinaire. Elle procède cependant d'un genre de justice différent. En effet, l'acculturation de la constitution dans le procès ordinaire et son appropriation progressive par ses acteurs, amène la Justice à se faire gardienne et porteuse de valeurs à fort contenu politique, voire moral, telles la démocratie, l'égalité, les principes républicains (dont la laïcité), voire la fameuse catégorie normative des « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* », seules normes constitutionnelles opposables au droit de l'Union⁶⁸². Ce phénomène d'acculturation de la

⁶⁷⁸ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

⁶⁷⁹ Sur le juge constitutionnel, v. SZYMCAK, D., *La convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2004, p. 402 et s., plus spéc. p. 425 ; DE LA ROSA, S., « L'article 6, § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, 2009, p. 817

⁶⁸⁰ Sur le concept d'Etat de droit, v. CHEVALLIER, J., « L'Etat de droit », *R.D.P.*, t. CIV, 1988, pp. 313-380 ; *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Clefs, Politique, 4^e éd., 2003 ; *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2004 ; COLAS, D., dir., *L'Etat de droit*, Paris, PUF, 1987 ; HAMON, L., « L'Etat de droit et son essence », *R.F.D.C.*, n°4, 1990, p. 699-712 ; REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, PU d'Aix-Marseille, 1992 ; TROPER, M., « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n°15, 1992, pp. 51-63 ; *L'Etat de droit, Cahiers de Philosophie politique et juridique*, Centre de Philosophie Politique et juridique de l'Université de Caen, 1994.

⁶⁸¹ Sur la construction de l'espace juridique communautaire par le juge, v. LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Paris, 1976, rééd. Bruylant, 2007, préf. Fabrice Picot, notamment pp. 224-226.

⁶⁸² LEVADE, A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, l'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, p. 110. Pour une approche comparatiste de la

Constitution dans le procès ordinaire est antérieur en France à l'introduction de la QPC, qu'il s'agisse du procès judiciaire ou du procès administratif. En effet, comme l'a bien analysé Julien Bonnet, « sous l'empire de la Vème République et grâce au développement du Conseil constitutionnel, le juge ordinaire a intensifié la garantie juridictionnelle de la Constitution »⁶⁸³, qui était invocable de plein droit sauf lorsque qu'une loi faisait écran entre l'acte en cause et la Constitution. Si le juge judiciaire n'était pas étranger, loin de là, au bloc de constitutionnalité, qu'il n'hésita d'ailleurs pas à opposer dès 1947 à un acte testamentaire⁶⁸⁴, le juge administratif était bien entendu mieux préparé à l'office que le constituant lui a attribué en 2008. En effet, au delà de la parfaite connaissance des normes constitutionnelles de référence, qu'il côtoie dans le cadre de ses fonctions consultatives et juridictionnelles depuis longtemps⁶⁸⁵, sa jurisprudence comme ses raisonnements lui ont été directement empruntés par le Conseil constitutionnel qui, comme son voisin du Palais royal au début du XXe siècle, a opéré ces dernières années une véritable mutation, laquelle, à terme, sous le double impact de la QPC et du droit de la CEDH, ne pourra que le conduire à revoir sa composition et certaines de ses règles de fonctionnement. La QPC participe en effet de cette mutation des offices juridictionnels dans la mesure où elle consacre « le surgissement de la justice constitutionnelle » dans le procès, pour reprendre l'expression de Jacques Krynen⁶⁸⁶. Ce faisant, elle confronte le Conseil constitutionnel à l'impératif du procès équitable et accorde aux juges ordinaires ce qu'ils n'ont jamais osé s'attribuer eux-mêmes, en dépit de l'exemple américain, des appels pressants de la doctrine et d'une partie de la classe politique ainsi que du poids qu'a progressivement pris le contrôle de conventionnalité : l'examen, même préalable et limité à un simple filtrage, de la constitutionnalité de la loi.

Les juges ordinaires doivent en effet, avant de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel, apprécier, via le caractère « non dépourvu de sérieux » ou « sérieux » de la question, la potentialité ou l'évidence d'une violation de la Constitution par la disposition législative en cause ainsi que son lien avec le litige. Via l'opération de filtrage, ils s'inscrivent déjà dans l'opération consistant à confronter la norme législative à la norme constitutionnelle, c'est-à-dire dans une sorte de pré-contrôle de constitutionnalité de la loi⁶⁸⁷. Ce nouvel office, révolutionnaire à l'aune de notre courte expérience française de contrôle de constitutionnalité, s'exerce de concert, dans chaque ordre juridictionnel, sous l'autorité souveraine, non pas du Conseil constitutionnel, mais de chaque juridiction suprême. Cette situation rendue possible par l'institution d'un filtre ultime, interroge bien entendu le rôle respectif des juridictions suprêmes dans leur rapport au Conseil constitutionnel comme dans leur rapport aux juges externes européens (CJUE et Cour EDH) dont la juridiction et les normes de références ont été paradoxalement exclues du champ du procès constitutionnel alors qu'elles occupent une place centrale dans le champ du procès ordinaire et qu'elles constituent encore aujourd'hui le principal mécanisme de garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux⁶⁸⁸. La construction juridictionnelle et normative à laquelle la QPC aboutit semble dès lors mal équilibrée ou tout du moins ne pouvoir trouver son équilibre que dans le fameux « dialogue des juges ». Or, par nature, ce dialogue est source de difficultés et d'incompréhensions pour le

question, voir DEROSIER, J.-P., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne : Étude comparée: Allemagne, France, Italie*, Thèse, Paris 1, sous la direction d'Otto Pfersmann, 705 p.

⁶⁸³ BONNET, J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009, Paris, p. 90.

⁶⁸⁴ Trib.civ. Seine, 22 janvier 1947, *Gazette du Palais*, 1947, I, 67. (9), à propos de l'annulation d'un acte testamentaire sur le fondement du principe de non discrimination en raison de la race formulé à l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946.

⁶⁸⁵ Rappelons que le Conseil d'Etat fit application du préambule de la Constitution de 1946 dans son célèbre arrêt d'Assemblée *Dehaene* du 7 juillet 1950 et n'a pas hésité à se référer à un principe fondamental reconnu par les lois de la République non encore consacré par le Conseil constitutionnel pour écarter l'application d'une convention internationale, CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné, Rec.*, p. 255.

⁶⁸⁶ KRYNEN, J., *L'Etat de justice, France XIIIe – XXe siècle, L'emprise contemporaine des juges*, t. 2, op. cit., p. 289.

⁶⁸⁷ LIEBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; ROBLOT-TROIZIER, A., « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat : vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

⁶⁸⁸ Sur cette question, voir DUBOUT, E., « L'efficacité structurelle du procès constitutionnel », *Supra*, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

justiciable comme pour le juge ordinaire, en particulier pour le juge du fond dont l'essentiel de l'office est d'apporter une solution concrète et motivée en droit à un litige lui-même concret. Le juge du fond comme les juridictions suprêmes sont amenés à appliquer un même prisme de filtrage aux dispositions législatives dont ils sont saisis à l'occasion d'une QPC. La « texture ouverte » des critères de renvoi tels que définis par le législateur organique aboutit parfois à des divergences qui peuvent s'avérer préjudiciables à l'égalité de protection des droits et libertés constitutionnels et à l'accès au juge, notamment lorsque ces divergences se manifestent dans le cadre de domaines d'intervention communs aux deux ordres comme le droit de l'urbanisme, le droit de l'environnement, le droit des étrangers, le droit des contrats ou le droit de la responsabilité. Ces domaines, qui ont d'ailleurs tendance croître, sont souvent l'occasion d'emprunts réciproques de la part des deux ordres juridictionnels, consacrant parfois « l'émergence d'un droit mixte »⁶⁸⁹, propice au phénomène de « convergence évolutive »⁶⁹⁰.

La QPC révèle sur ce point toute son ambiguïté, à la croisée d'un recours objectif, dans le moule duquel elle a été forgée, et d'un recours subjectif dont elle possède une partie des attributs, *ab initio* (lors de son déclenchement) et *in fine* (lors de sa réintroduction dans l'instance principale) du procès constitutionnel. L'office du Conseil constitutionnel se trouve lui aussi chargé d'ambiguïté. Il doit en effet, conformément aux textes, l'exercer sans considérations pour le litige à l'occasion duquel la question a été soulevée. Il est cependant amené, d'une part à faire porter son contrôle sur le « droit vivant », c'est-à-dire sur la loi telle qu'interprétée concrètement par les juridictions suprêmes, d'autre part à déterminer, comme le constituant l'y invite (art. 62 al. 2 C.), l'opportunité d'une sanction immédiate de la disposition législative en cause, ainsi que le cas échéant les conditions de réintroduction de la QPC « victorieuse » dans le procès ordinaire, formulant à cette occasion de véritables injonctions à l'attention des juges ordinaires⁶⁹¹. Tous ces éléments réinterrogent notre modèle architectural juridictionnel, sans pour autant faire du Conseil constitutionnel l'équivalent d'une Cour suprême, ni des deux juridictions suprêmes de véritables juges constitutionnels⁶⁹². En effet, une fois dépassé le débat, jugé « stérile » par certains⁶⁹³, de la nature du Conseil, la QPC met en avant un autre type de débat : celui de son genre. Ce faisant, ce dernier débat ne va pas sans raviver le premier⁶⁹⁴, à l'heure où le Président Sarkozy siège au Conseil constitutionnel lors des audiences de QPC. Si l'introduction de la QPC a transformé la relation du Conseil constitutionnel aux autres juridictions et aux acteurs du procès, elle n'en fait pas une juridiction de dernier degré mais seulement de dernière instance en l'absence de véritable centralisation juridictionnelle. Ce nouvel agencement des offices juridictionnels oblige néanmoins à revoir la formule qu'avait pu proposer il y a déjà longtemps C. Mazzanotte à propos de la Cour constitutionnelle italienne : « *aux juges la loi, à la Cour la Constitution* »⁶⁹⁵. On assiste désormais à une double concurrence des interprétations authentiques : celles de la loi, via le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur le droit vivant⁶⁹⁶ et celles de la Constitution, via le filtrage ultime

⁶⁸⁹ VAN LANG, A., « Mirages et miracles du dualisme juridictionnel français », Avant propos, in VAN LANG, A., dir., *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1.

⁶⁹⁰ Soit, pour reprendre la définition qu'en donnent les sciences de la vie, « l'émergence progressive de ressemblances entre espèces différentes soumises aux mêmes contraintes environnementales », *Supra*. Titre II, Chapitre 2, Introduction.

⁶⁹¹ Voir, CARTIER, E., « La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : la question des effets des décisions QPC », *Supra*, Partie I, Chapitre 2, Section 1.

⁶⁹² FAVOREU, L., « La notion de Cour constitutionnelle », *Etudes en l'honneur de J.-F. Aubert*, 1996, p.19. L'auteur note en effet, qu'« il serait naïf (...) de considérer que tout juge appliquant les normes constitutionnelles est un juge constitutionnel ». Position contraire à celle qu'avait pu adopter BATAILLER F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1966, p.17.

⁶⁹³ ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., 2010, LGDJ – Montchrestien, Paris, p.75.

⁶⁹⁴ BASILIEN-GAINCHE, M.-L., BLACHER, Ph., CHALTIEL, F., FRANÇOIS, B., HEURTIN, J.- Ph., « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 1^{er} Mars 2010.

⁶⁹⁵ MEZZANOTTE, C., « La Corte costituzionale, esperienze e prospettive », in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p.160, cité par LAFAILLE, F., « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n°00, 2 juillet 2010, <http://www.archivio.rivistaaic.it/rivista/2010.pdf>.

⁶⁹⁶ Sur cette question dans une perspective comparatiste franco-belge, v. BOUCARD, F., « La question prioritaire de constitutionnalité et les cours suprêmes. - Une partie de billard à trois bandes ? » *JCP G*, 2010.

opérée par les deux juridictions suprêmes. Il se pourrait donc que l'hypothèse d'une « convergence évolutive » proposée dans cette étude aille au delà du dualisme juridictionnel, initiant, de la même manière, une mutation parallèle du Conseil constitutionnel, au miroir des juridictions ordinaires et de l'espace de justice dans lequel se fondent progressivement ces mêmes juridictions.

La question de constitutionnalité telle que conçue par le constituant en 2008 n'est néanmoins pas une fin en soi. Il se pourrait en effet qu'elle ne constitue qu'un mécanisme provisoire, voire transitoire, qui, selon les mutations qu'elle a initiées et ses dysfonctionnements probables, pourrait aboutir à autre chose, *a minima* sur le modèle de ce qui s'est passé en Italie ou en Belgique. Trois hypothèses émergent qui s'écartent plus ou moins radicalement de l'existant.

L'hypothèse minimale serait de reconnaître au Conseil constitutionnel un pouvoir de contrôle, même marginal, du filtrage opéré par les juridictions suprêmes, celui-ci étant déjà, conformément aux textes, informé de leurs décisions de non renvoi. Cette hypothèse, appuyée par une partie de la doctrine publiciste est néanmoins rejetée par les magistrats des deux ordres que nous avons interrogés car une mainmise du Conseil sur l'office souverain des juridictions suprêmes s'apparenterait à une prérogative propre à une Cour suprême. L'hypothèse est fort logiquement très bien accueillie par les avocats qui y voient un moyen de faire passer certaines QPC dites « sensibles », notamment lorsqu'elles concernent le fonctionnement de l'ordre juridictionnel lui-même comme pour la question du juge unique par exemple ou celle de la dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat.

L'hypothèse moyenne consisterait en la suppression pure et simple du filtre comme ce qu'ont connu la Belgique ou l'Italie, initiant dès lors un dialogue direct entre le Conseil constitutionnel et le juge du fond sans l'interface des juridictions suprêmes. Cette évolution ne supprimerait bien entendu pas tout filtrage, le juge ordinaire devant s'interroger *a minima* sur la recevabilité formelle de la question de constitutionnalité et *a maxima* sur sa « relevance » pour reprendre l'expression employée en Italie⁶⁹⁷ et en Belgique⁶⁹⁸.

L'hypothèse maximale consisterait en un renversement complet de toute la logique qui a présidé à l'institution de la QPC et du modèle de justice constitutionnelle à la française. Il s'agirait en effet de faire confiance au juge ordinaire pour opérer lui-même, comme il le fait pour le contrôle de conventionnalité, le contrôle de la constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel devenant dès lors une véritable Cour suprême, chargée uniquement d'assurer la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle, voire, au delà, son articulation avec le système européen de protection des droits fondamentaux. Cette hypothèse est la moins probable dans la mesure où elle opère un divorce complet avec le mécanisme de départ ainsi qu'avec la conception même de la justice en France, longtemps asservie à la loi et écartée de l'exercice de la souveraineté, cantonnée à la qualité de simple autorité⁶⁹⁹.

Ces hypothèses peuvent sembler iconoclastes, voire irréalisables pour certaines. Elles ne sont par ailleurs envisageables qu'en cas de constat d'échec de la QPC, ce qui n'est aujourd'hui pas le cas,

⁶⁹⁷ Sur l'analyse de la « Rilevanza » de la question par les juridictions ordinaires italiennes, que l'auteur traduit par le terme « pertinence », v. SEVERINO, C., *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, Paris, 2003, notamment pp. 32-33. Les juridictions ordinaires italiennes, sans disposer formellement d'une compétence de filtrage, doivent vérifier d'une part que les normes législatives en cause sont « nécessairement applicables » (et non hypothétiquement), d'autre part, que la question est « non manifestement infondée », *ibid.*

⁶⁹⁸ Pour la Belgique, v. VERDUSSEN, M., « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in DELPERÉE, F., FOUCHER, P., *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruyant, Bruxelles, 1998, pp. 177-195 ; DELPERÉE, F., BAETENS SPETSCHINKY, M., « La saisine de la Cour d'arbitrage », in *Standing to raise constitutional issues : comparative perspectives*, Bruyant, Bruxelles, 2005, pp. 102-107 ; DE LEVAL, G., RIGAUX, M.F., HOREVOETS, CH., « La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge a quo » in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 264-265.

⁶⁹⁹ HOURQUEBIE, F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, Bruyant, Bruxelles, 2005, 678 p.

notamment pour le mécanisme de filtrage. Les juridictions ordinaires, sans doute conscientes de ce qu'elles pourraient perdre en cas de dysfonctionnement majeur du mécanisme, ont finalement accepté de jouer la partition du constituant et de s'inscrire dans le concert des filtrages, attentives tant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'à l'intérêt du justiciable que le Conseil a lui-même relayé en s'appuyant sur « l'effet utile » de la QPC. L'absence de véritable chef d'orchestre à ce concert juridictionnel nécessite cependant attention et acceptation de la part du juge ordinaire, amené à concilier ce nouvel office avec ceux déjà nombreux qu'il exerçait avant l'introduction de la QPC. Quant aux juridictions suprêmes, elles doivent repenser leur rapport à la loi dans une logique de concurrence apaisée avec le Conseil constitutionnel pour éviter une « *guerre des juges* » comme en Belgique⁷⁰⁰. Cette reconfiguration semble aujourd'hui se dérouler aussi de concert, même si certains contre-temps peuvent se manifester, notamment au sein des différentes formations de la Cour de cassation, chacune ayant finalement une manière de concevoir le procès constitutionnel dans sa liaison avec le litige, selon sa nature pénale, civile, sociale ou commerciale. Ces contre-temps sont plus préoccupants lorsqu'il s'agit de l'assemblée plénière. On ne retrouve pas de telles distinctions au sein du Conseil d'Etat dont le contentieux comporte sans doute une plus grande unité et dont les formations de jugement entretiennent entre elles une meilleure cohésion, probablement due à une différence moins marquée entre les domaines du contentieux et les logiques qui les sous-tendent.

⁷⁰⁰ VERDUSSEN, M., VAN COMPERNOLLE, J., « La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 297-304.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Emmanuel Cartier¹

Les procédures de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi échappent à leurs auteurs pour être modelées naturellement et concrètement par leurs acteurs et les motivations parfois complexes qui les animent. Le choix d'une procédure incidente centralisée laissant l'initiative et la formulation de la question de constitutionnalité au justiciable et confiant parallèlement aux juridictions suprêmes une fonction de filtrage ultime supposait de voir s'opérer *de vivo* une mutation de la procédure voulue par le constituant en 2008. Cette mutation est d'ailleurs encore en cours au moment où nous rédigeons les dernières lignes de ce rapport qui, comme tel, ne constitue qu'une sorte de photographie de la période d'extrême jeunesse de cette procédure. Cette mutation a pu prendre appui sur la nature hybride de la QPC qui, tout en ayant été conçue comme reposant sur un contrôle abstrait et objectif, suppose, *ab initio*, qu'un droit ou une liberté garantis par la Constitution ait été concrètement violé par une disposition législative dont le lien avec le litige doit être établi par le requérant, et *in fine*, que le Conseil constitutionnel détermine, le cas échéant, les conditions de réintroduction de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le procès ordinaire, voire de manière générale dans l'ensemble des instances concernées par l'application de la disposition législative en cause. Le procès et l'architecture juridictionnelle dans laquelle celui-là se joue et se dénoue, ne pouvaient par conséquent pas demeurer insensibles à l'introduction de la QPC.

Ainsi que nos enquêtes et nos analyses l'ont démontré, chacun des acteurs a été logiquement amené à se positionner par rapport à ce nouveau moyen incident qualifié de « prioritaire » par le législateur organique, et par rapport à un nouvel acteur dont la place dans l'architecture juridictionnelle et le rôle dans le procès ordinaire sont encore mal définis compte tenu de sa nature hybride : le Conseil constitutionnel. Si les justiciables et leurs conseils n'ont eu aucun mal à s'approprier la QPC, y voyant une nouvelle composante de l'arsenal offensif contre la loi, combinant rapidité et efficacité, notamment dans ses conséquences sur la disposition législative en cause, le juge, et en particulier le juge du fond, a dû s'habituer à la subtilité d'un discours juridictionnel sur la constitutionnalité de la loi sans toucher au pré-carré réservé par le constituant au Conseil constitutionnel, seul habilité à déclarer une disposition législative inconstitutionnelle ou non et à en déterminer les conséquences sur le procès, c'est-à-dire dans l'ordre du concret, ce qui touche « l'effet utile » de cette nouvelle voie d'action juridictionnelle.

Le maniement délicat de ce discours s'est accompagné d'une difficulté supplémentaire : la maîtrise de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'acculturation qu'elle présupposait notamment pour le juge judiciaire. Celle-ci, marginalement utilisée par le juge ordinaire dans le cadre de l'application des réserves d'interprétations formulées par le Conseil à l'occasion du contrôle *a priori*, est désormais placée au cœur de son office, qu'il s'agisse de l'examen des décisions du Conseil ayant pu déclarer la disposition législative en cause constitutionnelle dans leurs motifs et dispositif, ou de l'analyse des caractères sérieux ou nouveau de la question posée par le justiciable. L'articulation des filtres (premier et dernier, judiciaire et administratif) et des contrôles (recevabilité, constitutionnalité, conventionnalité et eurocompatibilité) n'aura pas été sans divergences, voire sans heurts, même si au bout du compte les éléments de convergence se révèlent plus nombreux et sans doute plus

¹ Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (CRDP-ERDP).

significatifs. L'absence de centralisation juridictionnelle oblige en effet les juridictions, sur le modèle du droit de l'Union, à s'appuyer sur le dialogue et la persuasion plus que sur l'autorité et la sanction, sur le temps long plus que sur l'instant, afin d'intégrer de manière satisfaisante ce nouveau mécanisme de garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux.

Paradoxalement, la réception par le Conseil constitutionnel de la doctrine transalpine du « droit vivant » a contribué à valoriser la jurisprudence comme source formelle du droit tout en renforçant la place des juridictions suprêmes dans leurs ordres respectifs. Leur jurisprudence est désormais officiellement considérée comme constituant un tout indissociable avec la loi, via l'opération d'interprétation juridictionnelle sur laquelle elle s'appuie. Cette assimilation à la fois structurelle et substantielle de la loi et de son interprétation par les juridictions suprêmes ne peut cependant pas être absolue et nécessite sans doute que les juges constitutionnel et ordinaires en déterminent les limites, *a minima* dans les hypothèses d'interprétation *contra legem*, voire de revirement de jurisprudence opportunistes comme le Conseil d'Etat a pu parfois en témoigner. Si le Conseil constitutionnel sort valorisé de cette nouvelle articulation des interprétations et des interprètes authentiques de la loi, la compétence de filtrage confiée par le constituant aux juridictions suprêmes leur confère une maîtrise de l'objet, voire de la portée, du contrôle de constitutionnalité qui leur a permis de renforcer leur position à l'égard des juges du fond comme à l'égard du Conseil, ce qu'elles n'ont jamais pu faire dans le cadre du contrôle *a priori* faute d'être associées structurellement. Dans le même temps, l'exercice de leur compétence de filtrage comme l'interprétation qu'elle font de la loi dans l'exercice de leur compétence de cassation, les place dans une position de comparaison permanente qui les oblige à se situer expressément et délibérément dans une optique de convergence ou de divergence l'une par rapport à l'autre, en dépit de la séparation qui préside à la souveraineté dont elles bénéficient dans leur ordre juridictionnel respectif.

Aujourd'hui, bien plus qu'avant, chacun des deux ordres juridictionnels peut revendiquer à part égale le rôle de garant des droits et libertés fondamentaux sur la base des deux blocs de constitutionnalité et de conventionnalité. Ce double rôle pour un même office place parfois le juge ordinaire dans une position délicate où s'opposent l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel et celle de la jurisprudence de la Cour EDH. Sans procédure particulière de règlement des conflits d'autorité autre qu'une règle de priorité d'examen au bénéfice de la QPC – toute relative en droit de l'Union –, le juge peut être amené à privilégier la source qui garantira le mieux les droits et libertés du justiciable, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de Francis Delpérée, la « *clause de l'individu le plus favorisé* »², ainsi qu'en témoignent les suites de l'affaire *Perruche* ou la question de la garde à vue devant la Cour de cassation. C'est par conséquent plus ici une primauté axiologique qu'une primauté formelle qui détermine *in fine* la solution juridictionnelle dont la dimension concrète continue à relever du juge ordinaire, à moins de renier son office et de remettre en cause l'idée même de Justice. Les termes du dilemme se réduisent finalement aujourd'hui à choisir de privilégier la sécurité juridique ou la garantie des droits. Sur ce point, le juge judiciaire est censé, conformément à l'article 66 C., être le gardien des libertés individuelles. Cette fonction constitutionnelle semble devoir primer sur celle consistant à assurer la sécurité juridique, voire sur le respect de la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans certaines circonstances. Comme cela a été démontré dans cette étude, le contrôle de conventionnalité offre en effet un certain nombre d'avantages que ne possède pas la QPC telle qu'elle a été conçue par le constituant c'est-à-dire comme un contrôle abstrait, objectif et centralisé. Son caractère hybride et la primauté

² DELPEREE, F., « Conclusion générale », in *Le contrôle de constitutionnalité en Europe*, journée d'étude organisée par la Fédération Européenne des Juges Administratifs (FEJA) à la maison du Barreau de Paris, Jeudi 19 mai 2011 (non publié).

d'examen que lui a conféré le législateur organique ne suffisent pas à en faire autre chose qu'un mécanisme subsidiaire de protection des droits et libertés fondamentaux, en dépit de son importance et de son efficacité sur « l'épuration » de l'ordre juridique. Tout en s'inscrivant désormais dans le récit complexe du procès, la QPC semble encore en ignorer une partie des enjeux faute pour ses auteurs d'avoir mieux pensé son lien avec le procès en cherchant à privilégier l'apparence d'une simple évolution sans changements fondamentaux sur la réalité d'une vraie révolution qui implique des changements dont le Conseil comme la nature de son contrôle ne sortiront pas indemnes.

Annexes

Annexe 1 :

Extraits du tableau croisé des décisions QPC de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat (mars 2010 - mars 2012).

Annexe 2 :

Extraits du tableau des décisions QPC du Conseil constitutionnel (mars 2010 - mars 2012).

Annexe 3 :

Questionnaires « Acteurs de la QPC » et résultats.

Annexe 4

Graphiques statistiques des QPC traitées par les ministères économiques et financiers mars 2010 – mars 2012).

Annexe 5 :

Guide de préparation des mémoires en défense sur une QPC, Diffusion interne de la DAJ le 8 juin 2011.

Annexe 6 :

Tableau n° 1

Les divergences constatées dans les appréciations des caractères sérieux et nouveau dans le filtrage réalisé par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

Annexe 7 :

Tableau n° 2

Les convergences entre l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité.

Annexe 8

Affiches et programmes des journées de rencontre-débat avec les acteurs locaux puis centraux de la QPC organisée à la faculté de droit de Lille 2 les mardi 8 novembre 2011 et lundi 26 mars 2012.

Annexe 9 :

Rapports de recherche d'étudiants du Master 2 « Droit public général et contentieux publics »

(1) MARTIN (V.), *La condition de l'applicabilité au litige de la question devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M2 sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.

(2) BENIGNI (M.), *Le caractère sérieux de la question dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.

Annexe 1

Extraits du tableau croisé des décisions QPC de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat

Extrait du tableau Excel des décisions du Conseil d'Etat de transmission et de non transmission de QPC au Conseil constitutionnel (mars 2010 – mars 2012)

NB : Ce tableau est le même que celui adopté pour la Cour de cassation, de manière à permettre une analyse croisée. Chaque décision est référencée dans 28 colonnes normées correspondants à des caractéristiques permettant d'alimenter les travaux de notre équipe sur les problématiques retenues par le programme

Ordre juridictionnel	Juridiction	Degré de filtrage	Origine de la QPC (juridiction de renvoi)	Niveau	Date	Formation de jugement	références	n°	Références législatives	Qualité du demandeur	Identité du demandeur	Décisions de transmission (filtrage)	Transmission totale ou partielle
Administratif	CE	1er et dernier	TA de Nantes	Cass	14/04/2010	Collégiale	1e et 6e sous-sections réunies	336753	Art 71 de la loi 59-1454 du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960 ; art. 26 de la loi du 3 aout 1981 de finances rectificative pour 1981, art. 68 de la loi du 30 décembre 2002 de finances rectificatives pour 2002, art. 100 de la loi du 21 décembre 2006 de finances pour 2007	Personne physique	Khedidja A et Mokhtar A	caractère sérieux	Transmission partielle
Administratif	CE	1er et dernier	Sans objet	1er degré	14/04/2010	Collégiale	1e et 6e sous-sections réunies	323830	2° de l'article L 211-3 du code de l'action sociale et des familles	Personne morale de droit privé	Union des familles en Europe	Caractère sérieux	Transmission totale
Administratif	CE	1er et dernier	CAA Paris	Cass	14/04/2010	Collégiale	5e et 4e sous-sections réunies	329290	Art 1er de la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades ; art. 2-II de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits ; alinéas 1 et 3 art. L114-5 du code de l'action sociale et des familles	Personne physique	Mme Viviane A	caractère sérieux	Transmission totale

Décisions de refus de transmission (filtrage)	Application de la théorie du changement des circonstances	Disposition législative	Matière	Nombre de moyens examinés	Nouveauté des moyens (audace des parties dans les moyens invoqués, par rapport au contrôle de constitutionnalité classique)	Droits et libertés invoqués	Longueur de la motivation (§ concernant spécifiquement la motivation QPC)	Qualité de la motivation	Caractère notable de la décision	Autre remarque	Equipes concernées	Références doctrinales	Mots-clés
		Loi 58-mars 2010	Droit des pensions	1	Oui	Principe d'égalité (article 6 et 16 DDHC 1789 en visa) ;	3 §	Moyenne	Oui	Inapplicabilité de la loi de 1959 et caractère sérieux pour les 3 autres dispositions	1,2,3,7		
		Loi 58-mars 2010	Droit social	1	Non	principe d'égalité	1 §	Faible	Non		1,3		
		Loi 58-mars 2010	Droit de la santé	2	Oui	Principe de responsabilité (art 4 DDHC 1789) ; principe de séparation des pouvoirs et droit à un recours juridictionnel effectif (art 16 DDHC).	4 § et plus	Grande	Oui	"Loi anti-perruche", interprétation de l'intention du législateur. Application de la loi dans le temps.Rétroactivité - sécurité juridique	1,2,3,4		

Extrait du tableau Excel des décisions de la Cour de cassation de transmission et de non transmission de QPC au Conseil constitutionnel (mars 2010 – mars 2012)

NB : Ce tableau est le même que celui adopté pour le Conseil d'Etat, de manière à permettre une analyse croisée. Chaque décision est référencée dans 28 colonnes normées correspondants à des caractéristiques permettant d'alimenter les travaux de notre équipe sur les problématiques retenues par le programme

Ordre juridictionnel	Juridiction	Degré de filtrage	Origine de la QPC (juridiction de renvoi)	Niveau	Date	Formation de jugement	Réf.	n°	Références législatives	Qualité du demandeur	Identité du demandeur	Décisions de transmission (filtrage)	Transmission totale ou partielle
Judiciaire	Cour Cass	1er et dernier		Cass	02/03/2010		Crim	n° 09-81027 (1)	Art. 59 L. 29 juillet 1881	Personne morale de droit public	Commune de Tulle & Département de Corrèze		
Judiciaire	Cour Cass	1er et dernier		Cass	19/03/2010		Crim	n° 09-81027 (2)	Art. 59 L. 29 juillet 1881	Personne morale de droit public	Commune de Tulle & Département de Corrèze		
Judiciaire	Cour Cass	1er et dernier		Cass	31/03/2010		Crim	n° 09-86425 (1)	Art. L. 7 C. électoral	Personne physique	X Francis		
Judiciaire	Cour Cass	1er et dernier		Cass	07/05/2010		Crim	n° 09-86425 (2)	Art. L. 7 C. électoral	Personne physique	X Francis	Caractère sérieux	Transmission totale

Décisions de refus de transmission (filtrage)	Application de la théorie du changement des circonstances	Disposition législative	Matière	Nombre de moyens examinés	Nouveauté des moyens (audace des parties dans les moyens invoqués, par rapport au contrôle de constitutionnalité classique)	Droits et libertés invoqués	Longueur de la motivation (§ concernant spécifiquement la motivation QPC)	Qualité de la motivation	Caractère notable de la décision	Autre remarque	Equipes concernées	Références doctrinales	Mots clé
		Loi avant 58	Droit pénal	1	Non	Droit à un recours effectif & droits de la défense	1 §	Faible	Non	Renvoi de l'affaire au 22 juin 2010	5, 9		Presse - Pou
Rejet pour irrecevabilité		Loi avant 58	Droit pénal	1	Non	Droit à un recours effectif & droits de la défense	1 §	Faible	Non	Aspect procédural	5, 9		Presse - Pou
		Loi 58-mars 2010	Droit pénal	1	Non	Principe de légalité (peines strictement & évidemment nécessaires	1 §	Faible	Non	Réouverture de l'instruction : renvoi de l'affaire au 23 juin	5, 9		Electoral - Pe complément: obligatoire
		Loi 58-mars 2010	Droit pénal	1	Non	Principe de légalité (peines strictement & évidemment nécessaires)	3 §	Moyenne	Non	Pouvoir d'individualisation de la peine // Le 23 juin 2010 : Rejet du pourvoi malgré DC n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 : art. L. 7 C. électoral inconstitutionnel => pouvoir d'individualisation de la peine	1, 2, 3, 5, 9		Electoral - Pe complément: obligatoire

Annexe 2

Extraits du tableau des décisions QPC du Conseil constitutionnel

Extrait du tableau Excel des décisions QPC du Conseil constitutionnel (mars 2010 – mars 2012)

NB : Ce tableau est spécifique au Conseil constitutionnel bien que certaines colonnes normées soient identiques à celles du tableau de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, de manière à permettre une comparaison inter-tableaux. Chaque décision est référencée dans 31 colonnes normées correspondants à des caractéristiques permettant d'alimenter les travaux de notre équipe sur les problématiques retenues par le programme

Référence décision du Conseil	n°	Date	Origine de la QPC	Référence de la décision de transmission (Cass ou CE)	Qualité du demandeur	Identité du demandeur	Dispositions législatives contestées	Type de disposition législative contestées	Matière	Dispositif de la décision du CC	Traitement des effets passés	Nombre de dépôts (CC)	Nombre de demandes de récusation	Nombre de membres ayant siégé	Oralité
<i>Cristallisation des pensions</i>	2010-1	28/05/2010	CE	n° 336753 du 14/04/2010	Personne physique	<i>Khedidja et Mokhtar L</i>	art. 26 LF rectificative pour 1981 du 3 août 1981; art. 68 LF rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002; art. 100 LF rectificative pour 2007 du 21 décembre 2006	Loi ordinaire	Droit des pensions	Inconstitutionnalité avec abrogation différée	Absence de remise en cause	0	0	10	Oui
<i>Associations familiales</i>	2010-3	28/05/2010	CE	n°323830 du 14 avril 2010	Personne morale de droit privé	<i>Union des familles en Europe</i>	art. L 211-3 du code de l'action sociale et des familles; droit des associations	Loi ordinaire		Constitutionnalité simple	Absence de remise en cause	0	0	9	Oui
<i>Art. 7 du Code électoral</i>	07/06/2010	11/06/2010	CCass	n° 12006 et 12007, Cass. 7 mai 2010	Personne physique	<i>MM. Stéphane A. et Marc P., M. Francis H.</i>	Art. 7 du Code électoral	Loi ordinaire	Droit électoral	Inconstitutionnalité avec abrogation simple	Remise en cause importante	0	0	9	Non

Application de la théorie du changement des circonstances	Nombre de moyens examinés	Caractère novateur des moyens invoqués	Droits et libertés invoqués	Longueur de la motivation (Nombre de considérants total)	Qualité de la motivation	Réserve d'opportunité quant à l'appréciation de la loi	Réserve d'incompétence du Conseil	Prise en compte de l'interprétation jurisprudentielle faite de la loi dans l'appréciation de sa constitutionnalité	Technique(s) de contrôle	En cas de censure : Motif de l'inconstitutionnalité	Autres remarques	Références doctrinales	Caractère notable de la décision	Equipes concernées
non	1	Non	pppe d'égalité devant la loi, art 6 DDHC	10 § et plus	Grande	Non		Non		art. 6 DDHC: principe d'égalité	refus du CC de statuer infra ou ultra petita : il s'en tient aux dispositions contestées.		Oui	3,4,7
non	4	Non	principe d'égalité de l'art. 6 DDHC; liberté de communication de l'art. 11 DDHC; liberté d'association PFRLR-préambule; objectif à valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions	10 § et plus	Moyenne	Non		Non	contrôle de l'adaptation de la nécessité et de la proportionnalité des atteintes portées aux libertés				Oui	1,2
non	1	Non	principes de la nécessité et de l'individualisation des peines (art. 8 DDHC)	3 §	Moyenne	Non		Non	Examen des modalités d'exécution de la peine afin d'apprécier si elles permettent de respecter le principe d'individualisation de la peine	méconnaissance du principe d'individualisation de la peine			Non	1, 2, 6, 7

Annexe 3

QUESTIONNAIRES « Acteurs de la QPC » et résultats (Série n°1)

1/ Questionnaire « Avocats ».....	p. 438
2/ Questionnaire « Conseil d'Etat ».....	p. 441
3/ Questionnaire « Cour de cassation » (non transmis faute d'accord !).....	p. 444
4/ Questionnaire « Magistrats du parquet des TGI et CA ».....	p. 447
5/ Questionnaire « Magistrats du siège des TGI et CA ».....	p. 450
6/ Questionnaire « Magistrats des TA et CAA ».....	p. 452
7/ Questionnaire « Avocats généraux près la Cour de cassation ».....	p. 454
8/ Résultats bruts des questionnaires	
(1) Questionnaire « Avocats ».....	p. 459
(2) Questionnaire « Magistrats des TA et CAA ».....	p. 466
(3) Questionnaire « Magistrats du parquet des TGI et CA ».....	p. 469
(4) Questionnaire « Magistrats du siège des TGI et CA ».....	p. 473
(5) Questionnaire « Conseil d'Etat ».....	p. 476
(6) Questionnaire « Avocats généraux près la Cour de cassation »... ..	p. 482

(1)

Questionnaire destiné aux avocats (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous considérez que vous exercez votre activité dominante en :

droit privé droit public

2- spécialisée en :

droit administratif droit fiscal

3- spécialisée en :

droit pénal droit des affaires droit social droit civil

4- Vous exercez la profession d'avocat depuis :

moins de 5 ans
 entre 5 et 10 ans
 entre 10 et 20 ans
 plus de 20 ans

Votre pratique de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Avez-vous déjà formulé une QPC ?

Oui Non

2- Combien de QPC avez-vous formulées ?

1 entre 2 et 5 plus de 5

3- Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :

pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)
 sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)

Votre perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Selon vous, pour maximiser les chances de réussite d'une QPC, le mémoire à produire devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation devrait-il plutôt :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
- faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

2- Selon vous la QPC peut-elle avoir une fonction essentiellement tactique ?

- Oui Non

3- Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

- Oui Non

4- Pourquoi (facultatif) ?

5- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

- Oui Non

6- Pourquoi (facultatif) ?

7- Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

- Oui Non

8- Pourquoi (facultatif) ?

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

- Oui Non

2- Pensez-vous que dans un l'avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître rester stable croître

3- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

Oui Non

4- Pourquoi (facultatif) ?

Vos coordonnées:

1- Accepteriez-vous de recevoir un second questionnaire plus approfondi ?

Oui Non

2- Dans ce cas, pourriez-vous nous indiquer vos noms et coordonnées (courriel ou fax) ?

(2)

Questionnaire destiné aux membres du Conseil d'Etat (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous occupez les fonctions de :

- Président ou président-adjoint de la Section du contentieux
- Président de sous-section
- Conseiller réviseur
- Rapporteur public
- Rapporteur au contentieux

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

- Oui Non

2- Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

- marginalement modérément fortement

3- Avez-vous déjà eu l'occasion d'examiner les suites à donner à une QPC dont l'objet était sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise à la Cour de cassation ?

- Oui Non

4- En présence d'une QPC dont l'objet serait sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise à la Cour de cassation, la décision de transmission ou de non-transmission par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel aurait-elle une incidence sensible sur votre proposition de transmettre ou de ne pas transmettre ?

- Oui Non

5- A votre avis le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont-ils :

- une pratique sensiblement identique de la QPC ?
- une pratique sensiblement différente de la QPC ?

6- Estimez-vous qu'un fonctionnement harmonieux du dispositif de la QPC rend des contacts informels périodiques entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation :

- utiles inutiles indispensables contre-indiqués

7- Le mémoire produit devant le Conseil d'Etat devrait-il selon vous (2 réponses possibles) :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
 faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

8- Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écartier l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconventionnalité ?

- Oui Non

9- Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

- Oui Non

10- Pourquoi (facultatif) ?

11- Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

- Oui Non

12- Pourquoi (facultatif) ?

13- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

- Oui Non

14- Pourquoi (facultatif) ?

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Pensez-vous que dans un l'avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

- décroître rester stable croître

2- Pensez-vous que dans un l'avenir proche l'attrait de la QPC pour les parties va avoir tendance à :

- décroître rester stable croître

3- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne lui aurait pas transmise ?

- Oui Non

4- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ?

- aucune transformation
 des transformations marginales
 des transformations modérées
 des transformations fondamentales

5- D'après vous cette transformation irait plutôt dans le sens :

- d'un renforcement de ces juridictions
 d'un affaiblissement de ces juridictions

6- Pourquoi (facultatif) ?

(3)

Questionnaire destiné aux membres de la Cour de cassation (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous occupez les fonctions de :

- Président de chambre Conseiller
- Conseiller référendaire Avocat général
- Conseiller
- Avocat général

2- Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :

- Droit pénal et procédure pénale
- Droit commercial
- Droit social
- Droit civil

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comm^e fondamentalement différent d^e celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

- Oui Non

2- Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

- marginalement modérément fortement

3- Avez-vous déjà eu l'occasion d'examiner les suites à donner à une QPC dont l'objet était sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat ?

- Oui Non

4- En présence d'une QPC dont l'objet serait sensiblement identique^e à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat, la décision de transmission ou de non-transmission par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel aurait-elle une incidence sensible sur votre proposition de transmettre ou de ne pas transmettre ?

Oui Non

5- A votre avis le Cons^eil d'État et la Cour de cassation ont-ils :

- une pratique sensiblement identique de la QPC ?
- une pratique sensiblement différente de la QPC ?

6- Estimez-vous qu'un fonctionnement harmonieux du dispositif de la QPC rend des contacts informels périodiques entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation :

utiles inutiles indispensables contre-indiqués

7- Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous (2 réponses possibles) :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
- faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

8- Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconventionnalité ?

Oui Non

9- Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

Oui Non

10- Pourquoi (facultatif) ?

11- Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

Oui Non

12- Pourquoi (facultatif) ?

13- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

Oui Non

14- Pourquoi (facultatif) ?



Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Pensez-vous que dans un l'avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître rester stable croître

2- Pensez-vous que dans un l'avenir proche l'attrait de la QPC pour les parties va avoir tendance à :

décroître rester stable croître

3- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui Non

4- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ?

- aucune transformation
- des transformations marginales
- des transformations modérées
- des transformations fondamentales

5- D'après vous cette transformation irait plutôt dans le sens :

- d'un renforcement de ces juridictions
- d'un affaiblissement de ces juridictions

6- Pourquoi (facultatif) ?

(4)

Questionnaire destiné aux magistrats du parquet d'une cour d'appel ou d'un tribunal de grande instance (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vos occupez les fonctions de :

- Magistrat du Parquet Général
- Procureur ou Vice Procureur de la République
- Procureur adjoint
- Substitut

2- Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :

- droit pénal et procédure pénale
- droit des affaires
- droit civil

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Avez-vous déjà formulé une QPC ?

- Oui Non

2- Combien de QPC avez-vous formulées ?

- 1 entre 2 et 5 plus de 5

3- Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :

- pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)
- sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)

4- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

- Oui Non

5- Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

- marginalement modérément fortement

6- En réplique, avez-vous déjà demandé à la juridiction saisie d'accepter la transmission de la QPC ?

- Oui Non

7- Combien de fois ?

- 1 entre 2 et 5 plus de 5

8- Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :

- pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)
 sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)

9- En réplique, vous êtes vous déjà opposé à la transmission d'une QPC ?

- Oui Non

10- Combien de fois ?

- 1 entre 2 et 5 plus de 5

11- Etait-ce plutôt parce que (2 réponses possibles) :

- la (les) question(s) n'étai(en)t pas suffisamment nouvelle(s)
 la (les) question(s) n'étai(en)t pas suffisamment sérieuse(s)

12- Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
 faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

13- Selon vous la possibilité reconnue au Coⁿseil Constitutionnel de déterminer « les conditioⁿs et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

- Oui Non

14- Pourquoi (facultatif) ?

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

- décroître rester stable croître

2- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui Non

3- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va génér^{er} à terme des transformations du trait^ement des affaires devant le juge du fond ?

Oui Non

4- Pourquoi (facultatif) ?

Vos coordonnées:

1- Accepteriez-vous de recevoir un second questionnaire plus approfondi ?

Oui Non

2- Dans ce cas, pourriez-vous nous indiquer vos noms et coordonnées (courriel ou fax) ?

(5)

Questionnaire destiné aux magistrats du siège d'une cour d'appel ou d'un tribunal de grande instance (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous occupez les fonctions de :

- Président de la Juridiction
- Président de Chambre
- Conseiller
- Juge

2- Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :

- droit pénal et procédure pénale
- droit des affaires
- droit civil

3- Si vos fonctions vous amènent à traiter le contentieux pénal, vous intervenez :

- au stade de l'instruction
- au stade du jugement

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

- oui non je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC

2- Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

- marginalement modérément fortement

3- Selon vous la qualité de la formulation des QPC par les parties est en général :

- plutôt bonne plutôt mauvaise sans opinion

4- Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
- faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

5- Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconstitutionnalité ?

- Oui Non

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

- Oui Non

2- Pourquoi (facultatif) ?

3- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

- Oui Non

4- Pourquoi (facultatif) ?

5- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

- Oui Non

6- Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

- décroître rester stable croître

Vos coordonnées:

1- Accepteriez-vous de recevoir un second questionnaire plus approfondi ?

- Oui Non

2- Dans ce cas, pourriez-vous nous indiquer vos noms et coordonnées (courriel ou fax) ?

(6)

Questionnaire destiné aux magistrats d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel (Mai-juillet 2011)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à des journées de rencontres entre les enseignants chercheurs de l'équipe et les acteurs de la QPC intéressés, à des publications ponctuelles (collectives et individuelles) et enfin à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous exercez les fonctions de :

- Président de la Juridiction
- Président de Chambre
- Conseiller
- Rapporteur public

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

- oui non je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC

2- Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

- oui non je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC

3- Selon vous la qualité de la formulation des QPC par les parties est en général

- plutôt bonne plutôt mauvaise sans opinion

4- Le mémoire produit devant le Conseil d'Etat devrait-il selon vous :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
- faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

5- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

Oui Non

6- Pourquoi (facultatif) ?

7- Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écartier l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconstitutionnalité ?

Oui Non

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

Oui Non

2- Pourquoi (facultatif) ?

3- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui Non

4- Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître rester stable croître

Vos coordonnées:

1- Accepteriez-vous de recevoir un second questionnaire plus approfondi ?

Oui Non

2- Dans ce cas, pourriez-vous nous indiquer vos noms et coordonnées (courriel ou fax) ?

(7)

Questionnaire destiné aux avocats généraux de la Cour de cassation (janvier – mars 2012)

Ce questionnaire anonyme est destiné à éclairer la procédure de QPC sous l'angle des stratégies mises en œuvre par ses acteurs (juridictions, avocats, secrétaire général du gouvernement) et dans la perspective d'une étude portant sur l'incidence de cette procédure sur le procès et l'architecture juridictionnelle française. Cette approche de terrain, mise en œuvre par une équipe mixte composée de privatistes et de publicistes, est complétée par une approche jurisprudentielle dont l'objet est de comparer l'ensemble des décisions rendues en matière de QPC par les juridictions suprêmes des deux ordres.

Ces analyses croisées donneront lieu à un rapport général de recherche qui sera rendu public par le GIP « Mission Droit et Justice » et à un colloque qui sera organisé à Lille fin 2012. L'équipe en charge de ce projet de recherche vous remercie par avance de l'intérêt que vous porterez à ce travail et du temps que vous accepterez de consacrer aux réponses apportées à ces quelques questions.

Votre profil:

1- Vous occupez les fonctions de :

- Premier avocat général
- Avocat général
- Avocat général référendaire

2- Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :

- Droit pénal
- Procédure pénale
- Droit commercial
- Droit fiscal
- Droit social
- Droit civil
- Procédure civile, voies d'exécution et aide juridictionnelle

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de votre intervention dans le cadre habituel d'examen des pourvois?

- Oui Non

2- Ce nouveau contentieux vous semble-t-il enrichir votre pratique contentieuse :

- marginalement modérément fortement

3- Avez-vous déjà conclu à la transmission d'une QPC ?

- Oui Non

4- Combien de fois ?

- 1 entre 2 et 5 plus de 5 entre 5 et 10 entre 10 et 20 plus de 20

5- Avez-vous déjà conclu à la non transmission d'une QPC ?

- Oui Non

6- Combien de fois ?

- 1 entre 2 et 5 plus de 5 entre 5 et 10 entre 10 et 20 plus de 20

7- Etait-ce plutôt parce que (2 réponses possibles) :

- la (les) question(s) n'éta(ien)t pas suffisamment nouvelle(s)
 la (les) question(s) n'éta(ien)t pas suffisamment sérieuse(s)
 la (les) question(s) éta(ien)t dépourvues d'objet législatif

8- Avez-vous déjà eu l'occasion d'examiner les suites à donner à une QPC dont l'objet était sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat ?

- Oui Non

9- La présence d'une QPC dont l'objet serait sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat, a-t-elle une incidence sensible sur votre proposition de transmettre ou de ne pas transmettre ?

- Oui Non

10- A votre avis le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont-ils :

- une pratique sensiblement identique de la QPC ?
 une pratique sensiblement différente de la QPC ?

11- Estimez-vous nécessaire qu'un fonctionnement harmonieux du dispositif de la QPC rende des contacts informels périodiques entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation :

- utiles inutiles indispensables contre-indiqués

12- Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous, pour les QPC transmises par une juridiction (2 réponses possibles) :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
 faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

13- Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous, pour les QPC posées à l'occasion d'un pourvoi (2 réponses possibles) :

- détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité
 faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux

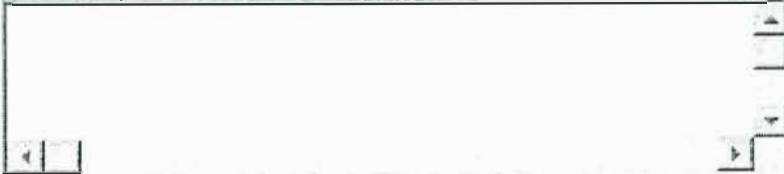
14- Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconventionnalité ?

Oui Non

15- Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique (Pleine compétence du juge saisi au principal pour trancher la question ; disposition législative non conforme écartée ; effet *inter partes* de la déclaration d'inconstitutionnalité) ?

Oui Non

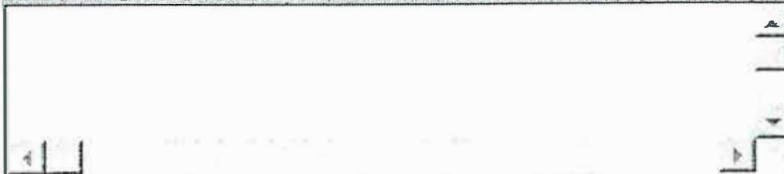
16- Pourquoi (facultatif) ?



17- Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

Oui Non


17- Pourquoi (facultatif) ?



18- Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

Oui Non

19- Pourquoi (facultatif) ?



Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité:

1- Pensez-vous que dans un l'avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître rester stable croître

2- Pensez-vous que dans un l'avenir proche l'attrait de la QPC pour les parties va avoir tendance à :

- décroître rester stable croître

3- A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne lui aurait pas transmise ?

- Oui Non

4- Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ?

- aucune transformation
 des transformations marginales
 des transformations modérées
 des transformations fondamentales

5- D'après vous cette transformation irait plutôt dans le sens :

- d'un renforcement de ces juridictions
 d'un affaiblissement de ces juridictions

6- Pourquoi (facultatif) ?

(8)
RESULTATS BRUTS DES QUESTIONNAIRES

(1) Questionnaire destiné aux avocats (Mai-juillet 2011)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 49

Votre profil

Vous considérez que vous exercez votre activité dominante en :		
droit privé	40	81.63 %
droit public	9	18.37 %

spécialisée en :		
droit administratif	5	10.2 %
droit fiscal	4	8.16 %

spécialisée en :		
droit pénal	7	14.29 %
droit des affaires	10	20.41 %
droit social	10	20.41 %
droit civil	13	26.53 %

Vous exercez la profession d'avocat depuis :		
moins de 5 ans	14	28.57 %
entre 5 et 10 ans	20	40.82 %
entre 10 et 20 ans	7	14.29 %

plus de 20 ans	8	16.33 %
----------------	---	---------

Votre pratique de la question prioritaire de constitutionnalité

Avez-vous déjà formulé une QPC ?		
Oui	11	22.45 %
Non	38	77.55 %

Combien de QPC avez-vous formulées ?		
1	6	12.24 %
entre 2 et 5	5	10.2 %
plus de 5	0	0 %

(2 réponses possibles)

Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :		
pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)	10	20.41 %
sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)	3	6.12 %

Votre perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Selon vous, pour maximiser les chances de réussite d'une QPC, le mémoire à produire devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation devrait-il plutôt :

détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	34	69.39 %
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	15	30.61 %

Selon vous la QPC peut-elle avoir une fonction essentiellement tactique ?		
Oui	26	53.06 %
Non	23	46.94 %

Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

Oui	41	83.67 %
Non	8	16.33 %

Pourquoi (facultatif) ?

Le mécanisme de l'abrogation a l'avantage d'éviter que chaque justiciable soit obligé, comme en Belgique, de faire un procès contre un acte administratif inconstitutionnel que reste obligée de lui délivrer l'administration.

Il est radical en ses effets et semble plus rapide

L'objectif de l'avocat est de faire modifier la disposition législative inconstitutionnelle que cela soit avec ou sans effet différé.

La portée de ce mécanisme est plus large.

J'ai dit oui parce qu'on est obligé de répondre : il manque une case "je ne sais pas" !

le juge est plus attentif à la motivation de fond quand il refuse la qpc

Moduler au cas par cas les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité.

PAS D'AVIS

perte de temps (double procédure) avec une véritable exception d'inconstitutionnalité.

Il permet de contraindre plus directement et surtout beaucoup plus rapidement le législateur à effectuer une réforme ou à faire évoluer la législation concernée. L'exception d'inconstitutionnalité classique ne produit cet effet qu'au cas d'espèce et ne peut produire un effet général qu'en cas d'accumulation des exceptions soulevées ayant abouties devant les juridictions et parfois après l'épuisement des recours (appel et cassation...). A mon sens l'intérêt de la QPC réside donc dans la rapidité et l'étendue des effets, la plus grande publicité aussi dont bénéficie le résultat de la QPC en cas de succès.

Car il introduit un système du précédent et renouvelle la question de la rétroactivité de la jurisprudence

en réalité, ne l'ayant pas pratiquée, je n'en sais rien !



Cela aura pour effet d'harmoniser les décisions de justice rendues sur un point de droit donné.

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

Oui	35	71.43 %
-----	----	---------

Non	14	28.57 %
-----	----	---------

Pourquoi (facultatif) ?
Si une disposition est inconstitutionnelle, il ne devrait pas y avoir de possibilité de moduler les effets.
Cela permet de mieux cibler l'argumentation ultérieure
Evolution du droit positif
J'ai dit oui parce qu'on est obligé de répondre : il manque une case "je ne sais pas" !
x
car le CC n'est pas nécessairement un bon juge in concreto
C'est à mon sens le point faible de la QPC, qui est de "valider" en quelque sorte les situations passées et les procédures en cours.
Il me semble que cette question n'a pas à entrer dans le débat : soit la disposition est inconstitutionnelle et elle doit être abrogée, soit elle ne l'est pas et elle doit être maintenue. La difficulté de la remise en cause des effets passé de cette disposition m'apparaît polluer le débat.
C'est un avantage dans le cadre d'un contentieux de masse ou concernant une filière économique
idem
Cela laisse au CC la latitude nécessaire pour l'adaptation à l'espèce
La conséquence de l'inconstitutionnalité devrait simplement être la nullité de la disposition litigieuse, à charge pour le Juge du fond d'en trancher les conséquences. Sauf à faire du conseil constitutionnel un organe créateur de droit en lui laissant le soin de prévoir des dispositions transitoires.

Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?			
Oui	33	67.35 %	
Non	16	32.65 %	

Pourquoi (facultatif) ?
Si le filtrage de la Cour de Cassation n'existait, l'affaire "Melki" n'aurait pas eu lieu. Le Conseil Constitutionnel aurait rejeté la QPC pour se cantonner à sa décision "IVG". La Cour de Justice n'aurait pas pu être véritablement saisie de cette question vu le côté timorée des juridictions françaises (au niveau local). Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation du 15/04/2011 (sur la gav) est également révélateur du fait que la Cour de Cassation reste plus protectrice que le Conseil Constitutionnel.
Plus rapide, donc plus efficace
il faut supprimer le filtrage du CE et Cour de Cassation qui sont inutiles.
mais risque de contrôle d'opportunité
Pour la même raison qu'indiquée supra : la portée plus large
J'ai dit oui parce qu'on est obligé de répondre : il manque une case "je ne sais pas" !
x
Unification de la jurisprudence.
le juge du fond puis le Conseil d'Etat se font juges constitutionnels.
trop compliqué, trop indirect, trop déconnecté de la question de fond.
Le jugement par un organe unique est un avantage pour la cohésion jurisprudentielle, l'harmonisation du droit et la spécialisation technique dudit organe unique. En revanche, cet avantage n'existe plus en raison de la disparité du filtrage.
Pour la nécessaire fixation de la ligne jurisprudentielle
Toujours l'harmonisation des décisions de justice rendues. Centraliser ces questions et les soumettre à la juridiction suprême permet aux juridictions du fond, et aux auxiliaires de justice tels que les avocats, de se référer à une jurisprudence unie et non à des jurisprudences éparses et qui pourraient être différemment appréciées.

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?			
Oui	31	63.27 %	
Non	18	36.73 %	

Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :			
décroître	8	16.33 %	
rester stable	13	26.53 %	
croître	28	57.14 %	

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?			
Oui	37	75.51 %	
Non	12	24.49 %	

Pourquoi (facultatif) ?	
Une attention désormais davantage portée par les paideurs sur ce problème	
cela oblige le juge judiciaire à manier des concepts juridiques qu'il n'est pas habitué à utiliser	
temps de la procédure intérêt pour le litige	
x	
au même titre que l'exemption d'inconventionnalité	
la QPC sera soulevée très occasionnellement donc insuffisamment pour interférer véritablement sur le traitement des affaires devant le juge du fond.	
Procéduralement, il serait souhaitable qu'une QPC suive un calendrier anticipé par rapport au fond du litige.	
Cela crée un niveau supplémentaire de référence dans les sources utilisables dans une procédure contentieuse	
La QPC tend à rappeler que la constitution et les principes constitutionnels sont d'application immédiate. Cela amène les juridictions et les auxiliaires de justice à se rappeler plus souvent ces principes fondamentaux et à davantage s'interroger sur la légalité des dispositions auxquelles ils sont censés se référer. Cela aura tendance à les responsabiliser dans la mesure où il n'est plus question de simplement appliquer le droit, mais également le vérifier.	

Accepteriez-vous de recevoir un second questionnaire plus approfondi ?			
Oui	16	32.65 %	
Non	33	67.35 %	

(2) Questionnaire destiné aux magistrats d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel (Mai-juillet 2011)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 8

Votre profil

Vous exercez les fonctions de :		
Président de la Juridiction	0	0 %
Président de Chambre	5	62.5 %
Conseiller	3	37.5 %
Rapporteur public	0	0 %

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?		
oui	2	25 %
non	5	62.5 %
je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC	1	12.5 %

Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :		
oui	4	50 %
non	3	37.5 %
je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC	0	0 %

Selon vous la qualité de la formulation des QPC par les parties est en général			
plutôt bonne	4	50 %	
plutôt mauvaise	1	12.5 %	
sans opinion	3	37.5 %	

Le mémoire produit devant le Conseil d'Etat devrait-il selon vous :			
détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	7	87.5 %	
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	1	12.5 %	

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?			
Oui	6	75 %	
Non	2	25 %	

Pourquoi (facultatif) ?			
Il me semble évident que la remise en cause soudaine et quasiment erratique de normes jusque là admises, est de nature à engendrer une instabilité juridique propre à causer de sérieuses perturbations.			
Je ne sais s'il s'agit d'un "avantage" décisif, du moins s'agit-il d'une différence décisive, même au sens littéral de l'adjectif, dès lors que ce que, le cas échéant, le CC aura décidé quand aux effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité, a une incidence directe sur ce que décide le juge de l'action devant lequel l'exception d'inconstitutionnalité de la loi serait soulevée à bon droit. Cf les récentes décisions du CE sur la question.			

Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconstitutionnalité ?			
Oui	5	62.5 %	
Non	3	37.5 %	

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

Oui	4	50 %	
Non	4	50 %	

Pourquoi (facultatif) ?

1) à cause de son caractère prioritaire 2) à cause de la convergence qui sera créée entre les juridictions voire les ordres de juridiction

C'est une possibilité supplémentaire offerte au plaideur et chaque décision peut avoir un retentissement important.

Parce que la QPC ne se soulève pas d'office et qu'il n'est pas invraisemblable de penser que le nombre de QPC "sérieuses", comprendre méritant renvoi devant le CE/ la Cour de cass. ou le CC, va assez rapidement décroître.

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui	1	12.5 %	
Non	7	87.5 %	

Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître	2	25 %	
rester stable	3	37.5 %	
croître	3	37.5 %	

(3) Questionnaire destiné aux magistrats du parquet d'une cour d'appel ou d'un tribunal de grande instance (Mai-juillet 2011)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 2

Votre profil

Vos occupez les fonctions de :		
Magistrat du Parquet Général	2	100 %
Procureur ou Vice Procureur de la République	0	0 %
Procureur adjoint	0	0 %
Substitut	0	0 %

Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :		
droit pénal et procédure pénale	2	100 %
droit des affaires	0	0 %
droit civil	0	0 %

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Avez-vous déjà formulé une QPC ?		
Oui	0	0 %
Non	2	100 %

Combien de QPC avez-vous formulées ?		
1	0	0 %
entre 2 et 5	0	0 %
plus de 5	0	0 %

Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :

pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)	0	0 %	
sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)	0	0 %	

Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

Oui	0	0 %	
Non	0	0 %	

Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :

marginale	0	0 %	
modérément	0	0 %	
fortement	0	0 %	

En réplique, avez-vous déjà demandé à la juridiction saisie d'accepter la transmission de la QPC ?

Oui	1	50 %	
Non	1	50 %	

Combien de fois ?

1	0	0 %	
entre 2 et 5	1	50 %	
plus de 5	0	0 %	

(2 réponses possibles)

Etait-ce plutôt (2 réponses possibles) :

pour une (ou des) question(s) de principe susceptible(s) d'être généralisée(s)	1	50 %	
sur un (des) cas d'espèce pour résoudre un (des) litige(s) déterminé(s)	0	0 %	

En réplique, vous êtes vous déjà opposé à la transmission d'une QPC ?

Oui	2	100 %	
Non	0	0 %	

Combien de fois ?		
1	0	0 %
entre 2 et 5	2	100 %
plus de 5	0	0 %

(2 réponses possibles)

Etait-ce plutôt parce que (2 réponses possibles) :		
la (les) question(s) n'étai(en)t pas suffisamment nouvelle(s)	1	50 %
la (les) question(s) n'étai(en)t pas suffisamment sérieuse(s)	2	100 %

Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous :		
détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	1	50 %
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	1	50 %

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?		
Oui	2	100 %
Non	0	0 %

Pourquoi (facultatif) ?		
La réponse du Conseil constitutionnel est précise et utile		

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :		
décroître	0	0 %
rester stable	1	50 %
croître	1	50 %

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui	1	50 %	
Non	1	50 %	

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

Oui	1	50 %	
Non	1	50 %	

Pourquoi (facultatif) ?

Le juge du fond a ou non , suivant le cas l'avis du Conseil constitutionnel au moment où il statue et se détermine par les pièces du litige

(4) Questionnaire destiné aux magistrats du siège d'une cour d'appel ou d'un tribunal de grande instance (Mai-juin 2011)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 12

Votre profil

Vous occupez les fonctions de :

Président de la Juridiction	0	0 %
Président de Chambre	3	25 %
Conseiller	7	58.33 %
Juge	2	16.67 %

Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :

droit pénal et procédure pénale	3	25 %
droit des affaires	2	16.67 %
droit civil	7	58.33 %

Si vos fonctions vous amènent à traiter le contentieux pénal, vous intervenez :

au stade de l'instruction	0	0 %
au stade du jugement	3	25 %

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?

oui	1	8.33 %
non	2	16.67 %
je n'ai jamais eu l'occasion de traiter une QPC	9	75 %

Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :			
marginalement	8	66.67 %	
modérément	3	25 %	
fortement	0	0 %	

Selon vous la qualité de la formulation des QPC par les parties est en général :			
plutôt bonne	2	16.67 %	
plutôt mauvaise	2	16.67 %	
sans opinion	8	66.67 %	

Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous :			
détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	8	66.67 %	
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	4	33.33 %	

Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconstitutionnalité ?			
Oui	7	58.33 %	
Non	5	41.67 %	

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2; 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?			
Oui	8	66.67 %	
Non	4	33.33 %	

Pourquoi (facultatif) ?

Cela entraîne une complexification de l'application de la loi notamment dans le temps difficile à gérer.

xx

sans opinion

x

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du traitement des affaires devant le juge du fond ?

Oui	4	33.33 %	
Non	8	66.67 %	

Pourquoi (facultatif) ?

Les parties se sont manifestement à ce jour plus saisies de cette question que du droit conventionnel.

xx

sans opinion

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil Constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation n'aurait pas transmise ?

Oui	1	8.33 %	
Non	11	91.67 %	

Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître	2	16.67 %	
rester stable	5	41.67 %	
croître	5	41.67 %	

(5) Questionnaire destiné aux membres du Conseil d'Etat (Mai-juin 2011)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 28

Votre profil

Vous occupez les fonctions de :			
Président ou président-adjoint de la Section du contentieux	1	3.57 %	
Président de sous-section	2	7.14 %	
Conseiller réviseur	2	7.14 %	
Rapporteur public	7	25 %	
Rapporteur au contentieux	16	57.14 %	

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de celui des autres questions que vous avez eu à traiter ?			
Oui	5	17.86 %	
Non	23	82.14 %	

Ce nouveau contentieux vous semble enrichir votre pratique contentieuse :			
marginale	3	10.71 %	
modérément	20	71.43 %	
fortement	5	17.86 %	

Avez-vous déjà eu l'occasion d'examiner les suites à donner à une QPC dont l'objet était sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise à la Cour de cassation ?

Oui	5	17.86 %
Non	23	82.14 %

En présence d'une QPC dont l'objet serait sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise à la Cour de cassation, la décision de transmission ou de non-transmission par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel aurait-elle une incidence sensible sur votre proposition de transmettre ou de ne pas transmettre ?

Oui	20	71.43 %
Non	8	28.57 %

A votre avis le Conseil d'État et la Cour de cassation ont-ils :

une pratique sensiblement identique de la QPC ?	10	35.71 %
une pratique sensiblement différente de la QPC ?	18	64.29 %

Estimez-vous qu'un fonctionnement harmonieux du dispositif de la QPC rend des contacts informels périodiques entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation :

utiles	22	78.57 %
inutiles	2	7.14 %
indispensables	3	10.71 %
contre-indiqués	1	3.57 %

(2 réponses possibles)

Le mémoire produit devant le Conseil d'Etat devrait-il selon vous (2 réponses possibles) :

détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	28	100 %
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	13	46.43 %

Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écarter l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconventionnalité ?			
Oui	20	71.43 %	
Non	8	28.57 %	

Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?			
Oui	20	71.43 %	
Non	8	28.57 %	

Pourquoi (facultatif) ?
cohérence de la jurisprudence constitutionnelle
c'est utile pour juger de la régularité de la procédure parlementaire, mais ce n'est pas très opérationnel pour un contrôle concret sur les problèmes soulevés en pratique par l'application d'une loi
meilleure temporalité politique (après débat parlement) et différence de la nature et de la portée du contrôle; donc complémentaire.
rapidité de la consolidation et de la généralisation de la solution adoptée
Evite des divergences d'interprétation sur la Constitution entre le CE et la Cour de cassation.
particulièrement sur les questions nouvelles, pour lesquelles le juge administratif ne dispose pas de jurisprudence pour déterminer la réponse lui-même
Deux raisons: - le recours à un organe unique (le Conseil constitutionnel) favorise la cohérence jurisprudentielle en matière de constitutionnalité - le filtrage par les juridictions suprêmes de chaque ordre favorise également cette cohérence, et, de plus, renforce la cohérence jurisprudentielle au sein de chaque ordre et évite l'engorgement du Conseil constitutionnel
La pratique des exceptions est trop variable selon les juridictions
la cohérence avec le contrôle ex ante
Le CC ne présente pas les garanties d'une vraie juridiction . Le CE devrait être le juge naturel de la constitutionnalité
Cf. l'exemple de l'exception d'inconventionnalité.
Ce jugement a une autorité qui s'impose aux juridictions des deux ordres et ferme définitivement le débat sur la constitutionnalité de telle ou telle mesure

Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?			
Oui	17	60.71 %	
Non	11	39.29 %	

Pourquoi (facultatif) ?			
adaptation aux situations existantes			
dans les deux cas, la disposition inconstitutionnelle ne trouve plus à s'appliquer et le juge peut moduler dans le temps la portée de sa jurisprudence			
prise en compte de la sécurité juridique			
rend inutile de soulever l'exception pour l'avenir compte tenu de son effet erga omnes			
L'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel "nettoie" l'ordre juridique et évite d'avoir à écarter sans cesse la même disposition			
Il n'est pas possible de soumettre la loi, même inconstitutionnelle, à la merci immédiate des plaideurs. L'appréciation de l'intérêt général doit permettre d'en tenir compte.			
oui mais en même temps cela aurait été le cas même sans texte			
La jurisprudence AC y pourvoit tout aussi bien.			
L'essentiel demeure la possibilité d'obtenir que la loi soit laissée inappliquée.			
mêmes raisons : il y a une disparition dans l'ordonnement juridique du texte abrogé alors que l'exception laisse subsister l'raison inditer ce texte			

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?			
Oui	17	60.71 %	
Non	11	39.29 %	

Pourquoi (facultatif) ?
modulation des effets aux situations existantes comme pour le juge administratif (décision kpmg)
le juge du litige est mieux armé pour y procéder in concreto
même portée
Sécurité juridique.
permet de trouver un équilibre qui préserve l'effet erga omnes dans sa substance et autant que possible
Les modulations dans le temps sont particulièrement utiles.
plus les conséquences sont précises et mieux ça vaut
C'est un pouvoir que le juge se serait certainement reconnu même sans texte.

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

Pensez-vous que dans un avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :		
décroître	11	39.29 %
rester stable	16	57.14 %
croître	1	3.57 %

Pensez-vous que dans un l'avenir proche l'attrait de la QPC pour les parties va avoir tendance à :			
décroître	11	39.29 %	
rester stable	14	50 %	
croître	3	10.71 %	

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne lui aurait pas transmise ?			
Oui	3	10.71 %	
Non	25	89.29 %	

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ?			
aucune transformation	7	25 %	
des transformations marginales	10	35.71 %	
des transformations modérées	11	39.29 %	
des transformations fondamentales	0	0 %	

D'après vous cette transformation irait plutôt dans le sens :			
d'un renforcement de ces juridictions	16	57.14 %	
d'un affaiblissement de ces juridictions	5	17.86 %	

Pourquoi (facultatif) ?	
Légitimité à se prononcer sur des questions à la lisière des compétences du CC ; expertise / jurisprudence et doctrine constitutionnelle	
Avec le temps, le CE et la Cour de cassation hésiteront de moins en moins à trancher eux-mêmes les question de constitutionnalité, s'installant ainsi dans un rôle de gardien de la constitutionnalité de la loi jusqu'alors réservé au CC.	
le filtre est souverain ; le renvoi des questions est donc partiellement maîtrisable	
Les juridictions suprêmes françaises deviennent en quelque sorte les "juges de droit commun de la onstitutionnalité", de la même manière que l'office de la CJUE ne les empêche pas d'être les juges de droit commun du droit communautaire.	
de fait, un dialogue s'installe entre les trois juridictions	
La procédure de QPC, telle qu'elle est actuellement conçue, leur confie un rôle de juge de la constitutionnalité des lois "négatif" mais réel.	
On est obligé de cocher une case et la réponse est loin d'être évidente car il faut du recul pour répondre à cette question. A cet égard l'évolution du rôle de filtre et l'existence éventuelle d'un contrôle par le CC de ce filtre sont déterminants	

(6) Questionnaire destiné aux avocats généraux de la Cour de cassation (Février 2012)

nombre de personnes ayant répondu à l'évaluation de cet enseignement : 16

Votre profil

Vous occupez les fonctions de :			
Premier avocat général	6	37.5 %	
Avocat général	9	56.25 %	
Avocat général référendaire	1	6.25 %	

Vos fonctions vous amènent à traiter des questions de :			
Droit pénal	2	12.5 %	
Procédure pénale	0	0 %	
Droit commercial	2	12.5 %	
Droit fiscal	0	0 %	
Droit social	2	12.5 %	
Droit civil	9	56.25 %	
Procédure civile, voies d'exécution et aide juridictionnelle	1	6.25 %	

Vos pratique et perception de la question prioritaire de constitutionnalité

Le traitement des QPC vous a-t-il apparu comme fondamentalement différent de votre intervention dans le cadre habituel d'examen des pourvois?			
Oui	9	56.25 %	

Non	7	43.75 %	
Ce nouveau contentieux vous semble-t-il enrichir votre pratique contentieuse :			
marginalement	1	6.25 %	
modérément	8	50 %	
fortement	7	43.75 %	
Avez-vous déjà conclu à la transmission d'une QPC ?			
Oui	15	93.75 %	
Non	1	6.25 %	
Combien de fois ?			
1	0	0 %	
entre 2 et 5	11	68.75 %	
entre 5 et 10	4	25 %	
entre 10 et 20	1	6.25 %	
plus de 20	0	0 %	
Avez-vous déjà conclu à la non transmission d'une QPC ?			
Oui	16	100 %	
Non	0	0 %	
Combien de fois ?			
1	0	0 %	
entre 2 et 5	7	43.75 %	
entre 5 et 10	3	18.75 %	
entre 10 et 20	6	37.5 %	
plus de 20	0	0 %	
(2 réponses possibles)			
Etait-ce plutôt parce que :			
la (les) question(s)	5	20.83 %	

n'étai(en)t pas suffisamment nouvelle(s)			
la (les) question(s) n'étai(en)t pas suffisamment sérieuse(s)	16	66.67 %	
la (les) question(s) étai(en)t dépourvues d'objet législatif	3	12.5 %	

Avez-vous déjà eu l'occasion d'examiner les suites à donner à une QPC dont l'objet était sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat ?

Oui	6	37.5 %	
Non	10	62.5 %	

La présence d'une QPC dont l'objet serait sensiblement identique à l'objet d'une QPC soumise au Conseil d'Etat, a-t-elle eu une incidence sensible sur votre proposition de transmettre ou de ne pas transmettre ?

Oui	7	43.75 %	
Non	9	56.25 %	

A votre avis le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont-ils :

une pratique sensiblement identique de la QPC ?	11	68.75 %	
une pratique sensiblement différente de la QPC ?	5	31.25 %	

Estimez-vous nécessaire qu'un fonctionnement harmonieux du dispositif de la QPC rende des contacts informels périodiques entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation :

utiles	13	81.25 %	
inutiles	0	0 %	
indispensables	3	18.75 %	
contre-indiqués	0	0 %	

(2 réponses possibles)

Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous, pour les QPC transmises par une juridiction :

détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	14	63.64 %	
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	8	36.36 %	

(2 réponses possibles)

Le mémoire produit devant la Cour de cassation devrait-il selon vous, pour les QPC posées à l'occasion d'un pourvoi :

détailler l'argumentation et les soutiens jurisprudentiels au soutien de l'inconstitutionnalité	15	65.22 %	
faire état de l'impact que la question objective de constitutionnalité est susceptible d'avoir sur le cas d'espèce, pour aider à l'appréciation de son caractère sérieux	8	34.78 %	

Selon vous la QPC a-t-elle déjà permis d'écartier l'application de lois qui n'auraient pas été écartées par l'exception d'inconventionnalité ?

Oui	11	68.75 %	
-----	----	---------	--

Non	5	31.25 %	
-----	---	---------	--

Selon vous le jugement par un organe unique, sous la réserve du filtrage ou du double filtrage préalable, de la constitutionnalité de la loi après sa promulgation présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique (Pleine compétence du juge saisi au principal pour trancher la question ; disposition législative non conforme écartée ; effet inter partes de la déclaration d'inconstitutionnalité) ?

Oui	15	93.75 %	
-----	----	---------	--

Non	1	6.25 %	
-----	---	--------	--

Pourquoi (facultatif) ?

la spécialisation

La déclaration d'inconstitutionnalité abandonnée à deux ordres juridictionnels ferait courir le risque de la contradiction. Ce qui peut se discuter, en revanche, c'est la nécessité du filtrage.

jurisprudence cohérente

Moins de risque d'interprétations divergentes

parce que cela permet de contrôler la question de constitutionnalité

Unicité dans la jurisprudence relative à la constitutionnalité

Selon vous le mécanisme d'abrogation avec ou sans effet différé (art. 62 al.2, 1er) que comporte le système de la QPC présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique ?

Oui	13	81.25 %	
-----	----	---------	--

Non	3	18.75 %	
-----	---	---------	--

Pourquoi (facultatif) ?

sa portée

Il est assurément plus constructif.

permet au législateur d'intervenir dans un temps qui lui est nécessaire

parce que cela vide la question de constitutionnalité du débat

L'effet différé est choquant - Comment peut-on continuer à appliquer un texte dont on vient de dire qu'il est inconstitutionnel ? surtout quand il a trait à la protection des libertés individuelles...

Selon vous la possibilité reconnue au Conseil Constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause » (art. 62 al. 2, 2) présente-t-il un avantage décisif par rapport à une exception d'inconstitutionnalité classique, notamment, au regard de la solution finale du litige ?

Oui	15	93.75 %	
Non	1	6.25 %	

Pourquoi (facultatif) ?

parce que cela permet de contrôler des lois anciennes

Evolution et conséquences possibles de la question prioritaire de constitutionnalité

Pensez-vous que dans un l'avenir proche le nombre de QPC va avoir tendance à :

décroître	6	37.5 %	
rester stable	9	56.25 %	
croître	1	6.25 %	

Pensez-vous que dans un l'avenir proche l'attrait de la QPC pour les parties va avoir tendance à :

décroître	5	31.25 %	
rester stable	10	62.5 %	
croître	1	6.25 %	

A votre avis serait-il judicieux d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté, par une décision non motivée, d'examiner d'office une QPC que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne lui aurait pas transmise ?

Oui	3	18.75 %	
Non	13	81.25 %	

Pensez-vous que le dispositif de la QPC va générer à terme des transformations du rôle

du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ?			
aucune transformation	1	6.25 %	
des transformations marginales	8	50 %	
des transformations modérées	2	12.5 %	
des transformations fondamentales	5	31.25 %	

D'après vous cette transformation irait plutôt dans le sens :			
d'un renforcement de ces juridictions	4	25 %	
d'un affaiblissement de ces juridictions	12	75 %	

Pourquoi (facultatif) ?	
Le principe du filtrage est une source d'affaiblissement des cours suprêmes qui le servent. Observation finale : il est regrettable que la réponse au questionnaire exige la réponse à toutes les questions, alors que certaines propositions ne reflètent pas les nuances que nous souhaiterions y apporter ou comportent des propositions auxquelles nous n'adhérons pas.	
par la qualité du filtrage	
parce que cela va accroître le rôle du conseil constitutionnel	
Création progressive d'une véritable cour suprême, sous réserve d'une modification profonde de la composition du Conseil constitutionnel actuel	

Annexe 4

Guide de préparation des mémoires en défense sur une QPC, diffusion interne de la DAJ le 8 juin 2011.

Annexe 4

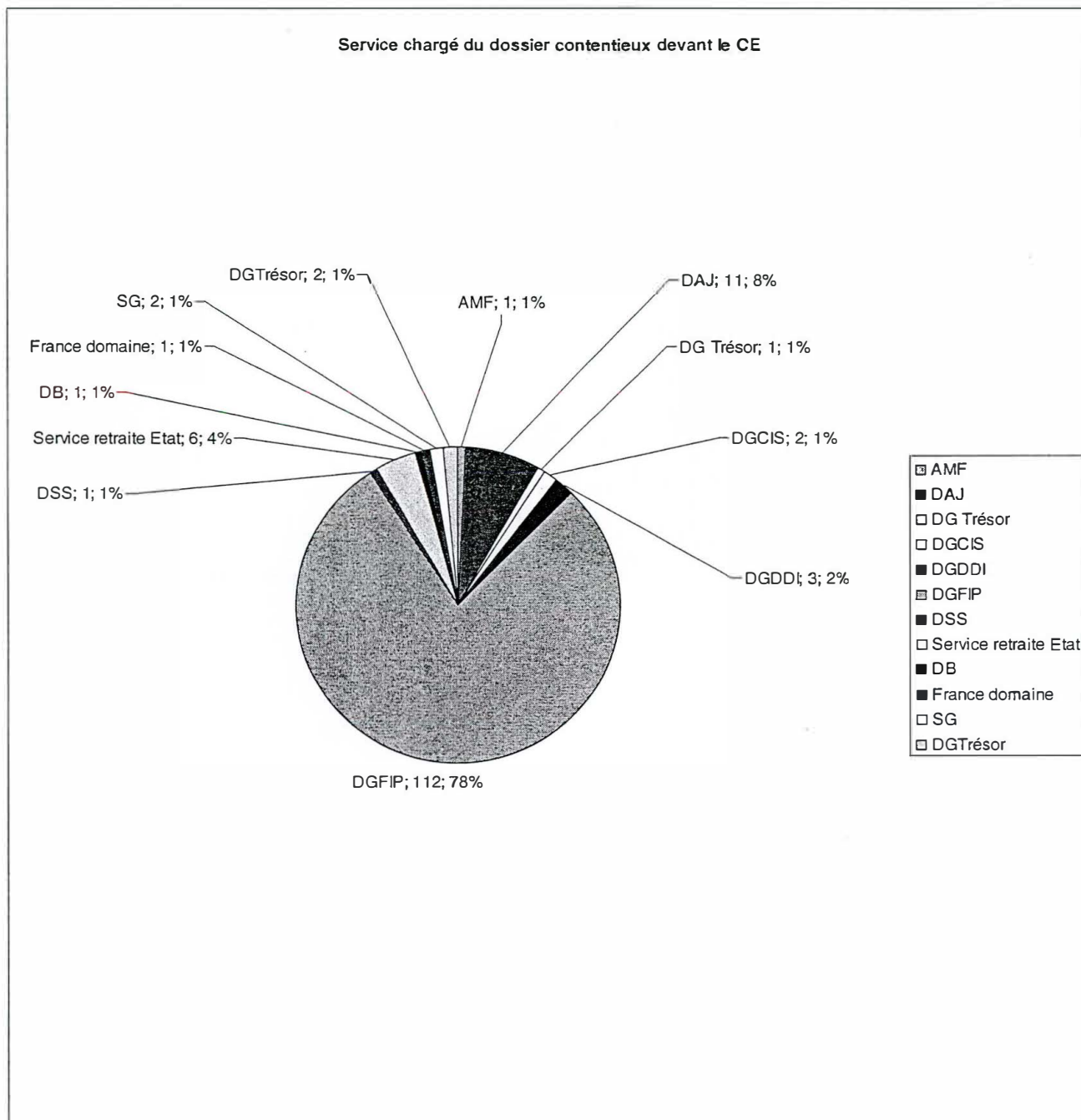
Statistiques des QPC traitées par les ministères économiques et financiers. (chiffres et graphiques aimablement communiqués par la DAJ)

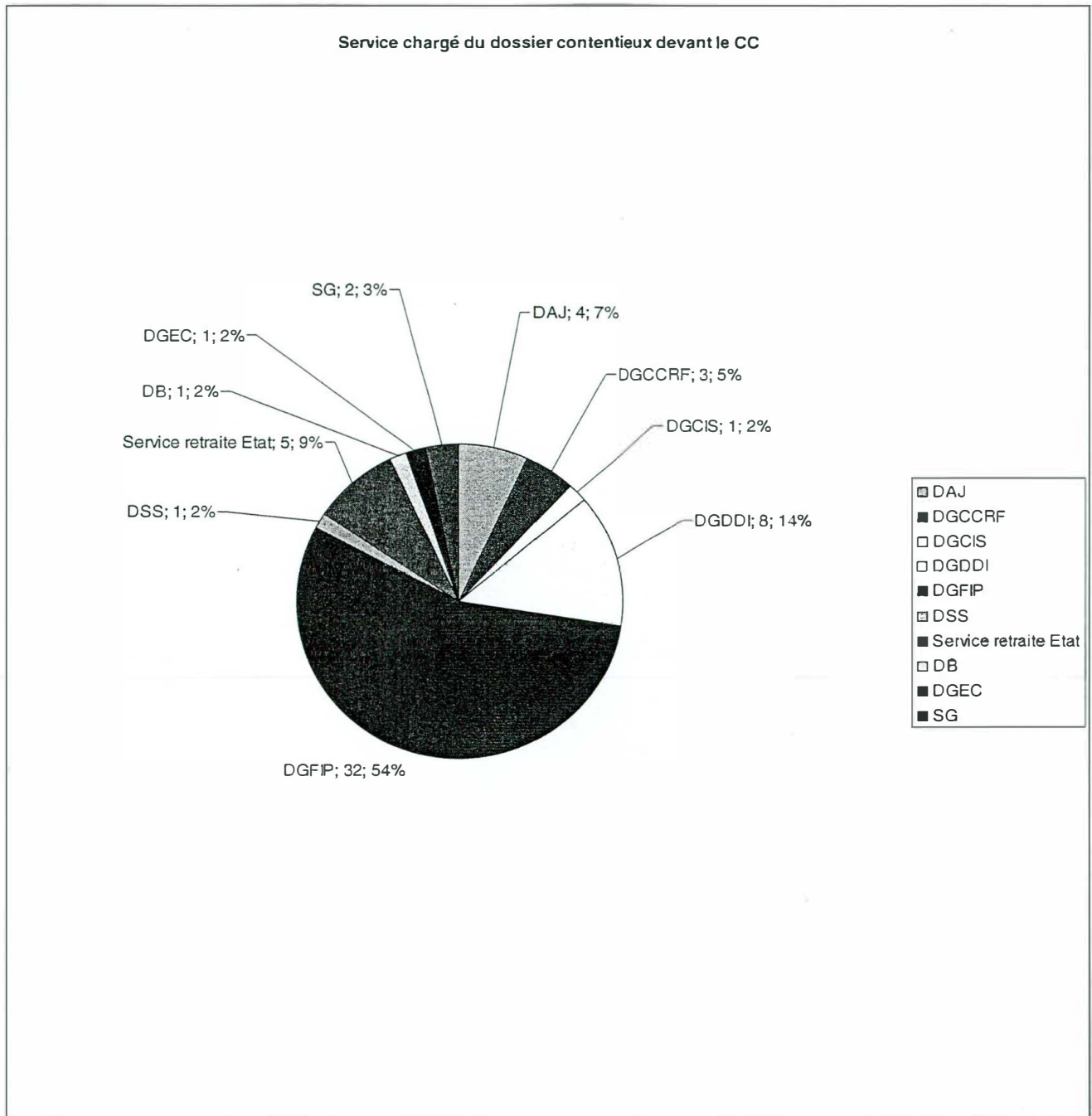
La direction des affaires juridiques, et d'une manière générale les administrations centrales, n'interviennent que sur les QPC examinées par le Conseil d'Etat, puis, le cas échéant, transmises au Conseil constitutionnel.

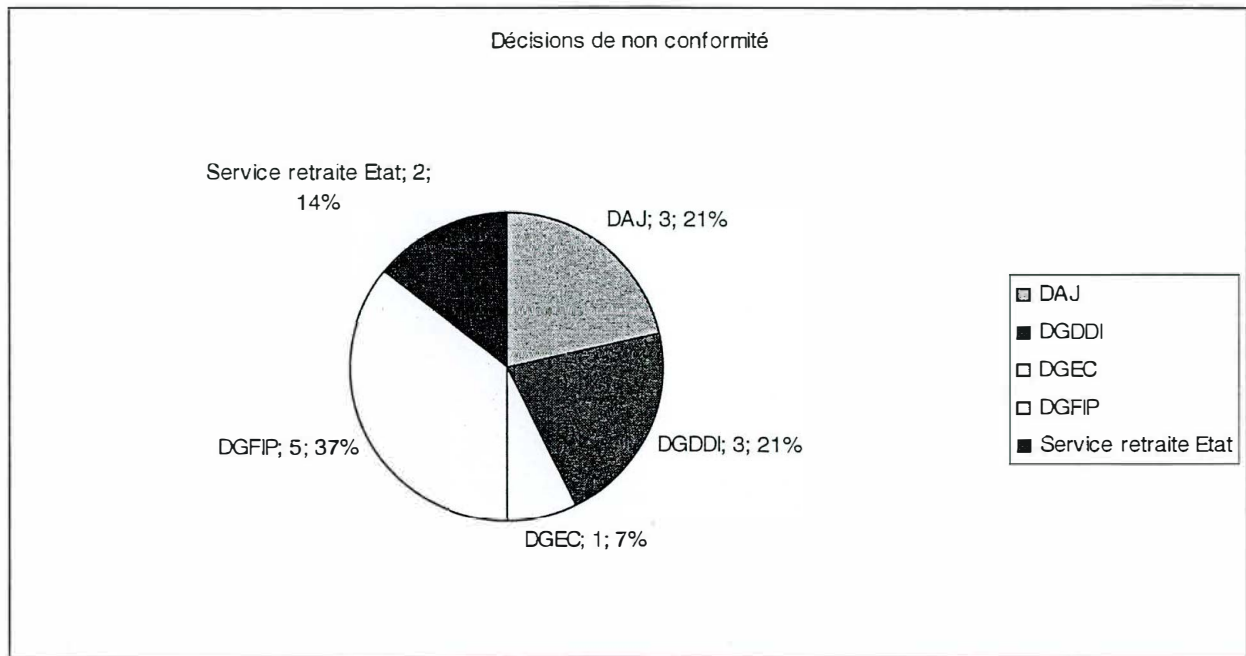
Juridiction	Années	Service chargé du dossier contentieux	Nombre de décisions rendues	
QPC devant le Conseil d'Etat	2010	AMF	1	
		DAJ	3	
		DG Trésor	1	
		DGDDI	1	
		DGFIP	68	
		DSS	1	
		Service retraite Etat	3	
	SG	1		
	Total 2010			79
	2011	DAJ	8	
DGCIS		2		
DGDDI		2		
DGFIP		35		
DGTrésor		2		
France domaine		1		
Service retraite Etat		2		
SG	1			
Total 2011			53	
Total QPC devant le Conseil d'Etat 2010-2011			132	
QPC devant le Conseil constitutionnel	2010	DAJ	1	
		DB	1	
		DGCCRF	1	
		DGDDI	2	
		DGFIP	16	
		DSS	1	
		Service retraite Etat	2	
	Total 2010			24
	2011	DAJ	2	
		DGCCRF	2	
DGCIS		1		
DGDDI		3		
DGEC		1		
DGFIP		13		
Service retraite Etat	3			
SG	2			
Total 2011			27	

Total QPC devant le Conseil constitutionnel 2010-2011	51
---	----

En plus des QPC recensées dans ce tableau, les services déconcentrés de la DGFIP, de la DGCCRF et de la DGDDI ont traité plus de **300 QPC** soulevées devant les juridictions du fond. **111 QPC** ont par ailleurs été soulevées devant la Cour de cassation.







Annexe 5 :

Guide de préparation des mémoires en défense sur une QPC,
Diffusion interne de la DAJ le 8 juin 2011.

GUIDE DE PREPARATION D'UN MEMOIRE EN DEFENSE SUR UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE (QPC)

Références : articles 61-1 et 62 de la Constitution, loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 (articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 du 3 décembre 2009, décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, circulaire du Premier ministre du 3 mars 2010 relative aux observations du Gouvernement dans les instances relatives aux questions prioritaires de constitutionnalité.

Rubriques dédiées des sites internet du CC, du CE, de la Cour de cassation (Liens à intégrer dans la version électronique).

La QPC permet de demander au Conseil constitutionnel l'abrogation d'une disposition législative au motif qu'elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution.

L'administration peut avoir à défendre une disposition contestée par une QPC :

- devant le juge administratif : tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Conseil d'Etat¹ ;
- devant le juge judiciaire : pénal, civil, cours d'appel, Cour de cassation ;
- devant le Conseil constitutionnel.

Les règles de rédaction du mémoire en défense sont différentes selon que la défense est présentée :

- devant le juge du fond ou d'appel : il s'agit alors de le convaincre de ne pas renvoyer la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation,
- devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation : la défense doit s'attacher à dissuader le juge de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel,
- devant le Conseil constitutionnel : il s'agit de défendre le texte contesté.

Le Conseil constitutionnel statue dans les trois mois et décide :

- soit le rejet de la QPC en prononçant la conformité de la disposition critiquée à la Constitution ; le Conseil peut aussi admettre la conformité à la Constitution d'une disposition législative, en formulant une réserve d'interprétation² ;
- soit l'abrogation de la disposition (immédiate ou différée³, remettant en cause ou non les effets produits par la disposition dans le passé⁴).

¹ Y compris lorsqu'il statue en référé (CE ord. 16 juin 2010 Mme Diakité, req. n° 340250, CE ord 21 octobre 2010 Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux, req. n° 343525)

² Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 Epoux L. (considérant 18) ; décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010 M. Jean C. et autres (considérant 16) ; décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 M. Jean-Victor C. (considéranrs 18 et 19), n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010 M. David M. (considérant 7). Dans ce dernier cas, le CC a précisé que cette réserve d'interprétation n'était applicable à la disposition concernée qu'à compter de la publication de la décision ; n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 M. Michel F. (considérant 10 et 11) ; n° 2010-101 QPC du 11 février 2011 Mme Monique P. et autres (considérant 5) ; n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011 M. Abderrahmane L. (considérant 13) ; n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011 Consorts C. (considérant 9).

1/ Avant la rédaction du mémoire, deux questions doivent être posées :

- Les conditions fixées par la Constitution ou par la loi organique pour poser une QPC sont-elles remplies (cf fiche n°1 sur la recevabilité de la QPC) ?
- Les conditions de renvoi au Conseil d'Etat (fiche n°2 sur les conditions de renvoi de la QPC au Conseil d'Etat) ou au Conseil constitutionnel sont-elles satisfaites (fiche n°3 sur les conditions de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel) ?

2/ Le mémoire sera ensuite rédigé conformément au plan ci-dessous (cf annexes aux fiches n°2 et 3).

- **Rappel des faits et de la procédure** : les développements relatifs à l'exposé des faits et au rappel de la procédure seront succincts, sauf si la présentation des requérants s'avère erronée ou tendancieuse.
- **Discussion** : le mémoire discutera, le cas échéant, la recevabilité de la QPC, puis la satisfaction des conditions de renvoi au Conseil constitutionnel posées par l'ordonnance du 7 novembre 1958. Dans tous les cas, la présentation de la disposition législative attaquée et de l'interprétation jurisprudentielle dont elle fait l'objet doit être effectuée en début de mémoire, au début de la partie relative à la recevabilité de la QPC, le cas échéant, ou au début de la discussion des conditions de renvoi au Conseil constitutionnel.

(4)

³ Décisions n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 M. Michel F. ; n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011 Mme Marie-Christine D. ; n° 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011 Mme Marielle D. .

⁴ Décisions n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 Compagnie agricole de la Crau (considérant 9) ; 2010-81 QPC du 17 décembre 2010 M. Boubakar B. (considérant 8).

1. La QPC est constitutive d'une demande nouvelle irrecevable.

La QPC peut être soulevée pour la première fois en appel (article 23.1 de l'ordonnance de 1958), ou en cassation (article 23.5)⁵.

Lorsque la QPC est transmise par un juge du fond au Conseil d'Etat, des moyens nouveaux qui n'ont pas été soumis à la juridiction de transmission ne peuvent pas être invoqués pour la première fois à l'appui de la QPC devant le Conseil d'Etat et sont donc irrecevables⁶.

La contestation du refus de transmettre une QPC, opposé par un TA ou une CAA, doit être présentée, à l'occasion d'un recours contre la décision réglant le litige au fond, avant l'expiration du délai de recours en appel ou du pourvoi en cassation (article R. 771-16 du code de justice administrative). Une question fondée sur les mêmes moyens que lors de son examen par le TA ou la CAA, présentée après l'expiration du délai est donc irrecevable⁷.

Le mémoire veillera, le cas échéant, à opposer ces irrecevabilités.

2. La disposition contestée n'est pas une disposition législative (loi organique ou loi ordinaire).

➤ Lorsque le requérant conteste la constitutionnalité d'une disposition qui n'est pas de nature législative⁸, la non-applicabilité de la procédure de QPC doit être relevée en indiquant par exemple que :

« 1/ La disposition contestée n'est pas une disposition législative.

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité « 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 ».

La création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a pour objectif de purger l'ordre juridique de dispositions de nature législative qui seraient inconstitutionnelles. Elle ne saurait s'appliquer à des dispositions de nature réglementaire.

Il n'y a donc pas lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel. ».

Un justiciable peut contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle confère à une disposition législative⁹.

⁵ Cependant, dans ce cas, si le juge du fond a refusé de transmettre la QPC, le requérant n'est pas recevable à soumettre au juge d'appel ou de cassation une demande fondée sur les mêmes moyens et portant sur la même question que celle soumise au premier juge (CE 1^{er} février 2011 Prototype technique industrie req. n° 342536).

⁶ CE 16 juillet 2010, Société de brasseries et casinos Les flots bleus, req. n° 339292

⁷ CE 1^{er} février 2011 M. Daniel A., req. n° 342537.

⁸ CE 2 juin 2010 M. Jean-Claude A., n° 338965.

⁹ Le Conseil constitutionnel estime en effet 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 ». Cf décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (considérants 2 et 3 : l'interprétation donnée par la Cour de cassation à l'article 365 du code civil a pour effet d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin) ; n° 2010-96 QPC du 4 février 2011 M. Jean-Louis de L. (considérants 3 et 4 : la jurisprudence de la Cour de cassation subordonne la validité d'un titre de propriété à la condition que ce titre ait été délivré par l'Etat) ; 2011-127 QPC du 6 mai 2011 Consorts C. (considérants 4 et 5).

En revanche, c'est la conformité de la disposition législative elle-même, ou de son interprétation jurisprudentielle, aux droits et libertés garantis par la Constitution qui doit être mise en cause, et non celle des conditions de sa mise en œuvre concrète¹⁰.



La procédure QPC ne permet pas aux justiciables d'interroger à titre préjudiciel le Conseil constitutionnel sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle en vue de son application dans un litige¹¹.

3. Le principe ou la règle à laquelle la disposition contestée porterait atteinte ne fait pas partie des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » n'est pas définie par la loi et est progressivement précisée par la jurisprudence.

Entrent dans cette notion les droits et libertés garantis par les articles de la Constitution¹², la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi que ceux consacrés par la Charte de l'environnement.

Selon les décisions QPC rendues à ce jour, sont au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution :

Droits et libertés	Décisions du CC
Droit de propriété (articles 2 et 17 de la DDHC)	N° 2010-26 du 17 septembre 2010, 2010-33 et 2010-29/37 du 22 septembre 2010, 2010-43 et 2010-45 du 6 octobre 2010, 2010-60 du 12 novembre 2010, 2010-68 du 19 novembre 2010, 2010-69 du 26 novembre 2010, 2010-67/86 du 17 décembre 2010, 2010-87 du 21 janvier 2011, n° 2010-95 du 28 janvier 2011, n° 2010-96 du 4 février 2011, n° 2010-99 du 11 février 2011, n° 2011-118 du 8 avril 2011
Définition de la souveraineté nationale et conditions de son exercice	N° 2010-12 du 2 juillet 2010
Principe de responsabilité (article 4 DDHC)	N° 2010-2 du 11 juin 2010, 2010-8 du 18 juin 2010, 2010-29/37 du 22 septembre 2010, 2011-116 du 8 avril 2011, 2011-127 du 6 mai 2011
Liberté d'entreprendre (article 4 DDHC)	N° 2010-45 du 6 octobre 2010, 2010-55 du 18 octobre 2010, 2010-69 du 26 novembre 2010, 2010-73 du 3 décembre 2010, 2010-89 du 21 janvier 2011, 2011-132 du 20 mai 2011
Liberté contractuelle (article 4 DDHC)	N° 2010-69 du 26 novembre 2010
Liberté d'aller et venir (articles 2 et 4 DDHC)	N° 2010-13 du 9 juillet 2010
Liberté personnelle / liberté du mariage	N° 2010-92 du 28 janvier 2011
Principe d'égalité (article 6 DDHC), incluant parfois le principe d'égalité devant l'impôt	N° 2010-1 et 2010-3 du 28 mai 2010, 2010-2 du 11 juin 2010, 2010-8 du 18 juin 2010, 2010-11 et 2010-13 du 9 juillet 2010, 2010-19/27 du 30 juillet 2010, 2010-28 du 17 septembre 2010, 2010-42 du 7 octobre 2010, 2010-54 du 14 octobre 2010, 2010-58 du 18 octobre 2010, 2010-68 du 19 novembre 2010, 2010-73 et 2010-76 du 3 décembre 2010, 2010-81 et 2010-67/86 du 17 décembre 2010, 2010-83 du 13 janvier 2011, 2010-88 du 21 janvier 2011, 2010-94 et 2010-92 du 28 janvier 2011, 2010-93 et 2010-98 du 4 février 2011, 2010-101 du 11 février 2011, 2010-108 du 25 mars 2011, 2011-112 et 2011-119 du 1 ^{er}

¹⁰ C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel à propos de la mise en œuvre de certaines dispositions relatives à la garde à vue (décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 M. Daniel W. et autres, considérant 20) : la méconnaissance éventuelle de l'exigence de respect de la dignité de la personne dans l'application concrète de la loi n'a pas en elle-même pour effet de rendre cette loi inconstitutionnelle.

¹¹ CE 16 avril 2010 M. Joseph V. n° 336270.

¹² Par exemple, la libre administration des collectivités territoriales, principe consacré par l'article 72 de la Constitution. Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010 Commune de Dunkerque (considérant 4).

Principe d'égalité devant les charges publiques (article 13 DDHC)	avril 2011, 2011-122 du 29 avril 2011, 2011-127 et 2011-128 du 6 mai 2011 N° 2010-16 du 23 juillet 2010, 2010-28 du 17 septembre 2010, 2010-44 du 29 septembre 2010, 2010-24 du 6 octobre 2010, 2010-52 du 14 octobre 2010, 2010-58 du 18 octobre 2010, 2010-70 du 26 novembre, 2010-67/86 du 17 décembre 2010, 2010-88 du 21 janvier 2011, 2010-99 du 11 février 2011, 2011-121 du 29 avril 2011 N° 2011-112 et 2011-113/15 du 1 ^{er} avril 2011
Principe d'égalité devant la justice	
Principes de nécessité et de proportionnalité des peines (article 8 DDHC)	N° 2010-55 du 18 octobre 2010, 2010-66 et 2010-70 du 26 novembre 2010, 2010-74 du 3 décembre 2010, 2010-103 du 17 mars 2011, 2010-105 du 17 mars 2011, 2011-114 et 2011-119 du 1 ^{er} avril 2011, 2011-117 du 8 avril 2011, 2011-124 du 29 avril 2011, 2011-132 du 20 mai 2011
Principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère (article 8 DDHC)	N° 2010-19/27 du 30 juillet 2010
Principe d'individualisation des peines (article 8 DDHC)	N° 2010-6/7 du 11 juin 2010, 2010-40 et 2010-41 du 29 septembre 2010, 2010-72/75/82 du 10 décembre 2010, 2010-90 du 21 janvier 2011, 2010-103 et 2010-105 du 17 mars 2011, 2011-111 du 25 mars 2011, 2011-119 du 1 ^{er} avril 2011, 2011-117 du 8 avril 2011, 2011-124 du 29 avril 2011
Principe de légalité des délits et des peines (article 8 DDHC)	N° 2010-73 du 3 décembre 2010, 2010-85 du 13 janvier 2011, 2010-103 du 17 mars 2011, 2011-117 du 8 avril 2011
Présomption d'innocence (article 9 DDHC)	N° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, 2010-32 du 22 septembre 2010, 2010-69 du 26 novembre 2010, 2010-77 du 10 décembre 2010, 2010-80 du 17 décembre, 2010-90 du 21 janvier 2011, 2011-119 du 1 ^{er} avril 2011
Liberté de communication et d'expression (article 11 DDHC)	N° 2010-3 du 28 mai 2010, 2010-45 du 6 octobre 2010, 2011-131 du 20 mai 2011
Garantie des droits et séparation des pouvoirs (article 16 DDHC)	N° 2010-2 du 11 juin 2010, 2010-10 du 2 juillet 2010, 2010-4/17 du 22 juillet 2010, 2010-19/27 du 30 juillet 2010, 2010-53 du 14 octobre 2010, 2010-69 du 26 novembre 2010, 2010-78 du 10 décembre 2010, n° 2010-62 du 17 décembre 2010, 2010-81 du 17 décembre, 2010-102 du 11 février 2011, 2010-110 du 25 mars 2011, n° 2011-118 du 8 avril 2011
Droit à un recours juridictionnel effectif (article 16 DDHC)	N° 2010-8 du 18 juin 2010, 2010-38 du 29 septembre 2010, 2010-71 du 26 novembre 2010, 2010-73 du 3 décembre 2010, n° 2010-62 du 17 décembre 2010, n° 2010-100 du 11 février 2011, n° 2011-119 du 1 ^{er} avril 2011
Droit à un procès équitable (article 16 DDHC)	N° 2010-38 du 29 septembre 2010
Droits de la défense (article 16 DDHC)	N° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, 2010-32 du 22 septembre 2010, 2010-38 du 29 septembre 2010, 2010-54 du 14 octobre 2010, 2010-69 du 26 novembre 2010, 2010-77 du 10 décembre 2010, 2010-62 du 17 décembre, 2011-125 du 6 mai 2011
Principe d'indépendance des fonctions juridictionnelles (article 16 DDHC)	N° 2010-10 du 2 juillet, 2010-76 du 3 décembre 2010
Sauvegarde de la dignité de la personne (1 ^{er} alinéa du Préambule de 1946)	N° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, 2010-71 du 26 novembre 2010, 2010-80 du 17 décembre 2010
Liberté syndicale (6 ^{ème} alinéa du Préambule de 1946)	N° 2010-42 du 7 octobre 2010, 2010-63/64/65 du 12 novembre, 2010-68 du 19 novembre 2010, 2010, 2011-122 du 29 avril 2011
Participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises (8 ^{ème} alinéa du Préambule)	N° 2010-42 du 7 octobre 2010, 2010-63/64/65 du 12 novembre 2010, 2010-91 du 28 janvier 2011, 2011-122 du 29 avril 2011, 2011-128 du 6 mai 2011
Droit de mener une vie familiale normale (10 ^{ème} alinéa du Préambule de 1946)	N° 2010-39 du 6 octobre 2010, 2010-92 du 28 janvier 2011
Droit d'obtenir un emploi (10 ^{ème} et 11 ^{ème} alinéa du Préambule de 1946)	N° 2011-119 du 1 ^{er} avril 2011

Droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence (11 ^{ème} alinéa du préambule de 1946)	N° 2011-123 du 29 avril 2011
Droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (article 1 ^{er} Charte de l'environnement)	N° 2011-116 du 8 avril 2011
Devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (article 2 Charte de l'environnement)	N° 2011-116 du 8 avril 2011
Devoir de toute personne de prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou d'en limiter les conséquences (article 3 Charte de l'environnement)	N° 2011-116 du 8 avril 2011
Devoir de toute personne de contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement (article 4 Charte de l'environnement)	N° 2011-116 du 8 avril 2011
Protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire. Interdiction de la détention arbitraire (article 66 Constitution).	N° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, 2010-71 du 26 novembre 2010, 2010-80 du 17 décembre 2010, 2011-125 du 6 mai 2011
Principe de libre administration des collectivités territoriales (article 72 Constitution)	N° 2010-12 du 2 juillet 2010, 2010-29/37 du 22 septembre 2010, 2010-56 du 18 octobre 2010, 2010-95 du 28 janvier 2011, 2010-107 du 17 mars 2011, 2010-109 du 25 mars 2011
Autonomie financière des collectivités territoriales (article 72-2 Constitution)	N° 2010-56 du 18 octobre 2010, 2010-109 du 25 mars 2011
Liberté d'association	N° 2010-3 du 28 mai 2010

3.1. Ne sont pas au nombre des « droits et libertés que la Constitution garantit » :

- l'exigence constitutionnelle de transposition des directives¹³ ;
- l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) sur le principe du consentement à l'impôt¹⁴, qui est repris dans l'article 34 de la Constitution ;
- l'habilitation donnée au législateur par la dernière phrase du 3^{ème} alinéa de l'article 72-1 de la Constitution (« la modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi »)¹⁵ ;
- la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi¹⁶ ;
- la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹⁷ ;
- le principe de personnalité de l'impôt¹⁸
- la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice¹⁹,

¹³ Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 sur la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (considérant 19).

¹⁴ Décision n° 2010 - 5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark (considérant 4)

¹⁵ Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010 Commune de Dunkerque (considérant 3) « la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice qui découle des articles 12, 15 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une QPC ».

¹⁶ Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 M. Alain C. et autres (relative à l'indemnité temporaire de retraite outre-mer) (considérant 7).

¹⁷ Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 précitée (considérant 9).

¹⁸ Décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010 M. Pierre-Yves M. : le commentaire aux cahiers souligne que le CC n'a pas examiné la méconnaissance de ce principe pourtant invoqué.

- l'article 75-1 de la Constitution, qui dispose que « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France »²⁰.

3.2. Cas restant à trancher :

3.2.1. Le Conseil constitutionnel n'a pas tranché de façon générale la question de l'invocabilité des OVC :

Il a écarté comme inopérant en l'espèce le grief tiré de la méconnaissance de l'OVC du pluralisme des courants de pensée et d'opinion²¹, et rejeté l'invocabilité de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Par ailleurs, il a examiné la conciliation opérée par le législateur entre la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public²². Il semble donc s'orienter vers une décision au cas par cas sur la possibilité d'invoquer chacun des autres OVC²³.

➤ Face à l'invocation d'un de ces OVC à l'appui d'une QPC, le mémoire indiquera par exemple que :
« Le requérant prétend que la disposition attaquée porte atteinte à ... [citer l'OVC invoqué], qui est un objectif de valeur constitutionnelle et non un principe constitutionnel. Or, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits substantiels. En l'espèce, [l'OVC invoqué] ne s'adresse pas aux individus mais au législateur et n'est pas d'application directe. C'est ce raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à écarter la possibilité d'invoquer l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans sa décision QPC n° 2010-4/17 du 22 juillet 2010 M. Alain C. et autres. Il n'est donc pas pertinent d'invoquer la méconnaissance de [citer l'OVC invoqué] à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

En tout état de cause, les dispositions contestées ne méconnaissent pas cet objectif ».

3.2.2. L'incompétence négative du législateur et la violation de la répartition loi / règlement.

Le Conseil constitutionnel a précisé que l'incompétence négative du législateur ne peut être utilement invoquée que s'il en résulte une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Ce moyen ne peut donc être invoqué seul²⁴. Il ne peut pas non plus être invoqué à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution de 1958²⁵.

➤ Si le requérant invoque l'incompétence négative du législateur sans faire de lien avec l'atteinte portée à un droit ou une liberté, le mémoire indiquera que ce moyen ne peut être invoqué à l'appui de la QPC en cause :

« Dans sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark, le Conseil constitutionnel a précisé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence [ou la méconnaissance du partage de compétences entre la loi et le règlement] ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or, en l'espèce, le requérant ne démontre pas l'atteinte portée à un droit ou à une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution. »

¹⁹ Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 Mme Barta Z. (considérant 3) «

²⁰ Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011 Mme Cécile L. et autres.

²¹ Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010 Union des familles en Europe (considérant 8). Cet OVC ne pourrait, le cas échéant, être invoqué qu'à l'encontre d'une disposition législative relative à la vie politique et aux médias.

²² Décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 Société Zeturf Limited (considérant n° 13).

²³ Une liste de ces OVC figure dans le commentaire aux Cahiers du conseil constitutionnel n° 29, page 9 sur la décision n° 2010-3. Constituent de tels OVC : le maintien de l'ordre public, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, la lutte contre la fraude fiscale, le bon usage ou le bon emploi des deniers publics, la recherche des auteurs d'infractions, le pluralisme des courants d'opinion et de pensée, le pluralisme et l'indépendance des médias et la bonne administration de la justice.

²⁴ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark (considérant 3).

²⁵ Décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010 Association Football Club de Metz (considérant n° 9), n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 Société Zeturf Limited (considérant n° 9).

3.3. Le Conseil d'Etat a refusé de transmettre des QPC fondées sur la violation de certains principes au motif qu'ils ne sont pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution pouvant être invoqués dans le cadre d'une QPC.

Il s'agit :

- du principe de sincérité des lois de finances²⁶,
- de la méconnaissance par le législateur du domaine du règlement²⁷,
- du principe de confiance légitime²⁸,
- du principe de non-rétroactivité de la loi fiscale²⁹,
- du principe d'annualité budgétaire³⁰.

4. La disposition contestée est un acte international, une loi autorisant la ratification d'un engagement international, une loi de transposition d'une directive, ou la QPC repose sur un moyen lié à la violation du droit international ou européen

4.1. La QPC ne peut pas être soulevée à l'encontre des conventions internationales, que le Conseil d'Etat a exclues du champ de la procédure de QPC dans une décision du 14 mai 2010³¹.

Dans sa décision du 14 mai 2010 mentionnée ci-dessus, le Conseil d'Etat a écarté la possibilité de poser une QPC sur une loi autorisant la ratification d'un engagement international, en considérant qu'une telle loi était, par sa nature même, insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution³².

4.2. Le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une disposition législative qui se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive européenne, sauf si cette disposition met en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France³³.

4.3. La possibilité d'invoquer la violation des engagements internationaux de la France n'est pas admise dans le cadre de la QPC³⁴.

➤ Si les requérants font état de la violation des engagements internationaux de la France (par exemple de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou des droits fondamentaux de l'Union européenne), le mémoire soulignera que les conditions de la QPC ne sont pas remplies, les stipulations que ces engagements internationaux comportent n'étant pas au nombre des « droits et libertés que la Constitution garantit ».



➤ **La contestation de la recevabilité de la QPC ne dispense pas d'argumenter en défense sur les critères de transmission de la question au Conseil constitutionnel.**

²⁶ CE 15 juillet 2010 Région Lorraine n° 340492

²⁷ CE 15 juillet 2010 Région Lorraine, déjà cité. L'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire n'affecte pas la constitutionnalité de la disposition concernée (décision n° 339842, CC 82-143 DC du 30 juillet 1982).

²⁸ CE 25 juin 2010 M. François A., n° 326363.

²⁹ CE 25 juin 2010 M. François A., déjà cité

³⁰ CE 25 juin 2010 Région Lorraine, n° 339842.

³¹ CE 14 mai 2010, n° 312305 « il résulte des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution que leur application ne peut conduire à saisir le Conseil constitutionnel que d'une question portant sur une disposition législative ; que par suite, la question soulevée est irrecevable ; »

³² Il a également considéré qu'une telle loi n'était pas « applicable au litige » au sens de l'ordonnance de 1958.

³³ Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010 M. Karmel D. (considérant 3)

³⁴ Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 sur la loi jeux, mentionnée ci-dessus. Décision n° 2010-4/17 QPC précitée (considérant 11).

FICHE N° 2 : TRAITEMENT D'UNE QPC DEVANT UN TRIBUNAL ADMINISTRATIF (TA) OU UNE COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL (CAA)

Cette fiche traite de la défense devant les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel. Les observations en défense devant ces juridictions s'appuieront sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sur celle du Conseil d'Etat.

Conformément à la circulaire du Premier ministre du 3 mars 2010, il convient de signaler au SGG les QPC ~~✖~~ soulevées devant les juridictions du fond qui appellent une attention particulière ou sont susceptibles de concerner plusieurs départements ministériels.

La procédure de QPC est enserrée dans des délais très contraints : les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel doivent statuer **sans délai** sur la transmission de la QPC au Conseil (article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958). Il convient donc de respecter strictement les impartis pour la production du mémoire en défense. ⊕

Lorsque la QPC est transmise au Conseil d'Etat, le TA ou la CAA sursoient à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel (article 23-3 de l'ordonnance).



Le traitement de la QPC par les tribunaux administratifs ou cours administratives d'appel est régi par l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958.

Ces juridictions renvoient la QPC au Conseil d'Etat lorsque trois conditions sont remplies :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure,
- la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances,
- la QPC ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

Les TA et CAA ne sont pas tenus de transmettre une QPC mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi (article R. 771-6). Le cas échéant, le mémoire en défense appellera l'attention du juge sur une QPC identique antérieurement transmise au Conseil d'Etat.

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure (article 23-2, 1° de l'ordonnance de 1958).

Une disposition applicable au litige est une disposition qui est appliquée au requérant, ou dont l'application lui est refusée, alors qu'il la demande. Le Conseil d'Etat adopte une interprétation large de ce critère : il a par exemple estimé qu'un article de loi indissociable de la disposition applicable au litige était également applicable au litige « *au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance* » de 1958³⁵.

³⁵ CE 28 mai 2010, n° 337840. Il considère cependant cette condition non satisfaite lorsque la disposition contestée n'a pas été appliquée par l'administration, n'a pas fait l'objet d'une demande d'application, et n'a pas été invoquée par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés (CE 15 juillet 2010 M. Eric A. n° 327512).

Une QPC peut être soulevée dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un acte réglementaire, décret, arrêté ou circulaire³⁶ précisant les modalités d'application d'une loi : le Conseil d'Etat estime en pareil cas que la loi est bien applicable au litige.

Il est indifférent que la disposition législative concernée ne soit plus en vigueur : le Conseil constitutionnel a en effet admis la possibilité de soulever une QPC contre une disposition législative abrogée³⁷.

Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites³⁸.

En revanche, il se reconnaît la faculté de circonscrire le champ de sa saisine aux seules dispositions législatives renvoyées qui sont effectivement mises en cause par la question³⁹. Par exemple, dans sa décision n° 2010-92, relative à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation avait transmis au Conseil constitutionnel une QPC portant sur les articles 75 et 144 du code civil. Dans le considérant 3 de la décision, le Conseil a précisé que la QPC ne portait que sur le dernier alinéa de l'article 75 et sur l'article 144 du code civil, réduisant ainsi le champ de la QPC.

Le Conseil d'Etat examine la condition d'applicabilité au litige de chaque disposition contestée et peut choisir de renvoyer au Conseil constitutionnel une partie seulement des dispositions visées par la QPC⁴⁰. Le cas échéant, le mémoire distinguera entre les dispositions contestées et demandera au TA ou à la CAA de ne pas renvoyer certaines dispositions non applicables au litige.

Si la satisfaction de cette condition ne fait aucun doute, il est inutile d'en faire mention.



2. La disposition contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances (article 23-2, 2° de l'ordonnance de 1958).

2.1. La déclaration de conformité doit être expresse.

La mention, en fin de décision « *Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution* » ne suffit pas⁴¹.

Si la disposition a été examinée mais n'est pas mentionnée dans le dispositif de la décision, le Conseil constitutionnel estime que la disposition contestée n'a pas déjà été jugée conforme à la Constitution et accepte d'examiner la QPC.⁴²

³⁶ CE 4 mai 2011 M. Bruno A., n° 346648

³⁷ Décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 M. Philippe E., considérant 2 : « *la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés ; qu'elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant ; que par suite, elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence du caractère sérieux de cette dernière* » ; décision n° 2010-25 du 16 septembre 2010 M. Jean-Victor C., n° 2010-55 du 18 octobre 2010 M. Rachid M. et autres (considérant 2). CE 23 juillet 2010 Guibourt, req. n° 340115.

³⁸ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 Consorts L. (considérant 6).

³⁹ Décisions n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010 M. Boubakar B. (considérant 3), n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 Mme Corinne C et autres (considérant 3), n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011 Société Seras II (considérant 3), n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 Epoux B. (considérant 3), n° 2010-105 QPC du 17 mars 2011 M. César S. et autres (considérant 4), n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011 Syndicat SUD AFP (considérant 3).

⁴⁰ Par exemple, CE 9 juin 2010 Collectif pour la défense de l'université, n° 329056.

⁴¹ CE 14 juin 2010 ANSEL, n° 328 937, 328 938.

⁴² Décision n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 Epoux B. (considérant 4).

Si, dans une décision, le Conseil constitutionnel a examiné un article de loi et l'a déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision, la déclaration de conformité vaut pour toutes les dispositions que cet article comporte⁴³.

Le Conseil constitutionnel a mis en ligne sur son site internet un tableau des dispositions ainsi déclarées conformes à la Constitution qui constitue une aide utile à la vérification de cette condition (*pour la version électronique, intégrer le lien vers le site du CC*).

Attention cependant ! Seules sont validées les dispositions déclarées conformes dans leur rédaction au jour de la décision. Une disposition modifiée par la suite ne bénéficie pas de cette validation.

2.2. Cas où la disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution mais où un nouveau moyen d'inconstitutionnalité est soulevé.

Le Conseil d'Etat estime que la disposition est validée, même si le requérant invoque un moyen différent de celui sur lequel le Conseil s'est prononcé⁴⁴. Dans ce cas, il n'y a pas de renvoi.

Lorsque le requérant conteste une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, le mémoire conclura qu'il n'y a pas lieu de transmettre la QPC, quels que soient les moyens soulevés.

2.3. Cas où la disposition contestée a été examinée et déclarée conforme à la Constitution dans une décision antérieure du Conseil constitutionnel puis modifiée postérieurement à cette décision

Le Conseil constitutionnel vérifie la conformité à la Constitution des modifications apportées à la disposition. Si celles-ci ne sont pas contraires à la Constitution, elles n'ont pas pour effet de remettre en cause la déclaration antérieure de conformité à la Constitution⁴⁵.

2.4. Cas du changement de circonstances

Le changement de circonstances peut résider :

- dans l'évolution des normes constitutionnelles applicables (par exemple, entrée en vigueur de la Charte de l'environnement),
- ou dans celle des circonstances de droit (évolution du contexte législatif⁴⁶, interprétation jurisprudentielle de la disposition contestée⁴⁷, décision du Conseil constitutionnel postérieure à la déclaration initiale de conformité⁴⁸) ou de fait, qui justifient le réexamen de la constitutionnalité de la disposition législative en cause⁴⁹.

L'élargissement du champ d'application d'une disposition ne constitue pas un changement de circonstances au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁵⁰. Le fait que le Conseil constitutionnel ait précisé qu'un principe constitutionnel découle d'un article de la DDHC ne constitue pas non plus un

⁴³ Décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010 Section française de l'observatoire international des prisons (considérant 4) : dans sa décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel avait spécialement examiné et déclaré conforme à la Constitution l'article 1^{er} de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008. Par suite tous les articles insérés dans le code de procédure pénale (articles 706-53-13 à 706-53-21) par cet article 1^{er} sont eux-mêmes conformes à la Constitution, même ceux qui ne sont pas expressément mentionnés dans les motifs de la décision du Conseil.

⁴⁴ CE 19 mai 2010, n° 330310 : le Conseil constitutionnel avait déjà examiné la constitutionnalité de la disposition contestée, mais au regard d'un autre principe constitutionnel.

⁴⁵ Décisions n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 M. Ismael A. (considérents 6 à 8), n° 2011-117 du 8 avril 2011 M. Jean-Paul H. (considérents 7 et 8).

⁴⁶ CE 28 janvier 2011 Huchon, n° 338199

⁴⁷ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 M. Ismael A (considérant 9).

⁴⁸ Décision n° 2011-125 du 6 mai 2011 M. Abderrahmane L. (considérant 11)

⁴⁹ Voir par exemple la décision n° 2010-14/22 précitée sur la garde à vue, considérents 14 à 18.

⁵⁰ Décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010 Epoux M. (considérant 9).

changement de circonstances, dès lors que ce principe était déjà pris en compte dans les normes constitutionnelles de référence du contrôle de conformité⁵¹.

Comme pour la condition d'applicabilité au litige, si la satisfaction de cette condition ne fait aucun doute, le mémoire n'inclura pas de développements sur ce point.



3. La QPC ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux (articles 23-2, 3° de l'ordonnance de 1958).

Dans la plupart des hypothèses, les critères précédents de transmission de la QPC seront remplis, et c'est sur ce motif, relatif au caractère sérieux de la question, que le mémoire démontrera que les conditions de transmission au Conseil d'Etat ne sont pas remplies, en établissant le caractère inopérant ou le caractère infondé des moyens présentés.

3.1. Les moyens inopérants.

Les requérants appuient parfois la QPC sur des moyens invoquant une norme constitutionnelle à laquelle la disposition contestée n'est pas susceptible de porter atteinte. Par exemple, la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (principe de nécessité et de proportionnalité des peines, principe de légalité des délits et des peines, principe d'individualisation des peines) ne peut être invoquée qu'à l'égard des dispositions instituant des sanctions ayant le caractère d'une punition, notion dont le Conseil constitutionnel a une interprétation stricte. Si le dispositif critiqué ne poursuit pas une finalité répressive, le moyen invoquant la méconnaissance de l'article 8 de la DDHC est inopérant⁵².

Le juge administratif apprécie parfois lui-même le caractère justifié ou non de l'atteinte alléguée à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis⁵³.

Le mémoire écartera un tel moyen comme inopérant.

Sera également écarté comme inopérant le moyen fondé sur la méconnaissance de règles constitutionnelles de nature purement procédurale (par exemple, le non respect des délais fixés à l'article 47 pour l'adoption des lois de finances ou de la règle selon laquelle les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat).

3.2. Les moyens infondés.

En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le mémoire démontrera en quoi le dispositif contesté ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution invoqués par le requérant. Ces arguments constituent d'ailleurs la trame de ce que devra être, le cas échéant, la défense ultérieure devant le Conseil constitutionnel.

Pour la rédaction de ces éléments, l'utilisation des tables analytiques des décisions du Conseil constitutionnel, accessibles sur son site internet, est vivement recommandée (pour la version électronique, intégrer le lien vers le site du CC).

⁵¹ Décision n° 2010-104 déjà citée note 40 (considérant 4). Le Conseil a précisé que « si le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision du 22 juillet 2005, que le principe d'individualisation des peines découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, cette précision ne constitue pas un changement des circonstances de nature à imposer le réexamen du grief tiré de la méconnaissance de cet article 8 ».

⁵² Cf décision n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011 et commentaires aux Cahiers du conseil constitutionnel, décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011 M. Jean-Claude C. (considérant 6), décision n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011 M. Didier P. (considérant 5), n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011 Mme Denise R. et autres (considérant 3), décision n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, Mme Catherine B. (considérant 3), décision n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011 M. Ion C. (considérant 7).

⁵³ CE 23 décembre 2010 Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Centre Ouest, n° 321068, CE 26 janvier 2011 SAS Auxa, n° 344204, CE 8 octobre 2010 Groupement de fait brigade sud de Nice, Zamolo, n° 340849.

Dans certains cas, le mémoire présente des arguments en défense à titre principal (par exemple : le principe invoqué n'est pas applicable à la disposition contestée) et des arguments à titre subsidiaire (la disposition contestée est conforme au principe invoqué). Si la défense présentée à titre principal a peu de chance de convaincre le juge le mémoire se bornera sur ce point à un argumentaire aussi bref que possible. Les développements seront centrés sur la défense à titre subsidiaire si celle-ci est plus susceptible d'aboutir.



Parmi les droits et libertés invoqués figure souvent le principe d'égalité, dans ses diverses déclinaisons.

Le mémoire se référera alors à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en mentionnant sa décision pertinente la plus récente. Le Conseil constitutionnel indique en effet de façon constante, depuis la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 que « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.* ».

La défense suivra le raisonnement suivant :

1/ Exposer l'objet de la loi et établir le rapport direct entre cet objet et la différence de traitement décidée par le législateur,

2/ En démontrant :

- soit la différence objective des situations dans lesquelles se trouvent les catégories de personnes traitées de façon différenciée par la loi,
- soit l'intérêt général ayant conduit le législateur à mettre en place un tel traitement différencié.

Si le moyen soulevé est insuffisamment étayé, le mémoire indiquera que le moyen n'est pas assorti de précisions suffisantes pour permettre au juge d'en apprécier le sérieux⁵⁴.

⁵⁴ CE 9 juillet 2010 SARL Veneur, n° 340142.

ANNEXE : EXEMPLE DE PLAN-TYPE DE DEFENSE POUR UNE QPC DEVANT UN TA OU UNE CAA

ATTENTION – REMARQUES GENERALES

Le mémoire en défense communiqué au tribunal administratif ou la cour administrative d'appel s'appuiera sur les décisions antérieures du Conseil d'Etat et sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le mémoire sera synthétique et formulé avec des phrases courtes et simples.



Introduction

Exemple de rédaction

« Par lettre du ..., le TA (ou la CAA) a adressé au préfet/ au Ministre pour observations, une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions suivantes :
Cette transmission appelle les observations suivantes. »

Faits et procédure

I. Rappel des faits et de la procédure

Rappel succinct, et rectification d'éventuelles erreurs ou inexactitudes de la requête.

Recevabilité de la QPC

II. Les conditions définies par l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 pour poser une QPC ne sont pas remplies

Présentation de la disposition législative contestée.

II.1. La disposition contestée [référence de la disposition] n'est pas une disposition législative.

Par exemple, c'est une disposition réglementaire.

Exemple de rédaction

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité « 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 ».
La création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a pour objectif de purger l'ordre juridique de dispositions de nature législative qui seraient inconstitutionnelles. Elle ne saurait s'appliquer à des dispositions de nature réglementaire.
Il n'y a donc pas lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel. ».

II.2. La disposition législative contestée [référence de la disposition] n'est pas susceptible de porter atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution.

Par exemple, il s'agit d'une loi de ratification d'un engagement international

II.3. Le principe ou la règle de valeur constitutionnelle [indiquer le principe ou norme invoqué] à laquelle la disposition contestée [référence de la disposition] porterait atteinte ne fait pas partie des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Par exemple, le CC a déjà écarté la règle invoquée (dans ce cas citer la décision pertinente).

Exemple de rédaction

En cas d'invocation d'un OVC :

« Le requérant prétend que la disposition attaquée porte atteinte à ... [citer l'OVC invoqué], qui est un objectif de valeur constitutionnelle et non un principe

constitutionnel. Or, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits substantiels. En l'espèce, [l'OVC invoqué] ne s'adresse pas aux individus mais au législateur et n'est pas d'application directe. C'est ce raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à écarter la possibilité d'invoquer l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans sa décision QPC n° 2010-4/17 du 22 juillet 2010 M. Alain C. et autres. Il n'est donc pas pertinent d'invoquer la méconnaissance de [citer l'OVC invoqué] à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. En tout état de cause, les dispositions contestées ne méconnaissent pas cet objectif».

Exemple de rédaction

En cas d'invocation de la méconnaissance de sa compétence par le législateur :

« Dans sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark, le Conseil constitutionnel a précisé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence [ou la méconnaissance du partage de compétences entre la loi et le règlement] ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or, en l'espèce, le requérant ne démontre pas l'atteinte portée à un droit ou à une liberté. »

II.4.1. La QPC doit être soulevée contre une disposition législative et ne saurait viser un acte international.

II.4.2. Le moyen tiré de la violation du droit international ou européen [préciser la norme invoquée] n'est pas recevable dans le cadre d'une QPC.

Par exemple, la violation du droit communautaire ou de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est invoquée.

Examen des conditions de renvoi au Conseil d'Etat posées par l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958.

III. Les conditions de renvoi au Conseil d'Etat posées par l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne sont pas remplies.

Si la condition n'est pas remplie

III.1. La disposition contestée [référence de la disposition] n'est pas applicable au litige ou à la procédure.

Par exemple, la disposition n'a pas été appliquée par l'administration au requérant, ni été invoquée par les parties dans le litige au fond.

Si la condition n'est pas remplie

III.2. La disposition contestée [référence de la disposition] a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision [référence de la décision] du Conseil constitutionnel.

Si les conditions d'applicabilité au litige et d'absence de déclaration antérieure de conformité à la constitution sont remplies

« Les deux premières conditions n'appelant pas d'observation, seule la troisième, tenant au caractère nouveau ou sérieux de la question fera l'objet de développements. »

III.3. La question est dépourvue de caractère sérieux.

Démontrer l'absence de caractère sérieux du moyen à partir de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel.

Le moyen est inopérant

Le moyen est infondé

Conclusion
Exemple de rédaction

« Pour l'ensemble de ces motifs, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel cette question prioritaire de constitutionnalité. ».

FICHE N° 3 : TRAITEMENT D'UNE QPC DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Cette fiche traite de la défense devant le Conseil d'Etat, qui peut avoir à statuer dans deux cas :

- soit la QPC a été soulevée devant lui,
- soit il a été saisi sur renvoi d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel.

Conformément à la circulaire du Premier ministre du 3 mars 2010, les projets de mémoires en défense sont transmis au Secrétariat général du Gouvernement afin qu'il s'assure de la cohérence des positions défendues au nom du Gouvernement et qu'il détermine si le projet d'observations nécessite un travail interministériel complémentaire. *

La procédure de QPC est enserrée dans des délais très contraints : le Conseil d'Etat a 3 mois pour statuer (article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958). S'il ne s'est pas prononcé dans ce délai, la question est transmise au Conseil constitutionnel. Il convient donc de respecter strictement les délais impartis pour la production du mémoire en défense. (+)

Lorsque la QPC est transmise au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil constitutionnel (article 23-5 de l'ordonnance).



Le traitement de la QPC par le Conseil d'Etat est régi par les articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance de 1958, soit que la question lui ait été transmise par une juridiction inférieure (article 23-4), soit qu'elle ait directement été invoquée devant lui (article 23-5).

Le Conseil d'Etat renvoie la QPC au Conseil constitutionnel lorsque trois conditions sont remplies :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure,
- la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances,
- la QPC est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure (article 23-2, 1° de l'ordonnance de 1958).

Une disposition applicable au litige est une disposition qui est appliquée au requérant, ou dont l'application lui est refusée, alors qu'il la demande. Le Conseil d'Etat adopte une interprétation large de ce critère : il a par exemple estimé qu'un article de loi indissociable de la disposition applicable au litige était également applicable au litige « *au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance* » de 1958⁵⁵.

Une QPC peut être soulevée dans le cadre d'un recours en annulation contre un acte réglementaire, décret, arrêté ou circulaire⁵⁶ précisant les modalités d'application d'une loi : le Conseil d'Etat estime en pareil cas que la loi est bien applicable au litige.

Il est indifférent que la disposition législative concernée ne soit plus en vigueur : le Conseil constitutionnel a en effet admis la possibilité de soulever une QPC contre une disposition législative abrogée⁵⁷.

⁵⁵ CE 28 mai 2010, n° 337840. Il considère cependant cette condition non satisfaite lorsque la disposition contestée n'a pas été appliquée par l'administration, n'a pas fait l'objet d'une demande d'application, et n'a pas été invoquée par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés (CE 15 juillet 2010 M. Eric A. n° 327512).

⁵⁶ CE 4 mai 2011 M. Bruno A., n° 346648

Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites⁵⁷.

En revanche, il se reconnaît la faculté de circonscrire le champ de sa saisine aux seules dispositions législatives renvoyées qui sont effectivement mises en cause par la question⁵⁹. Par exemple, dans sa décision n° 2010-92, relative à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation avait transmis au Conseil constitutionnel une QPC portant sur les articles 75 et 144 du code civil. Dans le considérant 3 de la décision, le Conseil a précisé que la QPC ne portait que sur le dernier alinéa de l'article 75 et sur l'article 144 du code civil, réduisant ainsi le champ de la QPC.

➤ Le Conseil d'Etat examine la condition d'applicabilité au litige de chaque disposition contestée et peut choisir de renvoyer au Conseil constitutionnel une partie seulement des dispositions visées par la QPC⁶⁰. Le cas échéant, le mémoire distinguera donc entre les dispositions contestées et demandera au Conseil de ne pas renvoyer certaines dispositions non applicables au litige.

Si la satisfaction de cette condition ne fait aucun doute, il est inutile d'en faire mention.

2. La disposition contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances (article 23-2, 2° de l'ordonnance de 1958).

2.1. La déclaration de conformité doit être expresse.

La mention, en fin de décision « *Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution* » ne suffit pas⁶¹.

Si la disposition a été examinée mais n'est pas mentionnée dans le dispositif de la décision, le Conseil constitutionnel estime que la disposition contestée n'a pas déjà été jugée conforme à la Constitution et accepte d'examiner la QPC.⁶²

Si, dans une décision, le Conseil constitutionnel a examiné un article de loi et l'a déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision, la déclaration de conformité vaut pour toutes les dispositions que cet article comporte⁶³.

⁵⁷ Décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 M. Philippe E., considérant 2 : « *la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés ; qu'elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant ; que par suite, elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence du caractère sérieux de cette dernière* » ; décision n° 2010-25 du 16 septembre 2010 M. Jean-Victor C., n° 2010-55 du 18 octobre 2010 M. Rachid M. et autres, considérant 2. CE 23 juillet 2010 Guibourt, req. N° 340115.

⁵⁸ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 Consorts L. (considérant 6).

⁵⁹ Décisions n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010 M. Boubakar B. (considérant 3), n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 Mme Corinne C et autres (considérant 3), n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011 Société Seras II (considérant 3), n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 Epoux B. (considérant 3), n° 2010-105 QPC du 17 mars 2011 M. César S. et autres (considérant 4), n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011 Syndicat SUD AFP (considérant 3).

⁶⁰ Par exemple, CE 9 juin 2010 Collectif pour la défense de l'université, n° 329056.

⁶¹ CE 14 juin 2010 ANSEL, n° 328 937, 328 938.

⁶² Décision n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 Epoux B. (considérant 4).

⁶³ Décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010 Section française de l'observatoire international des prisons (considérant 4) : dans sa décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel avait spécialement examiné et déclaré conforme à la Constitution l'article 1^{er} de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008. Par suite tous les articles insérés dans le code de procédure pénale (articles 706-53-13 à 706-53-21) par cet article 1^{er} sont eux-mêmes

Le Conseil constitutionnel a mis en ligne sur son site internet un tableau des dispositions ainsi déclarées conformes à la Constitution qui constitue une aide utile à la vérification de cette condition (pour la version électronique, intégrer le lien vers le site du CC).

Attention cependant ! Seules sont validées les dispositions déclarées conformes dans leur rédaction au jour de la décision. Une disposition modifiée par la suite ne bénéficie pas de cette validation.

2.2. Cas où la disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution mais où un nouveau moyen d'inconstitutionnalité est soulevé.

Le Conseil d'Etat estime que la disposition est validée, même si le requérant invoque un moyen différent de celui sur lequel le Conseil s'est prononcé⁶⁴. Dans ce cas, il n'y a pas de renvoi.

Lorsque le requérant conteste une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, le mémoire conclura qu'il n'y a pas lieu de transmettre la QPC, quels que soient les moyens soulevés.

2.3. Cas où la disposition contestée a été examinée et déclarée conforme à la Constitution dans une décision antérieure du Conseil constitutionnel puis modifiée postérieurement à cette décision

Le Conseil constitutionnel vérifie la conformité à la Constitution des modifications apportées à la disposition. Si celles-ci ne sont pas contraires à la Constitution, elles n'ont pas pour effet de remettre en cause la déclaration antérieure de conformité à la Constitution⁶⁵.

2.4. Cas du changement de circonstances

Le changement de circonstances peut résider :

- dans l'évolution des normes constitutionnelles applicables (cf. entrée en vigueur de la Charte de l'environnement),
- ou dans celle des circonstances de droit (évolution du contexte législatif⁶⁶, interprétation jurisprudentielle de la disposition contestée⁶⁷, décision du Conseil constitutionnel postérieure à la déclaration initiale de conformité⁶⁸) ou de fait, qui justifient le réexamen de la constitutionnalité de la disposition législative en cause⁶⁹.

L'élargissement du champ d'application d'une disposition ne constitue pas un changement de circonstances au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁷⁰. Le fait que le Conseil constitutionnel ait précisé qu'un principe constitutionnel découle d'un article de la DDHC ne constitue pas non plus un changement de circonstances, dès lors que ce principe était déjà pris en compte dans les normes constitutionnelles de référence du contrôle de conformité⁷¹.

conformes à la Constitution, même ceux qui ne sont pas expressément mentionnés dans les motifs de la décision du Conseil.

⁶⁴ CE 19 mai 2010, n° 330310 : le Conseil constitutionnel avait déjà examiné la constitutionnalité de la disposition contestée, mais au regard d'un autre principe constitutionnel.

⁶⁵ Décisions n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 M. Ismael A. (considérants 6 à 8), n° 2011-117 du 8 avril 2011 M. Jean-Paul H. (considérants 7 et 8).

⁶⁶ CE 28 janvier 2011 Huchon, n° 338199

⁶⁷ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 M. Ismael A (considérant 9).

⁶⁸ Décision n° 2011-125 du 6 mai 2011 M. Abderrahmane L. (considérant 11)

⁶⁹ Voir par exemple la décision n° 2010-14/22 précitée sur la garde à vue, considérants 14 à 18.

⁷⁰ Décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010 Epoux M., considérant 9.

⁷¹ Décision n° 2010-104 déjà citée note 40 (considérant 4). Le Conseil a précisé que « si le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision du 22 juillet 2005, que le principe d'individualisation des peines découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, cette précision ne constitue pas un changement des circonstances de nature à imposer le réexamen du grief tiré de la méconnaissance de cet article 8 ».

Comme pour la condition d'applicabilité au litige, si la satisfaction de cette condition ne fait aucun doute, le mémoire n'inclura pas de développements sur ce point.

3. La QPC doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux (articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance de 1958).

Le texte n'exige pas que la QPC soit, cumulativement, nouvelle et sérieuse. Une QPC peut être renvoyée au Conseil constitutionnel si elle est soit nouvelle soit sérieuse.

Le mémoire inclura donc systématiquement la contestation de la nouveauté et celle du caractère sérieux de la question.

3.1. La QPC doit être nouvelle

Cette condition est propre à l'examen de la QPC par le Conseil d'Etat. Il convient de veiller, lorsqu'une QPC est transmise au Conseil d'Etat par un TA ou une CAA, à compléter le mémoire sur ce point.

La question nouvelle n'est pas une question n'ayant jamais été soumise au Conseil constitutionnel.

Une QPC peut être nouvelle dans deux cas de figure⁷² :

- lorsque la norme constitutionnelle invoquée n'a jamais été interprétée par le Conseil⁷³, sous réserve que cette norme ne soit pas « dénuée de rapport avec les termes du litige »⁷⁴ ;
- lorsque les juges suprêmes estiment que la question est susceptible de se poser dans de nombreux litiges⁷⁵, ou parce qu'il est opportun de solliciter la position de principe du juge constitutionnel⁷⁶ ou encore lorsque survient une difficulté nouvelle d'interprétation d'une norme constitutionnelle déjà interprétée⁷⁷.

Les juges suprêmes ont utilisé plusieurs fois cette faculté de saisir le Conseil constitutionnel en opportunité. Toutefois, l'argument de l'opportunité de la saisine du Conseil constitutionnel, qui relèvera uniquement de l'appréciation du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, ne sera pas utilisé dans le mémoire, sauf si le requérant l'invoque expressément. (+)

Dans la plupart des cas, le mémoire se bornera à indiquer que les droits ou libertés invoqués ont donné lieu à des jurisprudences du Conseil constitutionnel, et citera, le cas échéant, un ou des exemples appropriés.

Ainsi, il pourra, dans la plupart des mémoires en défense, être indiqué que :

« Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a précisé que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de

⁷² Dans sa décision n° 2009-595 DC (considérant 21), le Conseil constitutionnel a indiqué que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application (par exemple, la Charte de l'environnement) ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; ».

⁷³ CE 8 octobre 2010 Mme Sandra G., n° 338505 (à propos du principe selon lequel nul ne peut être condamné à la peine de mort énoncé à l'article 66-1 de la Constitution).

⁷⁴ CE 8 octobre 2010 Daoudi, n° 338505.

⁷⁵ CE 23 avril 2010 Cachard, n° 327174 ; CE 2 juin 2010 Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle Calédonie, n° 326444.

⁷⁶ Cette faculté a notamment été utilisée par la Cour de cassation dans son arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010 pour transmettre la QPC relative à l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, qui a donné lieu à la décision n° 2010-92 du 28 janvier 2011.

⁷⁷ CE 10 novembre 2010 Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux, n° 340106, CE 17 décembre 2010, M. Pierre A., n° 343752.

l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ».

En l'espèce, le requérant soulève la question de la conformité de l'article [disposition critiquée] à [citer le principe constitutionnel invoqué]. Or, le Conseil constitutionnel a déjà précisé les conditions de mise en œuvre de ce principe [mentionner des décisions pertinentes du Conseil]⁷⁸ »

3.2. La QPC doit présenter un caractère sérieux.

Dans la plupart des hypothèses, les critères précédents de transmission de la QPC seront remplis, et c'est sur ce motif, relatif au caractère sérieux de la question, que le mémoire démontrera que les conditions de transmission au Conseil constitutionnel ne sont pas remplies, en établissant le caractère inopérant ou le caractère infondé des moyens présentés.

3.2.1. Les moyens inopérants.

Les requérants appuient parfois la QPC sur des moyens invoquant une norme constitutionnelle à laquelle la disposition contestée n'est pas susceptible de porter atteinte. Par exemple, la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (principe de nécessité et de proportionnalité des peines, principe de légalité des délits et des peines, principe d'individualisation des peines) ne peut être invoquée qu'à l'égard des dispositions instituant des sanctions ayant le caractère d'une punition, notion dont le Conseil constitutionnel a une interprétation stricte. Si le dispositif critiqué ne poursuit pas une finalité répressive, le moyen invoquant la méconnaissance de l'article 8 de la DDHC est inopérant⁷⁹.

Le juge administratif apprécie parfois lui-même le caractère justifié ou non de l'atteinte alléguée à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis⁸⁰.

Le mémoire écartera un tel moyen comme inopérant.

Sera également écarté comme inopérant le moyen fondé sur la méconnaissance de règles constitutionnelles de nature purement procédurale (par exemple, le non respect des délais fixés à l'article 47 pour l'adoption des lois de finances ou de la règle selon laquelle les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat).

3.2.2. Les moyens infondés.

En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le mémoire démontrera en quoi le dispositif contesté ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution invoqués par le requérant. Ces arguments constituent d'ailleurs la trame de ce que devra être, le cas échéant, la défense ultérieure devant le Conseil constitutionnel.

Pour la rédaction de ces éléments, l'utilisation des tables analytiques des décisions du Conseil constitutionnel, accessibles sur son site internet, est vivement recommandée (*pour la version électronique, intégrer le lien vers le site du CC*).

⁷⁸ S'il s'agit d'un principe très fréquemment invoqué, tel que le principe d'égalité ou le droit de propriété, le mémoire pourra se borner à indiquer que le Conseil constitutionnel a déjà à de nombreuses reprises précisé les conditions de mise en œuvre du principe.

⁷⁹ Cf décision n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011 et commentaires aux Cahiers du conseil constitutionnel, décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011 M. Jean-Claude C. (considérant 6), décision n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011 M. Didier P. (considérant 5), n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011 Mme Denise R. et autres (considérant 3), décision n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, Mme Catherine B. (considérant 3), décision n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011 M. Ion C. (considérant 7).

⁸⁰ CE 23 décembre 2010 Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Centre Ouest, n° 321068, CE 26 janvier 2011 SAS Auxa, n° 344204, CE 8 octobre 2010 Groupement de fait brigade sud de Nice, Zamolo, n° 340849.

Les développements seront centrés sur la défense à titre subsidiaire lorsqu'elle est susceptible d'aboutir. Une défense à titre principal ayant peu de chance de convaincre le juge sera la plus brève possible. (+)

Parmi les droits et libertés invoqués figure souvent le principe d'égalité, dans ses diverses déclinaisons.

Le mémoire se référera alors à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en mentionnant sa décision pertinente la plus récente. Le Conseil constitutionnel indique en effet de façon constante, depuis la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 que « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.* ».

La défense suivra le raisonnement suivant :

1/ Exposer l'objet de la loi et établir le rapport direct entre cet objet et la différence de traitement décidée par le législateur,

2/ En démontrant :

- soit la différence objective des situations dans lesquelles se trouvent les catégories de personnes traitées de façon différenciée par la loi,
- soit l'intérêt général ayant conduit le législateur à mettre en place un tel traitement différencié. (f)

Si le moyen soulevé est insuffisamment étayé, le mémoire indiquera que le moyen n'est pas assorti de précisions suffisantes pour permettre au juge d'en apprécier le sérieux⁸¹.

⁸¹ CE 9 juillet 2010 SARL Veneur, n° 340142.

ANNEXE : EXEMPLE DE PLAN-TYPE DE DEFENSE POUR UNE QPC SOULEVEE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

ATTENTION – REMARQUES GENERALES

Le mémoire en défense communiqué au Conseil d'Etat reprendra, en les développant si nécessaire, les arguments présentés devant le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel.

Il s'appuiera sur les décisions antérieures du Conseil d'Etat et sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le mémoire sera synthétique et formulé avec des phrases courtes et simples.

Introduction

Exemple de rédaction

- Si le Conseil d'Etat est directement saisi de la QPC :
« Par lettre du ..., le Conseil d'Etat a adressé au Ministre pour observations, une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions suivantes : Cette transmission appelle les observations suivantes. »
- Si la saisine provient d'une juridiction du fond :
« Par lettre du ..., le Conseil d'Etat a adressé au Ministre pour observations, la décision de [mentionner la juridiction du fond] transmettant à votre Haute Assemblée une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions suivantes : Cette transmission appelle les observations suivantes. »

Faits et procédure

I. Rappel des faits et de la procédure

Rappel succinct, et rectification d'éventuelles erreurs ou inexactitudes de la requête.

Recevabilité de la QPC

II. Les conditions définies par la Constitution et par l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 pour poser une QPC ne sont pas remplies, la QPC est donc irrecevable

Présentation de la disposition législative contestée.

II.1. La QPC est constitutive d'une demande nouvelle irrecevable.

II.2. La disposition contestée [référence de la disposition] n'est pas une disposition législative.

Par exemple, c'est une disposition réglementaire.

Exemple de rédaction

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité « 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 ». La création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a pour objectif de purger l'ordre juridique de dispositions de nature législative qui seraient inconstitutionnelles. Elle ne saurait s'appliquer à des dispositions de nature réglementaire. Il n'y a donc pas lieu de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel. »

II.3. La disposition législative contestée [référence de la disposition] n'est pas susceptible de porter atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution.

Par exemple, il s'agit d'une loi de ratification d'un engagement international

II.4. Le principe ou la règle de niveau constitutionnel [indiquer le principe ou norme invoqué] à laquelle la disposition contestée [référence de la disposition] porterait atteinte ne fait pas partie des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Par exemple, le CC a déjà écarté la règle invoquée (dans ce cas citer la décision pertinente).

Exemple de rédaction

En cas d'invocation d'un OVC :

« Le requérant prétend que la disposition attaquée porte atteinte à ... [citer l'OVC invoqué], qui est un objectif de valeur constitutionnelle et non un principe constitutionnel. Or, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits substantiels. En l'espèce, [l'OVC invoqué] ne s'adresse pas aux individus mais au législateur et n'est pas d'application directe. C'est ce raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à écarter la possibilité d'invoquer l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans sa décision QPC n° 2010-4/17 du 22 juillet 2010 M. Alain C. et autres. Il n'est donc pas pertinent d'invoquer la méconnaissance de [citer l'OVC invoqué] à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

En tout état de cause, les dispositions contestées ne méconnaissent pas cet objectif ».

Exemple de rédaction

En cas d'invocation de la méconnaissance de sa compétence par le législateur :

« Dans sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark, le Conseil constitutionnel a précisé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence [ou la méconnaissance du partage de compétences entre la loi et le règlement] ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or, en l'espèce, le requérant ne démontre pas l'atteinte portée à un droit ou à une liberté. »

II.5.1. La QPC doit être soulevée contre une disposition législative et ne saurait contester la constitutionnalité d'un acte international.

II.5.2. Le moyen de la violation du droit international ou européen [préciser la norme invoquée] n'est pas recevable dans le cadre d'une QPC.

Par exemple, la violation du droit communautaire ou de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est invoquée.

Examen des conditions de renvoi au Conseil constitutionnel posées par les articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance de 1958.

III. Les conditions de renvoi au Conseil constitutionnel posées par l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne sont pas remplies.

Si la condition n'est pas remplie

III.1. La disposition contestée [référence de la disposition] n'est pas applicable au litige ou à la procédure ou ne constitue pas le fondement des poursuites.

Par exemple, la disposition n'a pas été appliquée par l'administration au requérant, ni été invoquée par les parties dans le litige au fond.

Si la condition n'est pas remplie

III.2. La disposition contestée [référence de la disposition] a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision [référence de la décision] du Conseil constitutionnel.

Si les conditions d'applicabilité au litige et

« Les deux premières conditions n'appelant pas d'observation, seule la troisième,

d'absence de déclaration antérieure de conformité à la constitution sont remplies

tenant au caractère nouveau ou sérieux de la question fera l'objet de développements. »

III.3. La question n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux.

III.3.1. La QPC n'est pas nouvelle.

« Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a précisé que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ».

En l'espèce, le requérant soulève la question de la conformité de l'article [disposition critiquée] à [citer le principe constitutionnel invoqué]. Or, le Conseil constitutionnel a déjà précisé les conditions de mise en œuvre de ce principe [mentionner des décisions pertinentes du Conseil] »

III.3.2. La QPC ne présente pas un caractère sérieux.

Démontrer l'absence de caractère sérieux du moyen à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le moyen est inopérant

Le moyen est infondé

« Pour l'ensemble de ces motifs, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel cette question prioritaire de constitutionnalité. ».

Exemple de rédaction

Conclusion

Exemple de rédaction

Annexe 6

Tableau n° 1

Les divergences constatées dans les appréciations des caractères sérieux et nouveau dans le filtrage réalisé par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat

Annexe 6

Tableau n° 1

Les divergences constatées dans les appréciations des caractères sérieux et nouveau dans le filtrage réalisé par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat

	Conseil d'Etat	Cour de cassation
Volume du contentieux différent	<p>Comme le montrent les tableaux de jurisprudence établis, sur les deux premières années, le volume de QPC filtré par les juridictions administratives est bien moindre que celui pris en charge par les juridictions de l'ordre judiciaire.</p> <p>Sur la période considérée (mars 2010-décembre 2011), 368 arrêts ont <u>été rendus</u> par le Conseil d'Etat, saisi directement (200 arrêts, soit 54 % du total) ou sur renvoi d'une juridiction inférieure en 2^e filtrage (168 arrêts).</p> <p>Soit environ 1/3 de la masse des QPC que la Cour de cassation a eut à traiter.</p> <p>NB : Le nombre des arrêts de filtrage de QPC rendu par le Conseil n'est pas identique au nombre des QPC <u>soulevées devant lui</u>.</p>	<p>Malgré les difficultés dénoncées dans les premiers mois de la question prioritaire de constitutionnalité, le contentieux en ces lieux a été particulièrement important. La Cour de cassation a enregistré pas moins de 1029 questions prioritaires de constitutionnalité entre le 1^{er} mars 2010 et le 31 décembre 2011. Ce chiffre masque cependant une spécificité : le cas des contentieux sériels autrement dit, les hypothèses dans lesquelles une question prioritaire de constitutionnalité identique a été transmise plusieurs fois à l'une des chambres de la Cour de cassation. Cela a notamment été flagrant devant la Chambre criminelle (la garde à vue, par exemple) et la Chambre commerciale (la contestation de l'article 164, IV, de la LME du 4 août 2008, de l'article L 16 B du Livre des procédures fiscales ou de l'article 266 sexies et septies du code des douanes) de la Cour de cassation.</p>

Taux de transmission différent	<p>Le taux de transmission Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel est d'environ 30%</p> <p>Il ne semble pas possible de différencier le taux de transmission selon les sections ou sous-sections concernées.</p>	<p>Le taux de transmission de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel est d'environ 10 %. Ce taux est variable selon les Chambre de la Cour de cassation encore que cette variabilité dépende en grande partie d'autres facteurs :</p> <ul style="list-style-type: none">• l'initiative des justiciables plus ou moins marquée selon les domaines : la question prioritaire est laissée à l'initiative des parties au procès. Partant, elle ne peut en aucun cas résulter d'une initiative du juge et ce, alors même que la question prioritaire lui semble pertinente. A ce titre, il ne peut suggérer aux parties à l'instance de soulever une question prioritaire (ex. Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 2011, n° 11-40.011, l'opportunité d'une question prioritaire de constitutionnalité a été débattue par le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Tours qui a précisé sa formulation et ordonné la réouverture de l'instruction afin que les parties puissent s'exprimer sur l'opportunité de saisir la Cour de cassation. La Cour de cassation retient qu'« <i>il résulte de ces énonciations que la question a été soulevée d'office par le tribunal de sécurité sociale, peu important que l'une des parties l'ait ensuite reprise à son compte</i> » ; 10 mars 2011, n° 10-60.368).
---------------------------------------	---	---

- | | | |
|--|--|---|
| | | <ul style="list-style-type: none">• la pertinence et la précision de la question posée (Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.028 : <i>« attendu que la seconde question est irrecevable en ce qu'elle vise, d'une part, de manière très générale et imprécise « certains textes du Code de la sécurité sociale » »</i>).• le respect des formes imposées : l'écrit distinct et motivé (par exemple, Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 2011, n° 11-40.075), la représentation par un avocat au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation (par exemple, Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-60.417 et n° 10-60.368).• le respect des conditions d'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité : encore que les notions ne soient pas toujours délimitées précisément, il faut impérativement que la question porte sur « une disposition législative », qu'elle soit posée à l'occasion d'un litige et qu'elle soit fondée sur une atteinte à des |
|--|--|---|

		<p>droits ou libertés garantis par la Constitution. Ces conditions d'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité sont cumulatives. Partant, l'absence de l'une d'entre elles ferme définitivement la porte à cette procédure.</p> <p>Ex. les questions prioritaires de constitutionnalité qui visent directement des dispositions réglementaires (Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075) ou indirectement, sous couvert de dispositions législatives (Cass. 2^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-25.124 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, 10-23.207 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-14.490) ne sont pas examinées.</p> <p>Ex. : les questions prioritaires de constitutionnalité qui visent directement la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075 ; 12 mai 2011, n° 11-40.006 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.028 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.038, 11-40.039, 11-40.040 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, n° 10-40.061 ; 24 septembre 2010, n° 10-40.24 ;</p>
--	--	---

		<p>Cass. 1^{ère} civ., 9 février 2011, n° 10-40.059) ne sont pas examinées.</p> <p>pour les instances en cours au moment de l'entrée en vigueur de la réforme opérée par la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité, les juges doivent par ailleurs apprécier l'utilité de la réouverture du procès pour l'examen de la question.</p>
<p>Approche inverse privilégiée pour la justification du caractère sérieux ou nouveau</p>	<p>Alors que la Cour de cassation procède parfois par affirmation, suivies d'explications, le Conseil d'Etat, à l'inverse, commence par l'analyse des dispositions en présence, pour finalement conclure au sérieux, à l'absence de sérieux ou à la nouveauté de la QPC.</p>	<p>La Cour de cassation commence généralement par affirmer le résultat de l'examen de la condition de sérieux pour ensuite développer les arguments qui viennent au soutien de sa conclusion. Autrement dit, elle développe un argumentaire inverse du syllogisme juridique.</p> <p>Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, n° 11-40.003 :</p> <p><i>« Et attendu que la question posée <u>ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi tel qu'il est consacré par le Conseil constitutionnel, ni à la liberté du travail dès lors que la conversion de la pension d'invalidité en pension de vieillesse ne fait pas obstacle à l'exercice d'une activité professionnelle, et en ce que, d'autre part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu</u></i></p>

que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Ex. : Cass. 3^{ème} civ., 25 novembre 2010 :

« Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, d'abord, la disposition législative attaquée n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires dont le bail est soumis à la loi du 1er septembre 1948, qui tous bénéficient des mêmes règles de mise en oeuvre de la clause résolutoire, qu'ensuite le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes de sorte que ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi le fait qu'à des baux soumis à des régimes juridiques différents pour des raisons objectives tenant, notamment, à la date de construction de l'immeuble, ne soient pas appliquées des règles identiques ».

Cass. ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-14.749 :

« la question soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat

d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution »

Cass. Ass. plén., 15 juill. 2010 (2 arrêts), n° 09-17.492, n° 10-40.012 :

« la question posée présente un caractère sérieux au regard des droits et libertés que la Constitution garantit ».

Ce n'est que dans de rares hypothèses qu'elle se conforme au syllogisme juridique. *Cf. supra*

Cass. com., 16 déc. 2011, n° 11-40.082 et Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-25.570 :

« si le but de l'article L. 624-6 du code de commerce est d'intérêt général comme tendant à l'apurement du passif, le moyen utilisé, consistant, non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné au texte, en privant le conjoint du débiteur de tout droit réel sur le bien litigieux ; que la question posée présente donc un caractère sérieux au regard du principe de protection du droit de propriété ».

		<p>Cass. Ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-60.189 :</p> <p><i>« le moyen tiré de ce que les dispositions critiquées, en ce qu'elles régissent la représentativité des organisations syndicales catégorielles et inter-catégorielles, méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, soulève une question qui <u>présente un caractère sérieux</u> ».</i></p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.074 :</p> <p><i>« Et que les dispositions législatives critiquées <u>ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant la loi, en assortissant la pension prévue aux articles L. 351-1 et L. 351-8 du Code de la sécurité sociale d'une majoration lorsque le conjoint à charge n'est pas bénéficiaire d'un avantage au titre d'une législation de sécurité sociale, ni les dispositions de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale.</u></i></p> <p><i><u>D'où il suit que la question ne présente pas un caractère sérieux et qu'il n'y a donc pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».</u></i></p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, n° 10-27.172 :</p> <p><i>« Et attendu qu'eu égard à l'obligation d'information de l'employeur par la caisse lors de la reconnaissance</i></p>
--	--	---

		<p><i>du caractère professionnel de l'accident et au fait que l'employeur a la possibilité de solliciter une expertise judiciaire devant une juridiction de sécurité sociale lorsqu'il entend contester un élément d'ordre médical relatif à l'état de santé de la victime, <u>les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux au regard des principes de droit à un recours effectif au juge, d'égalité des droits des parties et d'égalité devant les charges publiques</u> »</i></p> <p>Cass. soc., 18 janv. 2011, n°10-40.054</p> <p><i>« Attendu que les dispositions légales qui réservent aux organisations syndicales le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ; que cette question ne peut dès lors être regardée comme <u>présentant un caractère sérieux</u> ».</i></p>
<p>Régularité dans l'effort de motivation</p>	<p>Si le volume des QPC traité et la division par chambres, à la Cour de cassation, peut induire des différences dans l'effort et l'intensité de la motivation, les arrêts du Conseil d'Etat réservent moins de surprise : il n'y a pas de variation significative selon les périodes, les domaines ou les auteurs des QPC. La seule variation constatable correspond à la différence de motivation des arrêts de transmission ou de non transmission.</p>	<p>La motivation des arrêts de la Cour de cassation est un aspect particulièrement important en ce qu'il permet de mettre en évidence le degré d'appropriation du filtrage ainsi que les éléments pris en compte dans l'appréciation des conditions de sérieux et de nouveauté. Plus généralement, la motivation donne accès à l'argumentaire de la Cour de cassation. Dans la majorité des cas, la Cour de cassation motive ses arrêts (de transmission ou de non transmission).</p> <p>Cass. crim., 23 novembre 2010, n° 10-86.067 :</p>

« Attendu que les articles contestés du code de procédure pénale, tels qu'ils sont interprétés par la chambre criminelle, garantissent l'accès effectif au juge et les droits de la défense dès lors que le président de la chambre de l'instruction, saisi de la requête à laquelle le juge d'instruction n'a pas répondu, doit rendre une décision motivée en cas de non-saisine de la chambre de l'instruction, cette décision étant susceptible d'être censurée en cas d'excès de pouvoir et la question de la prescription de l'action publique pouvant toujours être soulevée devant le juge du fond ; que les griefs formulés à l'encontre de chacun des articles contestés sont donc mal fondés ; Attendu qu'en conséquence, la question posée ne revêt pas un caractère sérieux ».

Cass. crim., 28 juin 2011, n° 11-90.052 :

« Et attendu que la question posée ne revêt pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés ne méconnaissent pas le principe de la légalité des délits et des peines en posant une exception au principe de la prohibition des loteries ; que cette exception est clairement définie par l'article 6 de la loi du 21 mai 1836, qui fait référence aux lotos traditionnels, organisés dans un cercle restreint, uniquement dans un but social, culturel, scientifique, éducatif, sportif ou d'animation sociale et se caractérisant par des mises de faible valeur ; que cette exigence ne présente pas de complexité particulière ; qu'il est ainsi permis au justiciable de connaître le

comportement prohibé et au juge de remplir son office ; ».

Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, n° 10-16.184 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que le dispositif ainsi mis en oeuvre, destiné à garantir le plus large accès aux produits d'assurance en permettant au souscripteur, pour profiter d'une concurrence accrue dans le cadre d'un marché unique de l'assurance, d'obtenir les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à ses besoins, répond à un objectif de protection du consommateur ; que le législateur a pu sans méconnaître l'étendue de ses pouvoirs renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de préciser les détails des modalités suffisamment définies par lui ; que si le défaut de remise des documents et informations entraîne de plein droit la prorogation du délai de rétractation, l'assureur peut à tout moment faire courir ce délai en respectant ses obligations ; que la restitution par l'assureur de l'intégralité des sommes versées par le souscripteur ayant usé de son droit de renonciation présente un caractère effectif, proportionné et dissuasif, sans porter atteinte aux dispositions constitutionnelles invoquées ; ».

Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, n° 11-40.003 :

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, les dispositions

contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi tel qu'il est consacré par le Conseil constitutionnel, ni à la liberté du travail dès lors que la conversion de la pension d'invalidité en pension de vieillesse ne fait pas obstacle à l'exercice d'une activité professionnelle, et en ce que, d'autre part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; ».

Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, n° 11-40.006 :

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, de première part, les limites apportées au droit de propriété avant l'intervention d'un juge, sur le fondement de la copie exécutoire d'un acte notarié, n'emportent pas privation de ce droit et sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi, en ce que, de deuxième part, le débiteur dispose d'un recours effectif et d'un droit à un procès équitable dès lors qu'il peut remettre en cause devant le juge de l'exécution l'acte notarié exécutoire dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate et obtenir réparation du dommage causé par la mesure d'exécution, et en ce que, de troisième part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il

		<p>déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; ».</p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 28 septembre 2011, n° 11-13.879</p> <p>« Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, la règle du plafonnement ne s'applique pas lorsque les parties l'ont exclue de leurs prévisions contractuelles ou ont pu s'accorder sur le montant du loyer du bail renouvelé, et, par suite, ne porte atteinte ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle, d'autre part, le loyer plafonné étant le loyer initialement négocié augmenté de la variation indiciaire si l'environnement du bail est demeuré stable, il ne résulte de l'application de la règle ni atteinte ni dénaturaison du droit de propriété ; ».</p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 2011, n° 10-25.923 :</p> <p>« Mais attendu que les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux, d'une part, en ce que le juge de l'expropriation ne peut prononcer l'ordonnance portant transfert de propriété qu'au vu d'un arrêté portant déclaration d'utilité publique et d'un arrêté de cessibilité exécutoires et donc après qu'une utilité publique ait été légalement constatée et, d'autre part, en ce que le juge doit seulement constater à ce stade, par une ordonnance susceptible d'un pourvoi en cassation,</p>
--	--	--

		<p><i>la régularité formelle de la procédure administrative contradictoire qui précède son intervention ».</i></p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 25 novembre 2010, n° 10-40.043 :</p> <p><i>« Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, d'abord, la disposition législative attaquée n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires dont le bail est soumis à la loi du 1er septembre 1948, qui tous bénéficient des mêmes règles de mise en oeuvre de la clause résolutoire, qu'ensuite le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes de sorte que ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi le fait qu'à des baux soumis à des régimes juridiques différents pour des raisons objectives tenant, notamment, à la date de construction de l'immeuble, ne soient pas appliquées des règles identiques ; ».</i></p> <p>Rares sont les arrêts qui procèdent par pure affirmation, ceux-ci concernant généralement l'appréciation du caractère sérieux (cf. <i>supra</i>).</p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017 et 11-40018 :</p> <p><i>« la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués ».</i></p>
--	--	--

Cass. 3^{ème} civ., 28 septembre 2011, n° 11-14.363 :

« Que la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués ; »
(disposition critiquée : Les articles 4 et 5 de l'Edit du 16 décembre 1607 réglant les fonctions et droits des offices du grand voyer et les dispositions qui les ont modifiés, devenus les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la voirie routière).

Cass. crim., 31 mai 2010, n°05-87745 09-86381 10-81098 10-90001 10-90002 10-90003 10-90004 10-90005 10-90006 10-90007 10-90008 10-90009 10-90010 10-90011 10-90012 10-90013 10-90014 10-90015 10-90016 10-90017 10-90018 10-90019 10-90020 10-90023 10-90024 10-90028 :

« Que les questions posées présentent un caractère sérieux en ce qu'elles concernent la garantie de la liberté individuelle et des droits reconnus à la défense »

Ex. : Cass. com., 7 déc. 2010, n° 10-40.044 :

« la question posée présente un caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe d'égalité devant les charges publiques et l'impôt ».

Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2011, 10-40056 : qui retient simplement que « *(Mais attendu qu') au regard de l'article 1^{er} de la Chartes de l'environnement, la question, qui porte sur l'application d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application, est nouvelle* ».

Cass. soc., 18 janv. 2011, n°10-40.054 :

« *Attendu que les dispositions légales qui réservent aux organisations syndicales le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ; que cette question ne peut dès lors être regardée comme présentant un caractère sérieux* ».

Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075 :

« *Mais attendu que la question de la conformité à la Constitution des articles L. 412-8, 8°, et L. 413-12, 2°, du code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du droit d'agir en responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du principe constitutionnel d'égalité* ».

Il reste que l'affirmation doit être nuancée, la motivation variant en intensité selon la nature de l'arrêt,

		<p>la condition contrôlée, le nombre de droits et libertés invoquées, la Chambre saisie, le moment d'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, etc.</p>
<p>Rigueur et précision dans la référence aux principes constitutionnels – I</p> <p><i>Précision des sources constitutionnelles des principes invoqués et utilisés pour l'appréciation</i></p>	<p>Le Conseil d'Etat se montre régulier, précis et rigoureux dans la référence aux principes invoqués par les requérants et mis en balance dans le cadre de l'appréciation du sérieux ou de la nouveauté de la QPC.</p> <p>Ainsi, il précisera sans confusion ni approximation si le principe invoqué ressortit de la catégorie des PFRLR, des PPNNT, des principes à valeur constitutionnelle ou s'il constitue seulement un objectif à valeur constitutionnelle.</p> <p>A propos de la liberté individuelle, il précisera le fondement retenu (art 2 DDHC, art 66 C...).</p> <p>Il prendra généralement la peine de préciser explicitement la nature, la source exacte, l'intitulé des principes invoqués, ce qui résulte de son expérience en matière de contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, et de sa parfaite connaissance du droit et du contentieux constitutionnel.</p> <p>CE n° 346785 du 9 mai 2011 :</p> <p><i>« considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2,4, et 17 de la DDHC ; qu'aux termes de son art 17 : « », « qu'en</i></p>	<p>Dans le cadre du contrôle de la troisième condition, la Cour de cassation adopte des attitudes variables :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elle peut tout d'abord viser précisément les droits et libertés invoqués auxquels elle associe parfois les textes constitutionnels, témoignant ainsi d'une certaine rigueur à l'égard des normes constitutionnelles invoquées. <p>Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40075 qui retient le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité <i>« au regard du droit d'agir en responsabilité qui découle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du principe constitutionnel d'égalité »</i> alors que la question prioritaire de constitutionnalité, plus précise, visait notamment le principe de responsabilité découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 et le principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution et aux articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.</p> <p>Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40038, n° 11-40039, n° 11-40040 <i>« Que la question posée présente</i></p>

l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins des art. 2 et 4 de la DDHC que les limites apportées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionné à l'objectif suivi »

CE n° 342947 du 15 novembre 2010 :

« dès lors, ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine résultant du préambule de la Constitution de 1946 et aux principes résultant du dixième alinéa du même préambule ;

Il sera également attentif à l'existence ou la reconnaissance effective des principes constitutionnelles invoqués, constatant l'inexistence du principe, ou transmettant au Conseil constitutionnel la question de leur existence en cas de doute :

CE n° 350385 du 3 septembre 2011 : *« que le moyen tiré de ce qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République impliquerait que des règles de prescription soient prévues en matière disciplinaire soulève une question nouvelle »*

un caractère sérieux en ce qu'en conduisant à traiter différemment les entreprises qui reprennent des établissements selon que les exploitants précédents avaient ou non exposé leurs salariés au risque de l'amiante sans que cette différence de traitement n'apparaisse manifestement en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit, elle est susceptible de porter atteinte aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, et à la liberté d'entreprendre garantis par les articles 1er, 4, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 ; » alors que la question prioritaire visait les principes d'égalité devant la loi, de sécurité juridique, de qualité de la loi quant à sa forme et son domaine et la liberté d'entreprendre sans déterminer les fondements textuels.

Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 9 novembre 2011, n° 11-40.074 : *« Que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'organisant, sans l'intervention d'un juge, une suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, affectant, dans leur substance même, les droits des créanciers, privés de tout recours, les dispositions législatives critiquées sont susceptibles de porter atteinte au droit du créancier à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 »,* la question prioritaire de constitutionnalité arguant d'une atteinte aux droits et libertés garanties par les article 2, 4, 7, 16 et 17 de la Déclaration des droits

Il rejettera également des questions faute de précision quant aux principes constitutionnels invoqués, leur source, leur nature et leur intitulé, refusant de se contenter d'une vague référence au « principe de la séparation des pouvoirs », non assorti de l'article (de la DDHC) de référence.

CE n° 340142 du 9 juillet 2010 : « *Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que ces dispositions seraient contraires au principe de la séparation des pouvoirs n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le caractère sérieux* »

* On note cependant quelques contre-exemples, dans lesquels le Conseil d'Etat apparaît moins précis dans la référence aux principes utilisés pour porter son appréciation et le rappel de leur source exacte. Mais, généralement, il s'agit de cas où la transmission sera refusée pour défaut de sérieux...

CE n° 337910 du 18 juin 2010 :

« *Considérant, enfin, qu'en égard à l'objet du dispositif institué par les articles mentionnés plus haut du code de*

de l'homme et du citoyen de 1789 et 55 de la Constitution de 1958.

- Elle se réfère parfois de façon très générale aux droits et libertés invoqués sans les identifier tant dans leur contenu que dans leur fondement textuel. Parfois elle ne fait mention que du droit ou de la liberté invoqué sans en préciser la nature ou le fondement textuel.

Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-14490 : « *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la disposition contestée qui pose les règles applicables à l'assistance et à la représentation des parties devant les juridictions de sécurité sociale, ne porte pas, en elle-même, atteinte aux principes de valeur constitutionnelle invoqués et que les critiques énoncées ne tendent en réalité qu'à discuter la conformité à la Constitution des dispositions de l'article R. 143-26 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction alors applicable, qui sont des dispositions réglementaires ne pouvant, en tant que telles, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité* » alors que la question prioritaire de constitutionnalité visait les « droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement au « principe d'égalité devant la justice, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au

la construction et de l'habitation, le moyen tiré de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient le droit au logement [?] ne saurait, en tout état de cause, être regardé comme sérieux ; »

CE n° 342161 du 24 septembre 2010:

« que ces dispositions n'introduisent ainsi, par elles-mêmes, aucune rupture d'égalité dans la reconnaissance du caractère professionnel des maladies entre les personnes relevant des différentes législations mentionnées ci-dessus ; qu'elles ne portent pas davantage atteinte au droit à la protection de la santé [?] »

droit à un recours effectif devant une juridiction et au respect des droits de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'au principe, garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel tout être humain qui, en raison de son état physique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017 et 11-40018 :
« la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués », la question prioritaire de constitutionnalité invoquant successivement les « droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation, au droit de mener une vie familiale normale et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement ».

- Parfois elle ne fait mention d'aucune norme constitutionnelle et se limite à apprécier le caractère sérieux ou nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cass. 2^{ème} civ., 9 septembre 2010, n° 10-12.732 : *« Et attendu que la question posée ne présente pas un*

caractère sérieux en ce que l'article 4 (loi du 5 juillet 1985) répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes conductrices fautives d'accidents de la circulation, et ne permet, en rapport avec l'objet de la loi qui poursuit notamment un but d'intérêt général, de limiter ou d'exclure leur indemnisation que lorsque le juge constate l'existence d'une faute de leur part ; » alors que la question prioritaire de constitutionnalité visait le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques proclamé par l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Cass. 2^{ème} civ., 5 octobre 2010, n° 10-14.091 : « *Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le dé plafonnement du prix du bail renouvelé, lorsque le bail à renouveler a duré plus de 12 ans par l'effet de sa tacite reconduction, n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les preneurs à bail commercial qui, tous, peuvent demander, à l'expiration de leur bail d'une durée contractuelle de 9 ans, son renouvellement et ainsi ne pas laisser le bail se proroger tacitement plus de 12 ans* », alors qu'était invoqué dans la question prioritaire de constitutionnalité que les dispositions de l'article L. 125-34 du Code de commerce étaient contraires au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques.

Cour de cassation opère parfois un simple contrôle de la dénaturation : Cass. 3^{ème} civ., 13 juillet 2011, n° 11-11.072.

La Cour de cassation peut aussi développer, dans certain cas, des motivations tout à fait atypiques.

Cass. crim., 8 juillet 2010, n° 10-80.764 : *« la question tend en réalité non à contester la constitutionnalité des dispositions critiquées, mais une interprétation éventuelle de celles-ci par les juridictions ; qu'elle ne présente pas dès lors de caractère sérieux ».*

Cass. crim., 20 juillet 2011, n° 11-83.938 : *« la question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, en ce qu'en réservant à la personne mise en examen ou à son avocat la faculté de solliciter la publicité des débats, la disposition contestée ne porte atteinte ni au droit de la partie civile à l'égalité devant la justice ni plus généralement à son droit à un procès équitable dès lors que, durant l'information, la personne mise en examen et la partie civile se trouvent placées dans des situation différentes au regard, notamment, de la présomption d'innocence et des appréciations portées par l'opinion publique, qui justifient une différence de traitement devant la chambre de l'instruction ».*

		<p>Cass. crim., 22 sept. 2011, n° 10-82.148 : « <i>la question posée ne présente pas un caractère sérieux, l'article 1741, alinéa 1er, du code général des impôts étant <u>suffisamment précis en ce qu'il incrimine toute autre manière frauduleuse, visant ainsi tout procédé tendant à se soustraire intentionnellement à l'établissement et au paiement de l'impôt</u></i> ».</p> <p>La réserve de la Cour de cassation à l'égard des normes constitutionnelles invoquées notamment quant à leur nature exacte trouve peut-être son origine dans la nécessité bien moins prégnante que représente pour son office de juge l'appréhension de chacune des normes constitutionnelles, de leur contenu, etc. En effet depuis fort longtemps, la Cour de cassation se refuse à tout contrôle de constitutionnalité (Cass. crim., 11 mai 1833, S. 1833, 1 357 ; Cass. crim., 2 mai 1988, n° 87-84.556 ; Cass. crim. 20 décembre 1994, Bull. crim., n° 424 ; Cass. crim., 29 mars 2000, Bull. crim., n° 146 ; Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-85.102 ; Cass. crim., 5 novembre 2002, n° 01-88.461 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 2007, n° 07-82.353 ; Cass. 3^{ème} civ., 9 octobre 1973, n° 73-10.439 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2004, Bull. civ. I, n° 136). Partant, la rigueur que la Cour de cassation peut développer à l'endroit de la norme constitutionnelle est fonction de l'utilisation qu'elle est amenée à en faire. Dans le cadre du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, elle doit</p>
--	--	--

		<p>s'assurer que la norme constitutionnelle satisfait les conditions d'ouverture posées par la loi organique. Autrement dit, elle doit s'assurer qu'il s'agit bien de « droits et libertés », qu'ils sont garantis par la Constitution. Ensuite, elle doit pouvoir apprécier l'atteinte que la disposition critiquée est susceptible de leurs porter. Partant, l'enjeu pour elle est sans doute beaucoup moins sensible que pour le Conseil d'Etat.</p>
<p>Rigueur et précision dans la référence aux principes constitutionnels - II</p> <p><i>Participation active à la détermination des « droits et libertés garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1 C et de la LO du 10 décembre 2009 (NB : afin de déterminer le sérieux du moyen et non de déterminer la recevabilité de la QPC)</i></p>	<p>* Le Conseil d'Etat participe activement au processus de reconnaissance de celles des dispositions constitutionnelles qui peuvent être invoquées à l'appui d'une QPC parce que porteuses de « droits et libertés garantis par la Constitution » au sens de l'article 61-1 C et de la LO du 10 décembre 2009.</p> <p>CE n° 340028 du 19 juillet 2010 : « que la question de la conformité de ces dispositions aux droits et libertés garantis par la Constitution, et <u>notamment au quatrième alinéa de son article 72-2</u> selon lequel toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi et qui institue un droit au sens de l'article 61-1 de la Constitution, présente un caractère sérieux ».</p> <p>* Au contraire, le Conseil d'Etat peut refuser d'inclure certains principes au nombre des « droits et libertés garantis par la Constitution » au sens de l'article 61-1 C et de la LO du 10 décembre 2009.</p>	<p>Dans l'ensemble, la Cour de cassation reprend les droits et libertés invoqués par les parties dans leur question prioritaire de constitutionnalité. Lié par le contenu de la question, elle ne s'en échappe généralement pas pour soulever des normes constitutionnelles non invoquées. De même, elle retient en règle générale la qualification de la norme constitutionnelle retenue par les parties. Sur ce point, elle ne semble en effet exercer aucun contrôle de la qualification. Tout au plus vérifie-t-elle qu'il s'agit bien de droits et libertés et qu'ils sont bien garantis par la Constitution. Elle peut procéder à cette vérification de deux façons différentes. Tout d'abord, et c'est semble-t-il le procédé le plus usité, elle peut vérifier la pertinence de la norme constitutionnelle dans le cadre de l'examen des conditions d'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans ce cas, si la norme constitutionnelle invoquée ne satisfait pas les exigences posées, la question prioritaire de constitutionnalité sera déclarée irrecevable.</p> <p>Ainsi la Cour de cassation refuse-t-elle d'examiner la recevabilité de la question prioritaire de</p>

	<p>Il refuse, par exemple, d'admettre le principe de sécurité juridique en tant que « droit et libertés » garanti au sens de l'article 61-1 C, alors qu'il admet le moyen tiré du manque de garanties légales suffisantes assurées pour protéger le principe de libre administration des collectivités territoriales (CE n° 343800 du 17 décembre 2010)</p> <p>CE n° 345288 du 2 mars 2011 : « <i>si la libre concurrence peut être une exigence, notamment pour garantir le respect du principe d'égalité ou de la liberté d'entreprendre, elle n'est pas en elle-même au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution au sens...</i> »</p> <p>CE n° 335584 du 10 juin 2011 : « <i>Si l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité des loi qui découle des art 4,5,6 et 16 DDHC s'impose au législateur (...), sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une QPC</i> » (voir aussi CE n° 341063 ou n° 339200)</p> <p>CE n° 343993 du 23 décembre 2010 : Le principe de péréquation financière entre collectivités territoriales n'est pas un droit ou liberté garanti par la Constitution</p> <p>CE n° 330734 du 15 septembre 2010 : « Le principe de l'organisation décentralisée de la République (art 1 C) n'est pas un droit ou liberté »</p>	<p>constitutionnalité lorsque sont invoquées à son soutien des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen (Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40075 ; 12 mai 2011, n° 11-40006, Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, n° 10-40061). Cet examen conduit la Cour de cassation à conclure à l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité et ne participe pas de l'examen de son sérieux.</p> <p>La Cour de cassation peut aussi participer à la délimitation du champ des droits et libertés garantis dans le cadre du caractère sérieux. C'est notamment le cas lorsqu'elle procède à l'examen du caractère sérieux, qu'elle le retienne ou non, dès lors qu'elle contrôle l'existence et la mesure d'une atteinte aux droits et libertés invoqués dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En procédant à ce contrôle, l'on peut penser qu'elle admet implicitement la pertinence de la norme constitutionnelle invoquée. Parfois sa participation se manifeste de façon plus explicite.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juillet 2011, n° 11-30013 : « <u>Attendu que la méconnaissance de l'étendue de ses attributions par le législateur qui délègue sa compétence au pouvoir réglementaire ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ;</u></p>
--	--	---

CE n° 347322 du 1 juillet 2011 : le principe d'indivisibilité de la République n'est pas par lui-même invocable au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution.

CE n° 326363 du 25 juin 2010 : « *qu'enfin, si M. A soutient que la disposition en litige porte atteinte au principe de confiance légitime et de non rétroactivité de la loi fiscale, ces principes ne sont pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution* » ;

CE n° 349988 du 28 juillet 2011 : « *les dispositions de l'article 14 DDHC sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui s'une QPC* »

CE n° 340492 du 15 juillet 2010 :

« Considérant que la REGION LORRAINE soutient que les dispositions de l'article 101 ...sont contraires au principe de sincérité budgétaire, au principe de non-rétroactivité de la loi et à l'objectif d'intelligibilité de la loi et qu'elles sont intervenues dans un domaine relevant de la compétence du pouvoir réglementaire en méconnaissance des articles 34 et 37 de la Constitution ;Considérant que le principe de sincérité des lois de finances n'est pas au nombre des droits et libertés

Et attendu qu'en renvoyant à la voie réglementaire, mise en œuvre sous la forme des articles 174 à 179 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui, précisant la procédure de règlement des contestations concernant le paiement et le recouvrement des honoraires des avocats, soumettent l'examen de ces contestations au bâtonnier de l'ordre des avocats du même barreau, élu par ses pairs et investi par la même loi de pouvoirs propres le plaçant dans une situation différente de celle des autres avocats inscrits au tableau, et qui est chargé en cette qualité dans le cadre imposé d'une procédure respectant, fût-ce de manière simplifiée, les principes directeurs du procès propres à la procédure civile judiciaire, de rendre sur la contestation de droits et obligations de caractère civil qu'il tranche, et dans un certain délai imposé qu'il peut proroger pour une durée limitée, une décision pouvant faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel, le texte contesté pourrait avoir ainsi autorisé la création par voie réglementaire d'une juridiction nouvelle ou d'un ordre de juridiction nouveau dont l'impartialité et l'indépendance sont susceptibles d'être mises en cause, de sorte que les griefs d'inconstitutionnalité de l'article 53-6° de la loi du 31 décembre 1971 pour méconnaissance par le législateur de l'étendue de ses attributions et délégation inconstitutionnelle de sa compétence au pouvoir réglementaire au regard de l'article 34 de la Constitution soulevés par la question ne paraissent pas manifestement dépourvus de caractère sérieux ;

*garantis par la Constitution, au sens de son article 61-1 ;
Considérant que la méconnaissance par le législateur du
domaine du règlement ne constitue pas, en tout état de
cause, une violation d'un droit ou d'une liberté garanti
par la Constitution au sens et pour l'application de cet
article et ne peut être invoquée à l'appui d'une question
prioritaire de constitutionnalité »;*

CE n° 332551 du 9 juillet 2010 Société Cofitem :
« *Considérant, en premier lieu, que les dispositions de
l'article 34 de la Constitution n'instituent pas, par elles-
mêmes, un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à
l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité
sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* » ;

*D'où il suit qu'il y a lieu de renvoyer la question
prioritaire de constitutionnalité au Conseil
Constitutionnel »*

Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-40064 :

*« Et attendu que la question posée ne présente pas un
caractère sérieux dès lors, d'une part, que, s'agissant
du principe d'unité territoriale de la France, elle
soutient que serait violé un principe qui ne peut être
invoqué à l'appui d'une question prioritaire de
constitutionnalité en ce qu'il ne met pas directement en
cause des droits et libertés garantis par la Constitution,
d'autre part, que la règle de la territorialité de la
postulation, qui ne fait que limiter le choix du défenseur
habilité à représenter le justiciable en justice, sans lui
interdire de désigner l'avocat plaidant de son choix, ne
porte pas atteinte aux droits de la défense ni au
principe d'égalité ;*

*D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au
Conseil constitutionnel ; »*

Elle peut aussi fonder son refus de transmission pour

absence de caractère sérieux en visant un objectif à valeur constitutionnelle.

Ex. : Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90.065

« Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée présente un caractère sérieux en qu'elle porte sur la compatibilité des modalités prévues par les textes visés pour protéger les secrets de la défense nationale avec les principes du droit à un procès équitable et de la séparation des pouvoirs ainsi qu'avec l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infractions ».

Ex. Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, n° 10-19.233

« Et attendu, d'une part, que le principe constitutionnel de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le principe du consentement à l'impôt énoncé à l'article 13 de la Déclaration ne revêtent pas le caractère d'une liberté ou d'un droit que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 de celle-ci », cette affirmation entrant dans cet arrêt, dans le cadre de l'examen du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité.

		<p>C'est aussi le cas des questions prioritaires de constitutionnalité qui invoquent l'obligation faite aux Etats de transposer des directives.</p> <p>Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2010, n° 09-68.755</p> <p>Dans cet arrêt la 2^{ème} Chambre civile examine de façon traditionnelle les conditions d'applicabilité au litige et d'absence de précédent. Puis elle énonce que :</p> <p><i>« Mais attendu, d'une part, que le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative avec les engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité</i></p> <p><i>Et attendu, d'autre part, que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne ne relève pas des droits et libertés que la Constitution garantit et ne saurait, par suite, être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ;</i></p> <p><i>D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ».</i></p> <p>Ce faisant parce qu'elle déclare qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel et parce qu'elle examine la question de l'obligation de transposition après les deux premières conditions de</p>
--	--	---

recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation semble rattacher cet examen à celui de la 3^{ème} condition.

Enfin dans certains cas, il semble particulièrement difficile de déterminer s'il y a une véritable volonté de la Cour de cassation de participer à l'identification de la norme constitutionnelle dans le cadre du contrôle du caractère sérieux.

Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017 et 11-40018 :

« la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués », la question prioritaire de constitutionnalité invoquant successivement les « droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation, au droit de mener une vie familiale normale et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement ». Ici la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation passe sous silence la mention d'un objectif à valeur constitutionnel tout en ne visant que les principes constitutionnels pour fonder le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cass. crim., 23 novembre 2010, n° 10-81.309 :

« Attendu que, toutefois, l'ordonnance de renvoi saisit le tribunal correctionnel, devant lequel sont assurés un accès effectif au juge et le respect des droits de la défense lors de débats publics à l'audience ; que, ne comportant aucune disposition définitive que le tribunal saisi de la prévention n'aurait le pouvoir de modifier, elle laisse entiers les droits du prévenu et ne rompt pas l'égalité des droits des parties devant la juridiction de jugement ».

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-81.827 :

« Et attendu que la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes du droit à un recours juridictionnel effectif, des droits de la défense et de l'égalité des armes entre les parties au procès pénal, dès lors que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, prise en application de l'article 146 du code de procédure pénale après disqualification des faits et statuant sur le maintien en détention provisoire de la personne mise en examen, intervient sans que l'intéressé ait eu connaissance, préalablement à cette décision, de l'ordonnance du juge d'instruction saisissant le juge des libertés et de la détention ainsi que des réquisitions du ministère public à ce sujet et n'est pas susceptible de recours en application de l'article 186 dudit code ».

Cass. crim., 20 juillet 2011, n° 11-83.194 :

« Et attendu que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux en ce que le délai imparti à la personne mise en examen, par la disposition législative contestée, qui est destiné à éviter une remise en cause tardive de l'information de nature à fragiliser la procédure, est justifié par l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, et alors qu'au surplus, d'une part, la chambre de l'instruction a le pouvoir de relever d'office tout moyen de nullité à l'occasion de l'examen de la régularité des procédures qui lui sont soumises, et, d'autre part, la personne mise en examen a toujours la faculté de discuter la valeur probante des pièces de la procédure devant la juridiction de jugement ; ».

Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90.065 :

« Attendu qu'en effet, selon les textes visés, l'autorité judiciaire n'est pas qualifiée pour accéder à des informations classifiées au titre du secret de la défense nationale, alors même qu'elle estime que leur connaissance serait nécessaire à la manifestation de la vérité ; que ladite autorité ne peut avoir connaissance de telles informations que sur décision ministérielle après avis consultatif d'une autorité administrative indépendante ; que l'autorité judiciaire ne peut pénétrer dans certains lieux classifiés qu'après leur déclassification ; qu'elle ne peut enfin procéder à des perquisitions dans ces lieux et dans ceux abritant des éléments classifiés qu'en présence du président de la

commission consultative du secret de la défense nationale, sans pouvoir prendre connaissance de ces éléments ».

Cass. crim., 4 janvier 2012, n° 11-90.106 :

« la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués et de l'incompétence négative alléguée à l'encontre du législateur dès lors que l'article L. 612-34 du code monétaire et financier règle les conditions relatives au mode de nomination ».

Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-82.312 :

« la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux dès lors que la rédaction des textes en cause est conforme aux principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pénale dont elle permet de déterminer le champ d'application sans porter atteinte au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ».

Cass. crim., 5 avril 2011, n° 10-88.079 :

« si l'illégalité de la procédure a été constatée par la juridiction répressive, cette règle est intelligible, qu'elle a été édictée dans le but d'intérêt général d'éviter que le déroulement des procédures pénales soit perturbé ; qu'elle n'instaure aucune inégalité entre les personnes et qu'elle ne porte pas atteinte au droit à un recours

effectif, la loi prévoyant des recours contre les actes de procédure pénale argués d'illégalité ».

La Cour de cassation participe parfois de façon moins évidente à la délimitation des droits et libertés garantis par la Constitution. Cette participation résulterait alors de l'exclusion de la mention d'une norme constitutionnelle invoquée dans la question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre du caractère sérieux.

Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017 et 11-40018 :

« la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués », la question prioritaire de constitutionnalité invoquant successivement les « droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation, au droit de mener une vie familiale normale et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement ». Ici la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation passe sous silence la mention d'un objectif à valeur constitutionnel tout en ne visant que les principes constitutionnels pour fonder le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90.089 :

« Et attendu que la question posée ne revêt pas un caractère sérieux dès lors que les textes précités ne

		<p><i>méconnaissent à l'évidence aucun des droits ou principes que la Constitution garantit ; que les droits de visite et de vérification exercés par les agents des douanes, sous le contrôle d'un juge, répondent, sans disproportion, aux objectifs de valeur constitutionnelle de lutte contre les fraudes transfrontalières et les atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne ».</i></p> <p>Cass. soc., 5 oct. 2011, n°11-40.053; 14 déc. 2011, n°11-40.073:</p> <p><i>« la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors qu'elle se fonde sur une atteinte non caractérisée au principe d'égalité devant la loi et sur la violation d'un principe de sécurité juridique non reconnu comme étant de valeur constitutionnelle ».</i></p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juillet 2011, n° 11-30.013 :</p> <p><i>« Attendu que la méconnaissance de l'étendue de ses attributions par le législateur qui délègue sa compétence au pouvoir réglementaire ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ».</i></p>
<p>Niveau de connaissance et précision des références</p>	<p>Le Conseil d'Etat est amené, dans l'appréciation du caractère nouveau ou sérieux de la QPC, à procéder à l'interprétation ou à l'explication de certains principes constitutionnels. Il y procède sans difficulté, valorisant</p>	<p>La Cour de cassation est parfois très rigoureuse dans l'utilisation des droits et libertés garantis par la Constitution.</p>

<p>principes constitutionnels III</p> <p><i>Rappel des principes et de leur contenu, voire interprétation et explication de ces principes à l'appui de l'appréciation du caractère sérieux</i></p>	<p>ainsi son expérience en matière de contrôle de constitutionnalité et sa parfaite connaissance du bloc de constitutionnalité et du contentieux constitutionnel.</p> <p>CE n° 347581 du 30 juin 2011 : à propos des articles 7,8, 9 DDHC, « <i>aucun principe ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative puisse prendre des sanctions dès lors qu'elles sont exclusives de toute peine privative de liberté</i> »</p> <p>CE n° 344766 du 4 mars 2011 « <i>vu leur objet et leur portée, les dispositions de l'art L 242 CJF n'affectent ni le principe de présomption d'innocence, ni l'exigence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties, tels que garantis par les art 9 et 16 DDHC</i> »</p> <p>C'est aussi le cas, dans de très nombreux arrêts, du principe constitutionnel d'égalité.</p> <p>CE n° 351890 du 9 novembre 2011 : « <i>Considérant, en deuxième lieu, <u>qu'en vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République</u>, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises par les autorités exerçant le pouvoir exécutif dans l'exercice des prérogatives de puissance publique ; que sont au nombre de ces décisions les déclarations d'utilité publique mentionnées aux articles L. 11-1 et L. 11-2 du code de l'expropriation pour cause</i></p>	<ul style="list-style-type: none">• Tout d'abord, au-delà de la mention de la norme constitutionnelle et de son fondement textuel, elle en rappelle le contenu. L'exemple le plus topique en ces lieux est encore le principe d'égalité. <p>Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-82.858 :</p> <p><i>« les dispositions contestées, qui permettent à un officier de police judiciaire de requérir de toute personne, de tout organisme, privé pu public ou de toute administration publique la remise de documents, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, supposent, pour être mises en oeuvre, une autorisation préalable du procureur de la République, <u>qui appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution</u>, ce qui est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ».</i></p> <p>Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90.067 :</p> <p><i>« la situation qu'elle expose, à savoir l'obligation qui est faite, par le texte critiqué à une personne, en apparence non suspectée d'avoir commis une infraction pénale, de comparaître pour être entendue en qualité de témoin, <u>est hors du champ d'application du principe</u></i></p>
---	--	---

d'utilité publique ainsi que les arrêtés de cessibilité mentionnés à l'article L. 11-8 du même code ; que le recours ouvert contre ces décisions devant le juge administratif revêt, bien qu'il n'ait pas d'effet suspensif de plein droit, un caractère effectif et ne méconnaît ni l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ;

CE n° 344445 du 17 février 2011 : « *Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ; qu'aux termes de l'article L. 130-1 du code de l'urbanisme (...) ; que ces dispositions, qui n'emportent aucune privation du droit de propriété mais se bornent à apporter des limites à son exercice, ne méconnaissent pas l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la*

constitutionnel du respect des droits de la défense qui a pour objet de garantir les droits du suspect ».

Cass. 3^{ème} civ., 24 mars 2011, n° 10-24.180 :

« Qu'au regard du principe selon lequel la loi ne doit établir que des peines évidemment et strictement nécessaires, la question de la constitutionnalité posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle concerne l'application de plein droit, à la suite d'une condamnation pénale, d'une interdiction professionnelle ;

D'où il suit qu'il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ; ».

Cass. com., 21 juin 2011, n° 11-40.015 :

« les dispositions de l'article L. 643-11 II du code de commerce, en ce qu'elles dérogent à la règle de la libération du débiteur ne portent pas atteinte à l'égalité entre débiteurs cautionnés, dont la situation, distincte de celle des débiteurs non cautionnés, peut justifier une différence de traitement dans l'intérêt des cautions, lesquelles, en l'absence de ce texte, supporteraient définitivement une dette dont le débiteur principal serait

préservation des espaces boisés ».

On note également quelques audaces et initiatives, en matière d'interprétation de principes constitutionnels :

CE n° 320667 du 16 avril 2010 Société Alcaly : « *que toutefois, il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'Etat est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ; Considérant, d'autre part, que ces mêmes articles n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'Etat à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux ; qu'ainsi, l'ASSOCIATION ALCALY et autres ne sauraient utilement soutenir qu'ils méconnaissent pour ce motif le droit à un procès équitable ; (...)* Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les questions de constitutionnalité invoquées ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux »

lui-même déchargé ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué ».

Cass. soc., 18 janv. 2011, n°10-40.054 :

les dispositions contestées « *ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle* ».

La Cour de cassation peut parfois marquer sa réserve vis-à-vis des notions sollicitées par les normes constitutionnelles et l'interprétation qui s'impose.

Cass. 2^{ème} civ., 3 février 2011, n° 10-17.148 :

« *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce qu'au regard du principe constitutionnel de la nécessité des peines, la disposition contestée, à supposer qu'elle soit une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est ni automatique ni disproportionnée, le montant du taux de l'intérêt légal étant proportionnel aux sommes en jeu et à la durée du manquement de l'assureur et pouvant être arrêté par la présentation d'une offre d'indemnisation régulière ou réduit par le juge en raison de circonstances non imputables à*

		<i>l'assureur ».</i>
Découplage des critères nouveau et sérieux	Alors que la Cour de cassation pourra scinder, parmi les dispositions, celles qui sont transmises pour cause de sérieux et celles qui sont transmises, dans la même décision, pour cause de nouveauté, le Conseil d'Etat a eu moins l'occasion de mener des raisonnements dissociés de ce type.	<p>Dans l'examen de la troisième condition, la Cour de cassation procède parfois à un dépeçage, un découplage de la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi examine-t-elle le caractère nouveau et sérieux en dissociant soit les dispositions critiquées soit les dispositions invoquées.</p> <p>Ex. : Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2011, n° 10-40056. Dans cet arrêt la Cour de cassation transmet la question prioritaire de constitutionnalité en retenant qu'elle présente un caractère d'une part nouveau au regard de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement et, d'autre part, sérieux au regard des articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement.</p>
Positions différentes sur la nécessité du renvoi	<p>Diverses matières peuvent donner lieu à des recoupements, les deux cours suprêmes étant saisies de questions potentiellement comparables ou proches : le domaine fiscal, le domaine pénal, la fonction publique, le droit de l'urbanisme...</p> <p>Il est cependant difficile de comparer les appréciations des deux cours sur des questions proches ou similaires, compte tenu de l'importance des faits de l'espèce et des conditions dans lesquelles sont présentées et défendues les QPC. Les QPC, même relatives à des problématiques comparables, connexes ou similaires, ne peuvent être identiques, ce qui fausse la comparaison et empêche d'en</p>	<p>La Cour de cassation s'est montrée dans certains cas particulièrement stricte dans l'appréciation des conditions de recevabilité, empêchant par contrecoup la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité. Plusieurs exemples de cette rigueur peuvent être cités :</p> <p>- Refus transmission de la loi Gayssot</p> <p>Cass. QPC, 7 mai 2010, n° 09-80.774 : « <i>Mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit</i></p>

	<p>tirer des conclusions précises à ce stade.</p> <p>On peut cependant relever les exemples suivants, pour nourrir la réflexion :</p> <p>En matière d'hospitalisation sans consentement, par exemple, le Conseil d'Etat a décidé de transmettre une QPC, la jugeant sérieuse (CE n° 339110 du 24 septembre 2010), alors qu'une question analogue avait été jugée non sérieuse par le Cour de cassation précédemment (CA Paris, n° 10/03972 du 4 juin 2010).</p> <p>Dans le même ordre d'idée, le Conseil d'Etat avait jugé conventionnelles des dispositions relatives à la cession de terrain (CE n° 211510 du 11 février 2004) que la Cour de cassation a estimé devoir transmettre au Conseil constitutionnel, en raison d'un doute sur leur constitutionnalité.</p> <p>A noter aussi que, devant le Conseil d'Etat, comme vu précédemment, toute question nouvelle, indépendamment de son caractère sérieux, doit être renvoyée, conformément à la logique du critère alternatif prévue par la LO du 10 décembre 2009.</p> <p>On note également que le Conseil d'Etat ne montre aucune réticence de principe pour apprécier le sérieux d'une QPC portant sur interprétation jurisprudentielle (CE 15 juillet 2010 Compagnie agricole de la Crau)</p>	<p><i>interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion ;</i></p> <p><i>D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel ».</i></p> <p>- Refus transmission</p> <p>Cass. QPC, 29 juin 2010, Affaire Melki et Abdeli</p> <p>- La réception de la théorie du droit vivant n'a été que très progressive, la Cour de cassation s'étant à l'origine opposée au contrôle de constitutionnalité de l'interprétation de la loi. <i>Cf. supra</i></p> <p>- Refus de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité sur une disposition législative entre-temps abrogée pour défaut de sérieux</p> <p>Cass. crim, 15 juin 2010, n° 09-86.452 :</p>
--	--	--

		<p><i>« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, entrée en vigueur le 6 août 2008 ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ».</i></p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, n° 10-19.233 :</p> <p><i>« Mais attendu que la disposition contestée ayant été modifiée par l'article 87 de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 dont la Cour de céans a déjà jugé qu'elle était applicable aux instances en cours, la question n'apparaît pas sérieuse ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».</i></p> <p>Cass. Ass. plén., 25 juin 2010, n° 09-71.801, 09-71.805, 09-71.806 :</p> <p><i>« la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été abrogée par l'article 20 de la loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006, entrée en vigueur le 7 janvier 2006 ».</i></p>
Référence par le juge à		La Cour de cassation de façon assez inédite fait parfois

<p>ses propres décisions et à ses propres interprétations (visa de ses arrêts antérieurs)</p>	<p>CE n° 326363 du 25 juin 2010 : « Considérant, enfin, que M. A soutient que les dispositions en litige portent atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que toutefois, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 92 J du code général des impôts et leur combinaison avec celles de l'article 163 du même code, qui ont été interprétées par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n° 224285), ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, elles ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les questions de constitutionnalité invoquées ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux » ;</p> <p>CE n° 334665 du 16 juillet 2010 la Saulaie :</p> <p>« Considérant que la SCI LA SAULAIE soutient que l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme est contraire au</p>	<p>référence aux arrêts antérieurement rendus pour motiver la non transmission de la question prioritaire de constitutionnalité. La solution est inédite dans la pratique de la Cour de cassation dans la mesure où il lui est en principe interdit de recourir à la pratique du précédent.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 10-25.281 :</p> <p><i>« D'où il suit que le moyen, inopérant en sa troisième branche, à la suite de l'arrêt du 31 mars 2011 refusant le renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité la reprenant, n'est pas fondé pour le surplus ».</i></p> <p>Cass. crim., 17 août 2011, n° 11-81.504 :</p> <p><i>« la Cour de cassation ayant par un arrêt, en date du 16 juin 2011, jugé que le témoin assisté peut déposer un mémoire devant la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, la question est devenue sans objet ».</i></p>
--	--	---

droit de propriété énoncé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ; que, toutefois, d'une part, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire à plusieurs reprises application de ces dispositions à valeur constitutionnelle ; que, d'autre part, l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme, ..., ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat statuant au contentieux dans sa décision du 3 juillet 1998 n° 158592, de faire obstacle à ce ..., ni de porter à cette propriété une atteinte d'une gravité telle que ... ; que par suite, la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux ; Tel qu'interprété par la décision du Conseil d'Etat du 3 juillet 1998 n° 158592 [RJ1], cet article ne pose pas un principe général et absolu. Par suite la question, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux »

Annexe 7

Tableau n° 2

Les convergences entre l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité

Annexe 7

Tableau n° 2

Les convergences entre l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité

	Conseil d'Etat	Cour de cassation
Taux de censure (proportion d'arrêts transmis au Conseil constitutionnel aboutissant à une déclaration d'inconstitutionnalité)	Le taux de censure s'élève à 24 %	Le taux de censure s'élève à 27 %
Variations dans la précision de la motivation	<p>Le Conseil d'Etat motive davantage les arrêts de non transmission que les arrêts de transmission, dans le souci évident de ne pas empiéter - dans le 2^e cas - sur le champ d'appréciation du Conseil constitutionnel.</p> <p>Pour les arrêts de non transmission, il consacrera un ou</p>	<p>Dans l'ensemble, la motivation des arrêts de la Cour de cassation est plus développée et plus affirmative dans les arrêts de non transmission que dans les arrêts de transmission.</p> <p>Pour les arrêts de non transmission, la Cour de cassation vérifie en principe les trois conditions (applicabilité au litige, absence de</p>

	<p>plusieurs considérants à l'analyse de la troisième condition et conclura par une formule inspirée des deux suivantes :</p> <p>- « que dès lors, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ; que par suite il n'y a pas lieu de renvoyer au CC la QPC invoquée »</p> <p>- « que par suite, sans qu'il soit besoin de renvoyer la QPC invoquée, le moyen tiré de ce que ... doit être écarté »</p> <p>Ainsi, dans l'exemple ci-dessous, le Conseil d'Etat expose les motifs qui le conduisent à écarter le sérieux de la question :</p> <p>CE n° 350541 du 23 décembre 2011 :</p> <p><i>« Considérant que l'article 26 de la loi du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école a modifié l'article L. 321-3 du code de l'éducation, relatif à la formation primaire dispensée dans les écoles élémentaires, pour prévoir que celle-ci " offre un enseignement d'éducation civique qui comporte obligatoirement l'apprentissage de l'hymne national et de son histoire " ; que, l'article 2 de la Constitution disposant que " L'hymne national est la Marseillaise ", <u>il ne saurait être sérieusement soutenu que l'apprentissage de l'hymne national à l'école primaire méconnaîtrait la Constitution au motif que ses paroles seraient contraires à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui garantit la liberté</u></i></p>	<p>précédent et sérieux ou nouveauté de la question prioritaire de constitutionnalité).</p> <p>Ex. Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, n° 11-40.003 qui vérifie successivement les conditions d'applicabilité au litige, d'absence de précédent, de nouveauté et, en dernier lieu, de sérieux.</p> <p>Cela étant, tous les arrêts ne procèdent pas à un contrôle complet des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, certains arrêts ne contrôlent pas les conditions d'applicabilité au litige ou d'absence de précédent. Pour autant, ces conditions doivent être considérées comme implicitement remplies, la Cour de cassation procédant à l'examen de la 3^{ème} condition. C'est dire qu'au fond la motivation n'est pas nécessairement standardisée du point de vue de l'examen des conditions de recevabilité.</p> <p>Ex. Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.074, arrêt dans lequel la condition d'absence de précédent n'est pas contrôlée.</p> <p>Ex. Cass. 2^{ème} civ., 14 septembre 2011, n° 11-40.045, Cass. 3^{ème} civ., 28 septembre 2011, n° 11-13.879, arrêt dans lesquels la Cour de cassation n'examine pas les conditions d'applicabilité au litige et d'absence de précédent et ne se concentre que sur la troisième condition de recevabilité.</p> <p>Ex. : Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 2011, n° 10-25.923, Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2011, n° 11-40.014, arrêt dans lesquels la Cour de cassation, après avoir présenté la teneur de la question prioritaire de constitutionnalité, examine seulement son caractère sérieux.</p>
--	--	--

d'opinion, et à l'article 1er de la Constitution selon lequel la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion et respecte toutes les croyances ; que, dès lors, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que l'article L. 321-3 du code de l'éducation porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté » ;

Ou encore, pour un exemple de la façon dont le Conseil constitutionnel justifie certains aménagements législatifs pour exclure tout doute sur leur constitutionnalité :

CE n° 347444 du 12 septembre 2011 :

« Considérant qu'il résulte des dispositions en litige de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme que les collectivités titulaires du droit de préemption urbain ne peuvent légalement exercer ce droit que si elles justifient, à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du même code cité ci-dessus, alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date ; qu'au regard de cette exigence et des motifs d'intérêt général qui s'attachent à la réalisation des actions et opérations d'aménagement limitativement énumérées à l'article L. 300-1 du code de

Ex. : Cass. com., 18 janvier 2011, n° 10-40.052, com. 15 février 2011, n° 10-21.551, arrêts dans lesquels la Chambre commerciale n'examine pas les conditions d'applicabilité et d'absence de précédent mais contrôle nouveauté et sérieux.

Par ailleurs, si l'ordre des conditions est généralement respecté, certains arrêts, encore que rares, se démarquent en ce qu'ils le bouleversent.

Ex. Cass. 3^{ème} civ., 17 février 2011, n° 10-40.060, dans lequel la Cour de cassation examine la condition d'applicabilité au litige, affirme le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité « *en ce que, parmi les membres des professions libérales, seuls ceux exerçant à titre individuel, étaient alors exclus du bénéfice de cette disposition* », examine l'absence de précédent. En dernier lieu elle se réfère à la décision du Conseil constitutionnel du 11 février 2011 (n° 2010-101 QPC) pour en fixer l'interprétation afin d'assurer la constitutionnalité de la disposition.

Enfin, chacune des conditions fait en principe l'objet d'un paragraphe différent (soit 4 paragraphes). Pour autant, selon la Chambre prise en compte, il arrive que les conditions d'applicabilité au litige et d'absence de précédent soient regroupées dans un même paragraphe.

V. not., Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, n° 11-40.006, 1er juin 2011, n° 11-40.009 ; Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90.065. Assez fréquent en revanche dans la chambre commerciale, surtout en 2010. V. par ex., Cass. com. 14 sept. 2010, n° 10-40.020, 10-40.022, 17 sept. 2010, n° 10-13.686, 28 sept. 2010, n° 10-19.584, 15 oct. 2010, n° 10-14.866, 15 oct. 2010, n° 10-14.881, 14 déc.

l'urbanisme, les dispositions de l'article L. 210-1 du même code ne portent pas au droit de propriété ou à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution ;

Considérant que M. et Mme A soutiennent également qu'en ne précisant pas suffisamment aux articles L. 210-1 et L. 300-1 du code de l'urbanisme les conditions d'exercice du droit de préemption, le législateur n'aurait pas pleinement exercé la compétence qui lui est confiée par l'article 34 de la Constitution ; que toutefois, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les dispositions de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, auquel renvoie l'article L. 210-1 litigieux, en énonçant de manière limitative la liste des objets auxquels les actions et les opérations d'aménagement envisagées doivent répondre pour justifier de l'exercice du droit de préemption à des fins d'intérêt général, ont institué des garanties suffisantes à la protection du droit de propriété et de la liberté contractuelle et, dès lors, ne méconnaissent pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ».

CE n°346785 du 9 mai 2011 :

« Considérant que la propriété figure au nombre des droits

2010, n° 10-40.045, com. 18 févr. 2011, n° 10-25.035, 7 juin 2011, n° 11-40.012, 12 juill. 2011, n° 10-28.375

Dans la forme, le contrôle de la troisième condition est réalisé de façon relativement homogène. Concernant le caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a recours, lorsqu'elle la contrôle, à une formule standard respectant le syllogisme juridique. En revanche, l'examen du caractère sérieux est assez différent en ce qu'il est généralement réalisé selon un argumentaire inverse du syllogisme juridique. Concernant la condition de sérieux, la Cour de cassation affirme en principe que « *la question ne présente pas de caractère sérieux* » et explicite ensuite les motifs de sa décision.

Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, n° 11-40.003 :

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi tel qu'il est consacré par le Conseil constitutionnel, ni à la liberté du travail dès lors que la conversion de la pension d'invalidité en pension de vieillesse ne fait pas obstacle à l'exercice d'une activité professionnelle, et en ce que, d'autre part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

de l'homme consacrés par les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ; qu'aux termes de l'article L. 1331-22 du code de la santé publique : Les caves, sous-sols, combles, pièces dépourvues d'ouverture sur l'extérieur et autres locaux par nature impropres à l'habitation ne peuvent être mis à disposition aux fins d'habitation, à titre gratuit ou onéreux. (...) ; que ces dispositions n'emportent aucune privation du droit de propriété mais se bornent à apporter des limites à son exercice ; que les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la protection de la santé et de la sécurité des occupants de locaux impropres à l'habitation ; que ces restrictions, qui ne concernent que l'interdiction d'un mode d'occupation des locaux et n'ont pour effet, ni d'empêcher d'autres usages du bien, ni d'en interdire l'accès à d'autres fins que l'habitation, sont proportionnées à l'objectif poursuivi ; que présentant le caractère de mesures de police, elles doivent être précédées, en application des dispositions combinées de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux relations des citoyens avec l'administration

Ex. : Cass. 3^{ème} civ., 25 novembre 2010 :

« Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, d'abord, la disposition législative attaquée n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires dont le bail est soumis à la loi du 1er septembre 1948, qui tous bénéficient des mêmes règles de mise en oeuvre de la clause résolutoire, qu'ensuite le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes de sorte que ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité devant la loi le fait qu'à des baux soumis à des régimes juridiques différents pour des raisons objectives tenant, notamment, à la date de construction de l'immeuble, ne soient pas appliquées des règles identiques ».

Cass. ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-14.749 :

« la question soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution »

Ce n'est qu'en de rares hypothèses que la Cour de cassation examine le caractère sérieux en respectant le syllogisme juridique.

Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.074 :

« Et que les dispositions législatives critiquées ne méconnaissent

d'une information préalable du propriétaire qui doit être mis à même de présenter des observations sur les mesures que l'administration envisage de prendre ; que ces mesures sont susceptibles d'être déférées au juge administratif, notamment par les voies du référé-liberté ou du référé-suspension ; qu'elles sont ainsi accompagnées de garanties de procédure et de fond de nature à en assurer la conformité aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux »

Ou pour un exemple dans lequel le Conseil d'Etat, sans exclure l'existence d'un doute sur la constitutionnalité d'une disposition, estime l'argumentation développée par les requérants insuffisante :

CE n° 329056 du 9 juin 2010 :

« Considérant, en cinquième lieu, que le moyen tiré de ce que certaines des dispositions de la loi du 10 août 2007 méconnaîtraient le principe constitutionnel d'indépendance en privant les enseignants-chercheurs de garanties légales dont ils bénéficiaient auparavant n'est pas assorti des précisions suffisantes pour permettre son renvoi au Conseil constitutionnel » ;

* * *

Pour les arrêts de transmission, le Conseil se contente

ni le principe d'égalité devant la loi, en assortissant la pension prévue aux articles L. 351-1 et L. 351-8 du Code de la sécurité sociale d'une majoration lorsque le conjoint à charge n'est pas bénéficiaire d'un avantage au titre d'une législation de sécurité sociale, ni les dispositions de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale.

D'où il suit que la question ne présente pas un caractère sérieux et qu'il n'y a donc pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».

Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, n° 10-27.172 :

« Et attendu qu'eu égard à l'obligation d'information de l'employeur par la caisse lors de la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident et au fait que l'employeur a la possibilité de solliciter une expertise judiciaire devant une juridiction de sécurité sociale lorsqu'il entend contester un élément d'ordre médical relatif à l'état de santé de la victime, les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux au regard des principes de droit à un recours effectif au juge, d'égalité des droits des parties et d'égalité devant les charges publiques »

Cass. soc. 18 janv. 2011, n°10-40.054

« Attendu que les dispositions légales qui réservent aux organisations syndicales le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ; que

généralement d'un paragraphe vérifiant la réunion des trois conditions.

Il relèvera généralement et simplement, après vérification des deux autres conditions, que « *le moyen tiré de ce que les dispositions contestées portent atteinte à l'art X [de la Déclaration des droits de l'homme ou de la Constitution] soulève une question présentant un caractère sérieux [ou une question nouvelle] ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée* ».

Sa motivation est parfois plus sommaire encore lorsque la disposition constitutionnelle concernée n'est pas même rappelée : « *que le moyen tiré de ce que les dispositions portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soulève une question nouvelle* » (CE n°326444 du 2 juin 2010)

Rares sont finalement les cas dans lesquels le Conseil d'Etat précise les motifs qui le conduisent à juger sérieuse ou nouvelle la question prioritaire, comme dans l'exemple ci-dessous où les éléments constitutifs du moyen sont circonstanciés, sans pour autant porter appréciation sur le fond de la question.

Conseil d'État n° 329290 du 14 avril 2010 :

cette question ne peut dès lors être regardée comme présentant un caractère sérieux ».

Par ailleurs, la structure de l'argumentaire semble avoir quelque peu évolué au fil du temps. Cette évolution est particulièrement sensible à la lecture des arrêts rendus par la Chambre commerciale, notamment en raison de leur quantité. Ainsi, à partir de 2011, on trouve plus de décisions motivées avec l'affirmation du caractère non-sérieux à la fin.

Cass. com., 1er févr. 2011, n° 10-40.057 :

« les dispositions de l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce, qui se bornent à conférer compétence au juge-commissaire pour désigner un technicien en vue d'une mission ne méconnaissent pas, par elles-mêmes, les droits de la défense, le principe de la contradiction ou celui de l'égalité des armes ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués »

Cass. com., 7 avr. 2011, n° 11-40.001 : *« les dispositions de l'article 7 de la loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, devenu l'article L. 5131-6 du code des transports, en ce qu'elles se bornent à fixer le régime de la prescription applicable aux actions en réparation de dommages résultant d'un abordage, qui n'introduisent aucune distinction injustifiée de nature à priver les justiciables de garanties égales ne méconnaissent pas, par elles-mêmes, le principe d'égalité, et le principe du droit à recours effectif devant une juridiction, auquel il n'est pas porté d'atteintes substantielles par l'instauration d'une prescription abrégée de deux ans ; que la question posée ne présente donc pas un caractère sérieux au regard des exigences*

« Considérant, en second lieu, qu'il résulte implicitement mais nécessairement du 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur, constitué par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, est antérieur au 5 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ; (...) que le moyen tiré de ce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la séparation des pouvoirs et au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soulève une question qui présente un caractère sérieux » ;

qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

Cass. com., 21 juin 2011, n° 11-40.015 :

« les dispositions de l'article L. 643-11 II du code de commerce, en ce qu'elles dérogent à la règle de la libération du débiteur ne portent pas atteinte à l'égalité entre débiteurs cautionnés, dont la situation, distincte de celle des débiteurs non cautionnés, peut justifier une différence de traitement dans l'intérêt des cautions, lesquelles, en l'absence de ce texte, supporteraient définitivement une dette dont le débiteur principal serait lui-même déchargé ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué ».

Pour les arrêts de transmission, les motivations sont d'importance variable. Généralement, la Cour de cassation caractérise une forte probabilité d'atteinte.

Cass. 3^{ème} civ., 21 octobre 2010, n° 10-40.038 :

« (...) Mais attendu que la question, en ce qu'elle porte sur l'article L. 13-13 du même code, présente un caractère sérieux dans la mesure où l'indemnisation du préjudice résultant d'une expropriation est limitée à celle du préjudice matériel, à l'exclusion de tout préjudice moral, ce qui pourrait être considéré comme ne correspondant pas à la juste indemnité exigée par

l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.038 :

« Que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'en conduisant à traiter différemment les entreprises qui reprennent des établissements selon que les exploitants précédents avaient ou non exposé leurs salariés au risque de l'amiante sans que cette différence de traitement n'apparaisse manifestement en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit, elle est susceptible de porter atteinte aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, et à la liberté d'entreprendre garantis par les articles 1er, 4, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 ».

Cass. 2^{ème} civ., 1 juin 2011, n° 11-40.009 :

« Mais attendu que la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 241-10 III, alinéa 3, du code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité en ce que cet article introduit une distinction entre des organismes publics assurant la même mission d'aide à domicile, sans qu'il apparaisse à l'évidence que la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Cass. com. 2 nov. 2011, n° 10-25.570 :

« si le but de l'article L. 624-6 du code de commerce est d'intérêt général comme tendant à l'apurement du passif, le moyen utilisé, consistant, non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné au texte, en privant le conjoint du débiteur de tout droit réel sur le bien litigieux ; que la question posée présente donc un caractère sérieux au regard du principe de protection du droit de propriété ».

Cass. Ass. plén. 8 juill. 2010, n° 10-10.385 : *« les questions posées présentent un caractère sérieux au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité en ce que l'article 365 du code civil institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique »*

La Cour de cassation procède à l'examen des conditions de recevabilité de façon variable. Parfois, elle contrôle l'ensemble des conditions (Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075) encore que la démarche ne soit pas systématique. Dans certains cas, la Cour de cassation n'examine que l'un des deux caractères de la troisième condition. Ainsi, si le renvoi est prononcé sur le fondement du caractère sérieux, le contrôle de la nouveauté peut ne pas être réalisé (Cass. com., 15 novembre 2011, n° 11-16.254 et n° 11-16.255 ; Cass. 2^{ème} civ., 9 novembre 2011, n° 11-40.074). Mais, dans cette hypothèse, le choix de la Cour de cassation doit se comprendre eu égard au caractère alternatif de ces deux

		<p>caractères.</p> <p>En la forme, la Cour de cassation développe là aussi un argumentaire particulier en ce qu'il consiste généralement à affirmer le caractère retenu pour ensuite expliquer pourquoi il l'a été.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2011, n° 10-21.634 :</p> <p><i>« que la question posée <u>présente un caractère sérieux</u> tant au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi que de celui de solidarité sociale porté par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'il déroge à l'égalité en sanctionnant les personnes handicapées qui ont occupé un emploi par rapport à celles qui n'en ont pas occupé sans que la différence de traitement qui en résulte n'apparaisse en rapport directe avec l'objet de la loi qui l'établit ».</i></p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 15 septembre 2010, n° 10-12.840 :</p> <p><i>« Que la question posée <u>présente un caractère sérieux</u> en ce que le texte contesté, qui confère à un propriétaire, moyennant le versement d'une indemnité, la faculté de rendre mitoyen un mur que joint son fonds, pourrait être considéré comme entraînant une grave dénaturation du droit de propriété du maître du mur qui perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une</i></p>
--	--	--

nécessité publique »

Enfin, la motivation relative à la condition de sérieux ou de nouveauté est parfois assez sommaire et notamment peut se résumer à une formule purement affirmative.

Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2011, n° 11-40017 et 11-40018 :

« la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués ».

Cass. 3^{ème} civ., 28 septembre 2011, n° 11-14.363 :

« Que la question posée présente un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels invoqués ; » (disposition critiquée : Les articles 4 et 5 de l'Edit du 16 décembre 1607 réglant les fonctions et droits des offices du grand voyer et les dispositions qui les ont modifiés, devenus les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la voirie routière).

Cass. crim., 31 mai 2010, n° 05-87745 09-86381 10-81098 10-90001 10-90002 10-90003 10-90004 10-90005 10-90006 10-90007 10-90008 10-90009 10-90010 10-90011 10-90012 10-90013 10-90014 10-90015 10-90016 10-90017 10-90018 10-90019 10-90020 10-90023 10-90024 10-90028 :

« Que les questions posées présentent un caractère sérieux en ce

		<p><i>qu'elles concernent la garantie de la liberté individuelle et des droits reconnus à la défense »</i></p> <p>Ex. : Cass. com., 7 déc. 2010, n° 10-40.044 :</p> <p><i>« la question posée présente un caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe d'égalité devant les charges publiques et l'impôt ».</i></p> <p>Concernant les arrêts de transmission fondés totalement ou partiellement sur le caractère nouveau, les motivations sont variables.</p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2011, 10-40056 : qui retient simplement que <i>« (Mais attendu qu') au regard de l'article 1^{er} de la Chartes de l'environnement, la question, qui porte sur l'application d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application, est nouvelle ».</i></p>
<p>Moyens pris en compte pour établir le sérieux.</p> <p>Ils sont limités à ceux présentés devant juge inférieur ou dans le</p>	<p>Le Conseil d'Etat pose le principe clairement : il s'en tient aux motifs invoqués dans le mémoire présenté à l'appui de la QPC.</p> <p>Ce principe vaut également dans le cas d'un renvoi par une juridiction inférieure.</p>	<p>La Cour de cassation est généralement tenue par les termes de la question prioritaire de constitutionnalité. Partant, les droits et libertés en regard desquels la troisième condition est contrôlée sont ceux visés dans la question prioritaire de constitutionnalité. Par ailleurs, dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de cassation rappelle l'obligation qui lui est faite de respecter les termes de la question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'elle procède à sa</p>

<p>mémoire distinct présenté à l'appui de la QPC</p>	<p>CE n° 339291 du 16 juillet 2010 : « <i>Des moyens non-soumis aux juridictions inférieures ne peuvent être présentés pour la première fois devant le CE dans la procédure de QPC</i> ».</p> <p>Rien que le mémoire initial, donc, mais tout le mémoire initial : le Conseil d'Etat ne se sent ni lié ni limité par l'interprétation que la juridiction inférieure a retenu de la question prioritaire dans son arrêt de renvoi pour 2^e filtrage, s'en remettant seulement aux moyens invoqués dans le mémoire initial.</p> <p>CE 24 septembre 2010 n° 341685:</p> <p><i>« Lorsque, une juridiction a transmis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat, ce dernier se prononce sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la question telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, <u>quelle que soit l'interprétation que cette juridiction en a donnée dans sa décision de transmission</u> ».</i></p> <p>CE n° 346459 du 15 avril 2011</p> <p><i>« Considérant que le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité <u>telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise</u> ; que cette juridiction ne saurait, dans sa décision de transmission, <u>soulever d'office la question de la conformité de la disposition législative concernée à des droits et libertés</u></i></p>	<p>reformulation.</p> <p>Ex. : Cass. soc. 14 déc. 2010, n°10-40.050, 5 oct. 2011, n°11-40.052</p> <p><i>« si la question posée peut être "reformulée" par le juge à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il n'appartient pas au juge de la modifier ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise ».</i></p> <p>Par exception, et de façon ponctuelle, la Cour de cassation peut se référer à des droits ou libertés non visés dans la question prioritaire de constitutionnalité. C'est notamment le cas de certains arrêts rendus par la Chambre criminelle.</p> <ul style="list-style-type: none">• Arrêts de non transmission : <p>Cass. crim., 5 janvier 2011, n° 10-90.112</p> <p><i>« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la disposition légale critiquée ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que des présomptions de culpabilité peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable et qu'est assuré le respect des droits de la défense »</i> (alors que la question prioritaire de constitutionnalité ne vise que le principe de la présomption d'innocence).</p>
---	--	---

garantis par la Constitution non invoqués dans le mémoire distinct ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Paris ne pouvait transmettre au Conseil d'État la question de la conformité du II de l'article L. 214-4 du code de l'environnement au regard du principe d'égalité devant les charges publiques ; que cette question ne peut davantage être présentée par la SOCIETE ELECTRICITE DE FRANCE pour la première fois devant le Conseil d'État, saisi, en application de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, d'une ordonnance de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité tirée de la méconnaissance d'autres dispositions ou principes constitutionnels ».

Il est ainsi saisi de l'ensemble des motifs d'inconstitutionnalité invoqués dans le mémoire produit devant la juridiction inférieure qui a procédé au renvoi, même si la juridiction du fonds a motivé le renvoi par le sérieux de l'un motifs seulement, ou en particulier.

En revanche, le Conseil d'Etat examine les QPC qui lui sont transmises dans la limite des dispositions dont la conformité à la Constitution a fait l'objet de la transmission par la juridiction inférieure.

Cass. crim., 29 mars 2011, n° 10-87.066

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, si la disposition qu'elle vise impose à la cour d'appel d'évoquer et de statuer sur le fond après l'annulation du jugement, c'est dans tous les cas et par un arrêt susceptible d'un pourvoi en cassation, et qu'il n'est ainsi porté atteinte ni au droit du prévenu à un recours juridictionnel effectif ni à son droit à un procès équitable garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (alors que la question prioritaire de constitutionnalité ne vise à l'origine que le droit au procès équitable).

Cass. crim., 3 mai 2011, n° 11-90.012 :

« Attendu que la question relative à l'article L. 218-23 du code de l'environnement ne présente pas de caractère sérieux, dès lors, d'une part, qu'il est tenu compte, pour mettre l'amende à la charge du propriétaire ou de l'exploitant du navire des circonstances de fait et notamment des conditions de travail imposées au capitaine et dès lors, d'autre part, que le propriétaire ou l'exploitant du navire ne peut être condamné à supporter financièrement l'amende infligée au prévenu, dans la limite de ce que peut légitimement prévoir le législateur, qu'à la condition d'avoir été cité à l'audience, où il est en mesure d'exercer tous les droits de la défense ; qu'il en résulte que ce texte ne comporte aucune atteinte aux principes de légalité et de personnalité des peines » (alors que la question prioritaire de constitutionnalité visait une atteinte « aux droits et libertés garantis par la Constitution »).

	<p>CE n° 349624 du 26 juillet 2011 :</p> <p><i>« Considérant que, dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat est régulièrement saisi et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité <u>telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, dans la limite des dispositions dont la conformité à la Constitution a fait l'objet de la transmission</u> ; que si, dans son ordonnance du 23 mai 2011, le président de la première section du tribunal administratif de Paris a motivé la transmission au Conseil d'Etat de la question de la conformité à la Constitution du 2° de l'article 196 du code général des impôts par le caractère non dépourvu de sérieux du moyen tiré de la violation du principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil d'Etat est saisi de l'ensemble des motifs d'inconstitutionnalité invoqués dans le mémoire produit devant le tribunal administratif à l'encontre de la disposition législative contestée » ;</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arrêt de transmission <p>Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90.065</p> <p><i>« Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée présente un caractère sérieux en qu'elle porte sur la compatibilité des modalités prévues par les textes visés pour protéger les secrets de la défense nationale avec les principes du droit à un procès équitable et de la séparation des pouvoirs ainsi qu'avec l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infractions »</i> (alors que la question prioritaire de constitutionnalité visait à l'origine « le droit à valeur constitutionnelle à un procès équitable par un tribunal de pleine juridiction et le principe de la séparation des pouvoirs figurant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »).</p>
<p>Appréciation de la 3^e condition seulement si les deux précédentes sont réunies</p>	<p>Ce n'est généralement que s'il a établi l'applicabilité au litige et l'absence de décision antérieure valant autorité de chose jugée que le CE se penche sur le sérieux et la nouveauté de la question prioritaire.</p> <p>Voir par exemple l'arrêt CE n° 327512 du 15 juillet 2010 dans lequel le Conseil n'examine même pas le sérieux de la question, faute d'applicabilité au litige.</p>	<p>L'examen de la condition de sérieux suit généralement celui des conditions d'applicabilité au litige et d'absence de précédent. Formellement chacune de ces conditions est examinée séparément (dans des paragraphes distincts). Pour autant il arrive que ponctuellement la Cour de cassation lie la condition d'applicabilité au litige et d'absence de précédent (<i>Cf. supra</i>). En sens inverse, l'examen s'arrête lorsque l'une des deux premières conditions n'est pas remplie (pour la condition d'applicabilité au litige, Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, n° 10-23.207 ; Cass. 2^{ème} civ.,</p>

	<p>De même, en cas d'autorité de chose déjà jugée (voir CE n° 334188 du 17 décembre 2010, n° 347030 du 13 juillet 2011 ou n°326358 du 27 avril 2011.</p> <p>Des exceptions peuvent être mentionnées cependant, qui relève d'ailleurs sans doute plus de la confusion que de l'exception véritable :</p> <p>CE n° 343170 du 29 juin 2011 :</p> <p><i>« Considérant que le Conseil constitutionnel, par une décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, a, dans ses motifs et son dispositif, <u>déclaré conformes à la Constitution les dispositions codifiées à l'article L. 733-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; aucun changement de circonstances survenu depuis cette décision; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article L. 733-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile seraient contraires aux principes constitutionnels d'égalité, des droits de la défense, du caractère contradictoire de la procédure, du droit au recours, d'impartialité du juge, du droit d'asile, de la liberté d'opinion, de l'interdiction de la peine de mort et de bonne administration de la justice ne présente pas de caractère sérieux » ;</u></i></p>	<p>13 octobre 2011, n° 11-40.058, Crim., 4 juin 2010 n° 10-90.033 ; caractérisation d'un précédent, Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2011, n° 11-16.118) ou lorsqu'une autre condition n'est pas remplie (comme la condition de mémoire déposé par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-60.417, Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2011, n° 10-60.368 ; l'absence de « disposition législative », Cass. 2^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-25.124, Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, n° 10-23.207 ; question qui n'est pas posée à l'occasion d'une instance, Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.050).</p> <p>Pour autant, cette vérification n'est pas systématique. Il arrive en effet que la Cour de cassation considère ces conditions comme implicitement remplies (Cf. <i>supra</i>).</p>
<p>Rareté du recours au</p>	<p>La condition de nouveauté est constatée dans 13% des cas de transmission (l'écrasante majorité des transmissions étant</p>	<p>La transmission fondée sur le caractère nouveau est particulièrement rare. La majorité des transmissions étant</p>

<p>critère de la nouveauté</p>	<p>donc opérée sur le fondement du caractère sérieux).</p> <p>On compte en effet, sur un total de 154 arrêts de transmission 13 transmissions pour caractère nouveau (dont 3 arrêts « connexes », et 2 autres arrêts « connexes ») et 8 transmissions pour caractère nouveau <u>et</u> sérieux de la question (dont 3 arrêts connexes).</p> <p>Comme l'a rappelé en principe le Conseil d'Etat dans l'arrêt n° 340849 du 8 octobre 2010, le caractère nouveau de la question impose au Conseil d'Etat d'en transmettre l'examen au Conseil constitutionnel, sans qu'il soit besoin d'examiner son caractère sérieux.</p> <p>CE n° 338505 du 8 octobre 2010 : <i>« que si le Conseil constitutionnel, examinant la conformité à la Constitution de la loi du 10 décembre 2003, a déclaré, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, que cette loi, ... était conforme à la Constitution, il n'a cependant pu examiner la constitutionnalité de ces dispositions au regard de l'article 66-1 de la Constitution, introduit postérieurement à sa décision par la loi constitutionnelle du 23 février 2007 et dont la méconnaissance des droits et libertés qu'il garantit est invoquée par le requérant ; que le moyen tiré de ce que les dispositions ... les exposent dès lors à des risques de condamnation à la peine de mort à l'étranger et méconnaissent, de ce fait, le principe selon lequel nul ne peut être condamné à la peine de mort énoncé par l'article 66-1 de la Constitution, dont le Conseil constitutionnel n'a pas fait application à ce jour, soulève une question non</i></p>	<p>réalisées sur le terrain du caractère sérieux.</p> <p>Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 10-85.305 et 10-85.159 (la motivation des arrêts des cours d'assises) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 novembre 2010, n° 10-40.042 (le mariage entre personnes de même sexe).</p> <p>Certaines de ces transmissions sont fondées tant sur le terrain du caractère nouveau que sur celui du caractère sérieux (Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2011, n° 10-40.056, relatif à la théorie des troubles anormaux de voisinage).</p>
---------------------------------------	---	--

dénuée de rapport avec les termes du litige, qui présente un caractère nouveau au sens et pour l'application de l'article de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Considérant qu'il résulte des dispositions du même article 23-5 que le caractère nouveau de la question impose au Conseil d'Etat d'en transmettre l'examen au Conseil constitutionnel ; qu'ainsi les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait par ailleurs dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi » ;

La nouveauté de la question est généralement peu motivée : le Conseil d'Etat s'en tiendra généralement au simple constat de la nouveauté de la question, au regard du moyen invoqué, en vue de conclure à la transmission.

Mais l'on remarque exceptionnellement quelques cas de motivation plus explicite de la nouveauté d'une QPC permettant de conclure à la transmission :

CE n° 340551 du 18 juillet 2011 Association France nature environnement : « que si le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, examiné la conformité de dispositions législatives à l'article 7 de la Charte de l'environnement, il ne s'est prononcé que sur le droit dont dispose toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les

«autorités publiques et pas sur le droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement mentionné au même article et sur la portée de celui-ci ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions du III de l'article L. 512-7 du code de l'environnement méconnaîtraient le droit à la participation résultant de l'article 7 de la Charte de l'environnement en ce qu'elles se bornent à instituer une simple information sur les projets d'arrêtés fixant des prescriptions générales applicables aux installations enregistrées, sans mettre en oeuvre une participation directe du public, soulève une question présentant un caractère nouveau au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958».

Voir aussi CE n° 340539 du 18 juillet 2011.

A l'inverse, on trouve quelques cas de motivation de l'absence de nouveauté d'une question prioritaire :

CE n° 338537 du 28 juin 2010:

«Considérant que le Conseil Constitutionnel a, par sa décision n°2003-483 du 14 août 2003 relative à la loi portant réforme des retraites, déjà jugé qu'une disposition reconnaissant un avantage en matière de retraite à l'ensemble des fonctionnaires ayant élevé des enfants, sous réserve qu'ils aient interrompu leur activité, ne méconnaissait aucune règle de valeur constitutionnelle,

	<p>notamment le principe d'égalité ; que, par conséquent, la question soulevée n'est pas nouvelle »</p>	
<p>Formulation de la motivation partiellement standardisée</p>	<p>* Considérant de principe, consistant dans le rappel des conditions du filtrage :</p> <p><i>« Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux »</i></p> <p>* Recours aux formules-types :</p> <ul style="list-style-type: none"> - « il résulte de ce qui précède que la question, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux » - « que par suite, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire invoquée ». 	<p>La Cour de cassation a recours à des formulations standardisées lorsqu'elle contrôle la condition d'absence de précédent et la condition de nouveauté. Ainsi, pour retenir l'absence de précédent, la Cour de cassation affirme qu'« attendu que la disposition contestée ... n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». De même pour retenir l'absence de nouveauté, la Cour de cassation retient généralement que « la question (...) ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ».</p>

<p>Éléments pris en compte pour l'appréciation -II</p> <p>Prise en compte de « l'environnement » ou du « contexte juridique » dans lequel s'insèrent les dispositions (pour <u>apprécier la 3^e condition seulement</u>)</p>	<p>Le Conseil d'Etat apprécie les dispositions dans leur « environnement juridique », en tenant compte des dispositions connexes ou qui peuvent être lues en combinaison des dispositions contestées.</p> <p>CE n° 347581 du 30 juin 2011 :</p> <p><i>« le pouvoir de sanction de l'autorité administrative résultant de la loi du 28 septembre 2010 contestée, combiné avec les dispositions des lois de 1979 et 2000, comporte des garanties suffisantes en matière d'assistance et de conseil ».</i></p> <p>Voir aussi CE n° 346785 du 9 mai 2011 ou CE n° 347581 du 15 juin 2011</p>	<p>La Cour de cassation contrôle la troisième condition en ayant recours à divers éléments. Ces éléments sont différents selon que le contrôle concerne le caractère sérieux ou nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité. Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité, qu'il soit retenu ou exclu, est l'occasion pour la Cour de cassation de réaliser un véritable pré-contrôle de constitutionnalité au cours duquel elle met en œuvre des outils et méthodes relevant du contrôle de constitutionnalité. Par ailleurs, suivant la formulation des questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation combine ces divers procédés.</p> <p>Ex. : Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, n° 11-40006 :</p> <p><i>« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, de première part, les limites apportées au droit de propriété avant l'intervention d'un juge, sur le fondement de la copie exécutoire d'un acte notarié, n'emportent pas privation de ce droit et sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi, en ce que, de deuxième part, le débiteur dispose d'un recours effectif et d'un droit à un procès équitable dès lors qu'il peut remettre en cause devant le juge de l'exécution l'acte notarié exécutoire dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate et obtenir réparation du dommage causé par la mesure d'exécution, et en ce que, de troisième part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la</i></p>
---	--	--

		<p><i>différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».</i></p> <p>La Cour de cassation peut constater le sérieux en expliquant le mécanisme mis en place dans le cadre de la disposition critiquée elle-même.</p> <p>V. notamment, Cass. crim., 12 octobre 2011, n° 11-85.321 :</p> <p><i>« l'article 572 du code de procédure pénale, qui prohibe tout recours contre un arrêt d'acquiescement prononcé par une cour d'assises en dernier ressort, ne porte atteinte à aucun des principes visés par la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que la partie civile, qui n'est pas admise à intervenir dans la détermination de la peine, conserve, en application de l'article 372 du même code, la possibilité en cas d'acquiescement de demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé, telle que celle-ci résulte des faits objets de l'accusation »</i></p>
<p>Eléments pris en compte pour l'appréciation – II</p> <p>Recherche et appréciation de l'objet de la loi</p>	<p>Le Conseil d'Etat recherche et se fonde souvent sur l'objet de la loi pour guider son appréciation.</p> <p>Ainsi, dans l'arrêt n° 346742 du 13 juillet 2011, il recherche l'objet de la pénalité prévue à l'article 1763 A du CGI, de même que dans l'arrêt n° 345288 du 2 mars 2011, il souligne que <i>« les dispositions, contrairement à ce qu'avancent les requérants, sont en rapport avec l'objectif poursuivi et visent seulement à limiter... »</i></p> <p>En particulier, lorsque le principe constitutionnel d'égalité est en cause, le Conseil d'Etat recherchera souvent l'objet de</p>	<p>Dans le cadre de la caractérisation du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a recours à un certain nombre d'éléments et notamment l'objet assigné à la loi, tant pour les arrêts de transmission comme pour les arrêts de non transmission.</p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 13 décembre 2011, n° 11-19.043 :</p> <p><i>« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le droit de repentir, qui permet au</i></p>

	<p>dispositions introduisant une différence de traitement :</p> <p>CE n° 341623 du 15 décembre 2010 : « <i>que, par suite, les dispositions sont en rapport avec l'objectif qu'elles poursuivent de réduire les émissions polluantes en augmentant la teneur en biocarburants ; qu'elles ouvrent cette faculté à tous les distributeurs de carburants soumis à ce prélèvement supplémentaire dès lors qu'ils commercialisent des carburants repris à l'indice 20 précité ; qu'ainsi, les dispositions contestées ne portent atteinte ni au principe constitutionnel d'égalité devant la loi ni à celui d'égalité devant les charges publiques</i> »</p> <p>(voir aussi CE n° 346226 du 15 avril 2011 ou n° 346649 du 20 avril 2011)</p> <p>Cela peut être également constaté dans une série d'arrêts mettant en jeu le principe d'égalité dans le domaine du droit fiscal :</p> <p>CE n° 321099 du 7 février 2011 : « <i>qu'eu égard à cette spécificité dans le mode d'exercice de leur activité, les établissements de crédit se trouvent dans une situation différente de la généralité des assujettis à la taxe professionnelle au regard de l'objet de la loi, justifiant la différence de traitement que celle-ci avait instituée, qui n'est pas de nature à créer une rupture caractérisée de l'égalité entre contribuables</i> ».</p> <p>CE n° 336708 du 25 juin 2010 : « <i>les dispositions de l'article 117 du code général des impôts, qui se bornent à ...</i></p>	<p><i>bailleur, condamné au paiement d'une indemnité d'éviction, d'offrir le renouvellement du bail après l'avoir refusé, ne le prive pas de son droit de propriété dès lors qu'il conserve le droit de percevoir un loyer ou de vendre son bien, que le fait d'enfermer l'exercice de ce droit dans un certain délai et de lui conférer un caractère irrévocable répond à un objectif d'intérêt général de sécurité juridique et de pérennité du fonds de commerce et que le bailleur a bénéficié d'un recours juridictionnel effectif devant un juge compétent</i> ».</p> <p>Cass. soc., 12 janvier 2011, n°10-40.055, arrêt dans lequel la disposition prévoyant le repos dominical constitue pour la Chambre sociale de la Cour de cassation « <i>une mesure nécessaire à la protection des droits et des libertés des salariés qui découlent des dixième et onzième alinéas du préambule de la Constitution de 1946</i> » et elle n'est pas contraire à la liberté du travail et au principe de laïcité en ce qu'elle participe « <i>d'un objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs mais également de protection des liens familiaux</i> ».</p> <p>Cass. crim., 6 décembre 2011, n° 11-83.177 :</p> <p>« <i>la peine d'emprisonnement prévue par la disposition critiquée, que le juge a le pouvoir de moduler en fonction de la situation soumise à son appréciation, en particulier au regard de motifs humanitaires, a été considérée comme nécessaire par le législateur pour lutter avec efficacité contre l'immigration clandestine et l'exploitation des êtres humains, et que, d'autre part, la sanction n'apparaît pas manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction</i> »</p>
--	---	--

n'ont ni pour objet, ni pour effet de fonder l'imposition des revenus distribués en cause »

Voir aussi CE n° 341869 du 22 octobre 2010.

Cass. 3^{ème} civ., 2 novembre 2011, n° 11-15.428 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions législatives en cause, qui n'ont ni pour objet ni pour effet de priver le propriétaire du mur de son droit de propriété, mais seulement d'en restreindre l'exercice, tendent à assurer des relations de bon voisinage par l'édiction de règles de construction proportionnées à cet objectif d'intérêt général ».

Cass. 3^{ème} civ., 21 octobre 2010, n° 10-40.038 :

« Attendu que la question, en ce qu'elle porte sur le I de l'article L. 13-15 du code de l'expropriation ne présente pas de caractère sérieux, dès lors que la règle de l'indemnisation des terrains qui ne peuvent recevoir la qualification de terrain à bâtir, à la date de la décision de première instance en fonction de leur usage effectif à la date de référence, est destinée à assurer l'équilibre entre les intérêts des expropriés, indemnisés de leur préjudice certain, et ceux des expropriants, protégés de la spéculation foncière sur les biens concernés par le projet après l'annonce de l'expropriation »

Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2011, n° 11-40.013 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, qui limite le droit du bailleur de refuser le renouvellement du bail au preneur ayant atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles, en invoquant la conservation d'une exploitation de subsistance, n'a ni pour objet ni pour effet de priver le propriétaire bailleur de son droit de propriété ; qu'il en résulte que le texte litigieux n'entre pas dans les prévisions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »

Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2011, n° 11-40014 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai; que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ». V. dans le même sens Cass. 3^{ème} civ., 12 octobre 2011, n° 11-40.055.

Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-23.962 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, qui autorise le bailleur à refuser le renouvellement du bail ou à en limiter la durée pour un preneur ayant atteint l'âge de la retraite, sous réserve de la conservation d'une exploitation de subsistance, s'applique sans discrimination à l'ensemble des preneurs à bail rural, qu'elle réponde à un motif d'intérêt général de politique agricole et que sa mise en oeuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ».

Cass. 2^{ème} civ., 1 juin 2011, n° 11-40009 :

« Mais attendu que la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 241-10 III, alinéa 3, du code de la sécurité sociale présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité en ce que cet article introduit une distinction entre des organismes publics assurant la même mission d'aide à domicile, sans qu'il apparaisse à l'évidence que la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-90.048 :

« la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées ont pour objet de vérifier que l'entrepreneur de spectacles vivants présente des garanties de compétence, d'expérience professionnelle et de probité permettant de présumer qu'il exécutera ses obligations

d'employeur en matière de droit du travail et de sécurité sociale et respectera les dispositions légales et réglementaires relatives notamment à la protection de la propriété littéraire et artistique et à la préservation de la sécurité des spectateurs, sans qu'il en résulte des atteintes disproportionnées à la liberté d'entreprendre ni à la liberté d'expression ».

Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, n° 10-16.184 : qui rejette le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité en affirmant notamment que « *le dispositif ainsi mis en œuvre, destiné à garantir le plus large accès aux produits d'assurance en permettant au souscripteur, pour profiter d'une concurrence accrue dans le cadre d'un marché unique de l'assurance, d'obtenir les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à ses besoins, répond à un objectif de protection du consommateur (...)* ».

Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2011, n° 10-21.634 :

« que la question posée présente un caractère sérieux tant au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi que de celui de solidarité sociale porté par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'il déroge à l'égalité en sanctionnant les personnes handicapées qui ont occupé un emploi par rapport à celles qui n'en ont pas occupé sans que la différence de traitement qui en résulte n'apparaisse en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Cass. 3^{ème} civ., 11 janvier 2011, n° 10-40.051 :

« en troisième lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors, d'abord, que l'article 14 de la loi du 4 mars 1996 critiqué qui prévoit que les dispositions de cette loi s'appliquent de plein droit, à la date de leur entrée en vigueur, aux baux en cours et aux bénéficiaires du droit au maintien dans les lieux, n'opère à l'évidence aucune discrimination entre les locataires d'un logement entrant dans le champ d'application de cette loi et qui remplissent les conditions financières qu'elle définit, ensuite, qu'il répond à un motif d'intérêt général de justice sociale, enfin, que sa mise en oeuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ».

Cass. soc. 22 juin 2011, n°10-27.131

« la disposition contestée, qui prévoit qu'exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est imputable sur les temps de repos quotidien et hebdomadaire prévus aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2 du code du travail, dès lors que l'astreinte ne constitue pas du temps de travail effectif et fait l'objet dans sa mise en place et ses modalités de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle, n'est pas contraire au droit à la protection de la santé, au repos et aux loisirs tels que prévus par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

Cass. soc., 11 juillet 2011, n°11-40031 :

« il apparaît à l'évidence que la différence de traitement instituée par le législateur est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit et notamment avec les droits et garanties institués au

		<p><i>bénéfice du fonctionnaire placé en position de détachement ».</i></p> <p>Cass. com., 13 mai 2011, n° 10-25.772 :</p> <p><i>« cette disposition s'intégrant dans l'ensemble de celles régissant la procédure devant l'Autorité de la concurrence et ayant, notamment, <u>pour objet et pour effet</u> de parfaire la séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'Autorité de la concurrence, la question ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués »</i></p>
<p>Eléments pris en compte pour l'appréciation - III</p> <p>Prise en compte de l'intention du législateur</p>	<p>Le Conseil d'Etat s'intéresse, pour apprécier le sérieux de la question portant sur l'inconstitutionnalité de la loi, à l'intention du législateur lors de son élaboration :</p> <p>CE n°349579 du 11 juillet 2011 : <i>« en fixant une obligation (...), le législateur a voulu contribuer à généraliser les procédures dans l'intérêt du SP et a retenu un critère en rapport avec l'intérêt général, d'où il suit que le moyen n'est pas sérieux ».</i></p> <p>CE n° 341141 du 24 septembre 2010 :</p> <p><i>« que, d'autre part, <u>il ressort des travaux préparatoires des dispositions contestées qu'en retenant la date du 1er janvier</u></i></p>	<p>De même, la Cour de cassation peut, pour contrôler le caractère sérieux, se référer à l'intention du législateur encore que cette référence soit plus rare que la précédente.</p> <p>Cass. crim., 6 décembre 2011 , n° 11-83.177 :</p> <p><i>« la peine d'emprisonnement prévue par la disposition critiquée, que le juge a le pouvoir de moduler en fonction de la situation soumise à son appréciation, en particulier au regard de motifs humanitaires, <u>a été considérée comme nécessaire par le législateur pour lutter avec efficacité contre l'immigration clandestine et l'exploitation des êtres humains</u>, et que, d'autre part, la sanction n'apparaît pas manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction »</i></p> <p>Cass. crim., 9 mars 2011 , n° 10-87.542 :</p> <p><i>« <u>au regard des objectifs qu'il s'est assigné, le législateur a</u></i></p>

2006, le législateur a entendu tenir compte de ...; qu'ainsi, les dispositions contestées ne créent aucune rupture caractérisée de l'égalité des contribuables devant les charges publiques ; que, par suite, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux » ;

CE n° 342099 du 2 mars 2011:

« que les sociétés consentant des avantages ... se trouvent, pour l'établissement de l'impôt, dans une situation différente des autres sociétés au regard de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale, que le législateur a entendu poursuivre par les dispositions contestées »

Ce qui n'est ■'ailleurs pas une spécificité de l'appréciation du caractère sérieux, puisque le Conseil d'Etat le fait aussi pour l'appréciation des trois conditions de recevabilité (notamment celle de l'applicabilité au litige) :

CE n° 329290 du 4 avril 2010 (« loi anti-Perruche ») :

« Considérant, en second lieu, qu'il résulte implicitement mais nécessairement du 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur »

adopté, par les dispositions critiquées de la loi du 21 mai 1836, des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ».

<p>Eléments pris en compte pour l'appréciation - IV</p> <p>Prise en compte de « l'argument de conventionnalité » (débat antérieurs ou parallèles relatifs à la conventionnalité des dispositions en cause)</p>	<p>Le Conseil d'Etat prend-il en compte l'argument tiré de l'inconventionnalité d'une loi pour apprécier le sérieux d'une question portant sur son inconstitutionnalité, notamment lorsque sont en cause des principes constitutionnels et conventionnels identiques ? en fait-il un argument, un indice, une présomption ?</p> <p>Bien évidemment, le Conseil d'Etat rappelle clairement le principe selon lequel « <i>les moyens tirés de la méconnaissance des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne peuvent être invoqués directement à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité</i> » (CE n° 347581 du 15 juin 2011), ce qui vaut d'ailleurs pour toute autre convention internationale dont la violation serait invoquée à l'appui d'une QPC.</p> <p>On sait aussi que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, loin de se combiner, doivent être découplés et ne peuvent que se succéder, avec priorité à l'argument de constitutionnalité (voir pour un rappel, CE n° 349751 du 16 novembre 2011)</p> <p>Pour autant, l'argument de conventionnalité n'est pas totalement écarté, qui peut contribuer à l'argumentation ou à l'appréciation du Conseil d'Etat</p> <p>On trouve ainsi des cas dans lesquels le Conseil d'Etat transmet une QPC pour cause de doute sur la constitutionnalité d'une disposition ayant été antérieurement jugée inconventionnelle dans une décision qui n'a pas pu l'indifférer totalement :</p>	<p>La Cour de cassation ne fait en principe pas de lien explicite entre conventionnalité et constitutionnalité de la loi. Partant, une disposition considérée comme conventionnelle n'est pas, pour cette raison, déclarée non sérieuse et inversement, l'inconventionnalité ne motive pas en tant que telle la transmission notamment sur le terrain du caractère sérieux de la disposition en tant qu'elle ferait présumer l'inconstitutionnalité. Et pour cause, ces deux contrôles sont en principe distincts (in, P. Deumier, « <i>QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage)</i> », <i>RTD civ.</i> 2010, p.504 ; V. aussi, M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une cours suprême ? », <i>JCP éd. G</i> 2012, 722).</p> <p>En ce sens, Cass. Ass. plén., 8 juillet 2010, n° 10-60.189, dans lequel l'Assemblée plénière renvoie la question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi du 20 août 2008 alors que la Chambre sociale l'avait jugée conforme à la CEDH (Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60-428).</p> <p>Pour autant, un arrêt de la Chambre criminelle paraît quelque peu ambigu sur ce point en ce qu'il sollicite les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, instaurant ainsi un lien entre appréciation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité et ce texte.</p> <p>Cass. crim., 15 mars 2011, n° 10-90.126</p> <p>« <i>L'article 181, alinéas 8 et 9, du code de procédure pénale prévoit que la personne accusée d'un crime et détenue provisoirement doit comparaître devant la cour d'assises dans des délais déterminés ; qu'au moment de cette comparution, la cour</i></p>
--	--	--

CE n° 329290 du 14 avril 2010 : le Conseil d'Etat transmet une QPC mettant en cause une loi (« anti-Perruche ») déjà jugée inconstitutionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Draon du 6 octobre 2005) et pour les mêmes motifs (rétroactivité).

De même, il lui est arrivé d'interpréter un principe constitutionnel à la lumière de dispositions de conventions internationales, afin de pouvoir conclure ou non à la transmission :

CE n° 349624 du 26 juillet 2011:

« considérant, s'agissant des autres motifs invoqués par M. A, que la circonstance qu'un contribuable supporte des dépenses afférentes à l'entretien d'un enfant sans pour autant bénéficier d'un avantage fiscal à ce titre ne saurait, en tout état de cause, constituer une méconnaissance des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui s'appliqueraient à la tutelle et des droits de la famille, de l'enfant et de l'adoption consacrés aux alinéas 10. 11. 13 et 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et interprétés au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la convention internationale des droits de l'enfant ».

Cela qui ne l'empêche pas de conserver toute sa liberté et

peut renvoyer l'examen de l'affaire aux fins d'exécution de mesures d'instruction complémentaires ; qu'il lui appartient alors de s'assurer si les conditions de l'article 144 du code de procédure pénale demeurent réunies et, conformément aux prescriptions de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, si la durée de la détention provisoire de l'accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable ; qu'ainsi, la disposition contestée en ce qu'elle ne prévoit pas de délai pour le jugement de l'accusé détenu, telle qu'interprétée par la chambre criminelle, ne porte à l'évidence pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ».

De même le refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la loi Gayssot peut être interprété, encore que la lettre de l'arrêt n'en souffle mot, comme instaurant un lien entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité.

V. not. Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774 (refus de renvoyer la loi Gayssot jugée conventionnelle par la Chambre criminelle dans un arrêt du 20 décembre 1994 (*Bull. crim.*, n° 424)).

V. aussi, Cass ,19 mai 2010, n° 09-83.328 (refus de transmission d'une loi déjà déclarée conventionnelle). Contra, Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 10-85.159 et 10-85.305

	<p>son autonomie d'appréciation, dans le respect de la différenciation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.</p> <p>Ainsi, le Conseil d'Etat refusera de transmettre, pour défaut de sérieux, une question relative à sa dualité fonctionnelle, pourtant déjà et parallèlement contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme (CE n° 320667 du 16 avril 2010 Sté Alcaly).</p> <p>De même, il revendique une autonomie dans son appréciation de la constitutionnalité, qui ne saurait être liée par une appréciation de la conventionnalité des dispositions concernées, qu'elle soit opérée par lui-même ou un autre juge.</p> <p>Ainsi, un brevet de conventionnalité décerné à une disposition législative n'influence pas fondamentalement n'a pas pour effet de valoir brevet de constitutionnalité, même si les principes constitutionnel et conventionnel en cause sont proches voire identiques (voir CE n° 336753 du 14 avril 2010 Labane, à rapprocher des arrêts CE n° 274664 et n° 286122 du 18 juillet 2006).</p>	
<p>Eléments pris en compte pour l'appréciation - V</p> <p>Prise en compte des</p>	<p>Le Conseil d'Etat prend en compte les conséquences de la loi ou de ses conditions d'application:</p> <p>CE n° 349383 du 13 juillet 2011 : la disposition « <i>eu égard aux effets de seuil qu'elle induit</i> », soulève une question sérieuse.</p>	<p>La Cour de cassation se réfère parfois aux conditions dans lesquelles la disposition s'applique. Notamment, elle peut faire référence à l'objet et l'effet de la disposition critiquée.</p> <p>Cass. crim., 28 février 2012, n° 11-88.452 :</p> <p>« <i>la question posée ne présente pas un caractère sérieux ; qu'en</i></p>

<p>conditions dans lesquelles s'applique effectivement la loi (pour <u>apprécier le sérieux ou la nouveauté</u>), y compris de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite.</p> <p><i>Attention : il n'est pas question ici de la contestation, par la voie de QPC, d'une interprétation de la loi (« droit vivant »)</i></p> <p><i>L'interprétation des lois n'est qu'un argument au service de l'appréciation du caractère sérieux de leur contestation.</i></p>	<p>CE n° 346460 du 20 avril 2011 :</p> <p>la question du niveau insuffisant de garantie de certaines dispositions du code de l'action sociale, vu « <i>l'évolution défavorable des charges exposées par les départements au titre de l'APA, amplifiée par une dynamique moindre des ressources disponibles pour en assurer le financement, et compte tenu de la situation différenciée des départements au regard de l'évolution des charges</i> », confrontée à l'art 72 de la Constitution, est bien une question nouvelle et sérieuse.</p> <p>(voir aussi CE n° 346227 du 20 avril 2011 et les autres espèces du même jour, dans le cadre d'une action concertée de plusieurs départements)</p> <p>CE n° 344766 du 4 mars 2011 :</p> <p>« <i>vu leur objet et leur portée, les dispositions de l'art L 242 du code des juridictions financières n'affectent pas les principes constitutionnels</i>»</p> <p>CE 9 juillet 2010 n° 340142 : « <i>que ces dispositions, dont la portée a été précisée par la jurisprudence, ne présentent pas de difficulté particulière d'interprétation qui, eu égard</i></p>	<p><i>effet, les dispositions légales critiquées définissent les éléments constitutifs du délit de dénonciation calomnieuse en ne créant aucune présomption de culpabilité, ainsi que le prescrit l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que, si l'article contesté traite distinctement les cas dans lesquels la fausseté des faits est établie par une décision pénale définitive reconnaissant que le fait dénoncé n'a pas été commis ou n'est pas imputable à la personne concernée, le plaignant se trouve alors dans une situation différente de celle des plaignants pour une dénonciation calomnieuse n'ayant pas abouti à une telle décision ; qu'ainsi, il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité devant la loi, lequel implique uniquement qu'à des situations semblables, il soit fait application de règles semblables »</i></p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 28 septembre 2011, n° 11-13.879 :</p> <p>« <i>Et attendu, en second lieu, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, la règle du plafonnement ne s'applique pas lorsque les parties l'ont exclue de leurs prévisions contractuelles ou ont pu s'accorder sur le montant du loyer du bail renouvelé, et, par suite, ne porte atteinte ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle, d'autre part, le loyer plafonné étant le loyer initialement négocié augmenté de la variation indiciaire si l'environnement du bail est demeuré stable, il ne résulte de l'application de la règle ni atteinte ni dénaturation du droit de propriété ».</i></p>
--	--	--

notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, le moyen tiré de ce qu'elles méconnaîtraient le principe de clarté de la loi découlant de l'article 34 de la Constitution et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne présente pas un caractère sérieux ;

CE n° 326977 du 21 mars 2011 :

« en prévoyant que (...) le législateur a désigné en des termes non équivoques, dont la portée a été précisée par la jurisprudence, les biens entrant dans le champ d'application... qu'ainsi éclairée par la jurisprudence, ces dispositions qui, au regard de l'objet de la loi, prennent en compte la différence de situation et ne portent pas atteinte au principe d'égalité »

CE n° 338638 du 18 juin 2010 : « que ces dispositions, telles qu'interprétées par la jurisprudence, n'ont pas pour effet de ..., dans des conditions respectant les garanties attachées au principe constitutionnel du respect des droits de la défense procédant des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que par suite, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux » ;

Cass. 3^{ème} civ., 30 novembre 2010, n° 10-16.828 :

« Attendu que la question présente un caractère sérieux, au regard des conditions dans lesquelles M. X... pourrait se trouver dépossédé sans contrepartie d'un bien qu'il a acquis selon les modes du code civil » (propriété de la zone des cinquante pas géométriques ».

Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-23.962 :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, qui autorise le bailleur à refuser le renouvellement du bail ou à en limiter la durée pour un preneur ayant atteint l'âge de la retraite, sous réserve de la conservation d'une exploitation de subsistance, s'applique sans discrimination à l'ensemble des preneurs à bail rural, qu'elle répond à un motif d'intérêt général de politique agricole et que sa mise en oeuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ».

Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 10-40027

« Et attendu, en second lieu, que la question n'a pas de caractère sérieux dès lors que les termes "presque exclusivement" contenus dans l'article L. 7321-2 du code du travail, tels qu'interprétés à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, ne sont ni

		<p><i>imprécis ni équivoques et ne peuvent porter atteinte aux objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ni, en conséquence, aux droits et libertés visés dans la question ».</i></p> <p>V. aussi, Cass. soc., 28 sept. 2010, n°10-40028 ; Cass. soc., 30 nov. 2010, n°10-14175.</p>
<p>Référence aux décisions et interprétations du Conseil constitutionnel</p> <p>(à l'appui de l'analyse du caractère sérieux de la QPC, pour justifier la transmission ou la non transmission)</p>	<p>Le Conseil d'Etat, valorisant sa grande proximité avec le Conseil constitutionnel, fait fréquemment référence, implicitement ou explicitement, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mentionnant dès que nécessaire les décisions précisément visées, à l'appui de son appréciation.</p> <p><u>Ainsi, pour des références à la jurisprudence du Conseil constitutionnel :</u></p> <p>CE n° 341065 du 29 septembre 2010 : « <i>comme la requérante le relève d'ailleurs elle-même, il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ce principe ne peut être utilement invoqué en dehors du domaine répressif ; ...qu'en conséquence, la question ... présente pas un caractère sérieux</i> » ;</p> <p>CE n° 331025 du 19 mai 2010: « <i>Considérant que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion à plusieurs reprises de faire application de cette disposition à valeur constitutionnelle ; que l'article 728-1 a un caractère purement conservatoire ; que par suite, la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux</i> »</p>	<p>La Cour de cassation fait parfois référence aux décisions du Conseil constitutionnel ou à l'interprétation qu'il retient. Cette référence est notamment patente dans l'appréciation du principe d'égalité.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, n° 11-40003 : « <i>Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que, d'une part, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi tel qu'il est consacré par le Conseil constitutionnel (...) et en ce que, d'autre part, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit</i> ».</p> <p>Cass. crim., 7 juin 2011, n° 11-90.034 :</p> <p>« <i>d'autre part, il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, et qu'enfin, la personne réclamée peut, dans tous les cas et à tout moment, former une demande de mise en liberté devant la chambre de l'instruction</i> »</p>

	<p>CE 19 janvier 2011 n° 343389 : « <u>Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de ...qu'il en résulte que ni le moyen tiré d'une atteinte excessive à des contrats légalement conclus en méconnaissance des exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ni ceux tirés de la méconnaissance de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours juridictionnel effectif garantis par l'article 16 de cette Déclaration ne présentent de caractère sérieux</u> » ;</p> <p>CE n° 339595 du 2 mars 2011 : « <u>que, toutefois, ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel, les incapacités édictées dans un but déontologique, ..., ne constituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition...</u> »</p> <p><u>* Pour des références à l'interprétation donnée de dispositions par le Conseil constitutionnel :</u></p> <p>CE n° 320667 du 16 avril 2010 Société Alcaly : « <u>que toutefois, il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel...</u> »</p> <p>CE n° 326363 du 25 juin 2010 : <u>Considérant, que toutefois, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, ...</u></p>	<p>Cass. crim., 6 septembre 2011, n° 10-90.068, 10-90.071, 10-90.72 & 10-90.073 :</p> <p>« <u>les griefs formulés concernent le régime de l'assistance effective du suspect par un avocat défini, par les articles 62, alinéa 2, 63-4-1 à 63-4-5 du code de procédure pénale ; que ces questions présentent un caractère sérieux, en ce qu'elles portent sur les conditions et modalités de l'exercice des droits de la défense et leur conformité aux principes affirmés par la décision n° 2010-14/22 QPC en date du 30 juillet 2010 du Conseil constitutionnel</u> ».</p> <p>Cass. crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-90.125 :</p> <p>« <u>si l'article 393 du code de procédure pénale a été déclaré conforme à la Constitution par la décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, les décisions récentes du Conseil constitutionnel sur l'exercice des droits de la défense au cours de la phase procédurale précédant le procès sont de nature à constituer un changement des circonstances de droit ; que, par ailleurs, l'article 803-2 du code de procédure pénale n'a pas été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel</u> ».</p> <p>Cass. crim., 22 juin 2011, n° 11-90.053 :</p> <p>« <u>Et attendu que la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux en ce que la disposition légale critiquée, d'une part, ne porte pas atteinte au principe de l'égalité devant la loi, dès lors que si elle institué des règles de procédure différentes</u></p>
--	---	--

* Pour des références à des décisions DC du Conseil constitutionnel visées expressément :

CE n° 339595 du 27 juillet 2010 :

Considérant, toutefois, ainsi qu'il ressort de la décision du Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, que les exigences qui découlent du principe à valeur constitutionnelle de légalité des peines, .., se trouvent satisfaites par ... ; que ces exigences sont satisfaites dès lors que les textes applicables (...); que la question soulevée n'est pas nouvelle ; qu'elle ne présente pas davantage un caractère sérieux ;

CE n° 347547 du 26 juillet 2011 :

« que, les droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne sont pas méconnus dès lors qu'il résulte de ces mêmes dispositions que la personne faisant l'objet du titre exécutoire peut former à l'encontre de celui-ci une réclamation (...); que, par suite, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans

selon que le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale ou d'une personne physique, celles-ci ne procèdent pas de distinctions injustifiées et des garanties égales sont assurées aux justiciables, et, d'autre part, ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence, dès lors que des présomptions de culpabilité peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable et qu'est assuré le respect des droits de la défense ».

Cass. Ire civ., 14 septembre 2011, n° 11-40.051 :

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article 4 de la Déclaration de 1789 ne fait pas obstacle à ce que le législateur déroge partiellement au principe de responsabilité en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage, la responsabilité d'une autre personne physique ou morale ; qu'il résulte de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 qu'en cas de faute de service, la responsabilité de la personne publique se substitue à celle de son agent, de sorte que les tribunaux de l'ordre administratif sont compétents pour connaître de l'action en responsabilité ; que, dès lors, cette disposition ne porte aucune atteinte aux droits des victimes d'actes fautifs, ni au droit à un recours juridictionnel effectif » (reprise implicite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En ce sens, B. Mathieu, « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité . - 22 juillet - 18 novembre 2011 », JCP éd. G 2011, p.1372).

sa décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, l'intéressé dispose toujours de la faculté de demander ... »

CE n° 338344 du 18 juin 2010 ; interprétation d'une disposition au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et référence explicite à sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

Voir aussi CE n° 342072 du 29 octobre 2010 ; CE n° 341845 du 4 octobre 2010 ; CE n° 321056 du 16 juillet 2010 ; CE n° 347547 du 26 juillet 2011

* Pour des références à des décisions QPC du Conseil constitutionnel visées expressément (hors appréciation de la condition d'absence d'autorité de chose jugée) :

CE n° 317086 du 9 juillet 2010 : « *Considérant qu'ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, les dispositions de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, mises en oeuvre par l'article 34 de la Constitution, n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* » ;

Compétence pour apprécier le sérieux des QPC portant sur l'interprétation faite par le juge de la loi

Attention, ici, c'est bien l'interprétation jurisprudentielle qui est contestée par le requérant

S'il admet les contestations portant sur l'interprétation jurisprudentielle qu'il fait des lois (CE 15 juillet 2010 Compagnie agricole de la Crau), le Conseil d'Etat se déclare aussi, sur le principe, compétent pour apprécier le caractère sérieux des questions portant sur la constitutionnalité de l'interprétation qu'il fait des lois.

CE n° 347444 du 12 septembre 2011 M et Mme A :
« *Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la circonstance que le Conseil d'Etat a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qu'ils soulèvent et n'est, en tout état de cause pas incompatible avec les stipulations des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » ;

On trouve donc plusieurs arrêts dans lesquels l'appréciation du sérieux ou de la nouveauté de la QPC par le Conseil d'Etat porte sur sa propre jurisprudence

CE 25 novembre 2011 n° 352987 : la QPC invoquant « *la méconnaissance par la jurisprudence constante du Conseil d'Etat du droit à un recours juridictionnel effectif* » n'est pas ici sérieuse.

Voir aussi CE n° 349043 du 26 juillet 2011

La Cour de cassation a d'abord refusé de soumettre son interprétation des dispositions critiquées au contrôle du Conseil.

V. notamment, Cass. crim. 19 mai 2010, n° 09-82.582, 09-87.307 ; 19 mai 2010, n° 09-87.651 ; 31 mai 2010, n° 09-87.578 ; 4 juin 2010, n° 09-86.373, 09-87.925, 09-85.359, 09-85.359, 09-84.928, 09-86.328 ; 11 juin 2010, n° 10-81.810 ; 25 juin 2010, n° 10-82.506 ; 8 juillet 2010, n° 10-80.764 ; 9 juillet 2010, n° 09-87.297 et 09-88.414 ; Cass. Ass. plén., 9 juillet 2010, n° 09-87.297, n° 09-88.414 et 09-87.205.

Puis, progressivement elle a infléchi sa jurisprudence, recevant en cela la théorie du droit vivant :

Cass. crim., 14 septembre 2010, 10-90.090, 19 janvier 2011, n° 10-85.159 et 10-85.305, 6 avril 2011, n° 10-85.470, 16 juin 2011, n° 11-81.628, 21 juin 2011, n° 11-90.036, 4 octobre 2011, n° 11-85.450, 19 octobre 2011, n° 10-88.197 ; Cass 3^{ème} civ., 30 juin 2011 n°11-40.017 et n° 11-40.018 ; Cass. soc., 30 mai 2011, n° 11-13.25

<p>Techniques de contrôle - I</p> <p>Le contrôle de proportionnalité</p>	<p>Le Conseil d'Etat recourt très fréquemment au contrôle de proportionnalité, mettant en balance plusieurs principes et objectifs constitutionnels entre eux pour établir le doute sérieux sur la constitutionnalité de la disposition contestée.</p> <p>*Il apprécie ainsi la proportionnalité ou la disproportion de l'atteinte causée aux libertés :</p> <p>CE n° 340302 du 13 juillet 2010 : <i>« cette interdiction, répond, comme cette dernière mesure, à la nécessité de sauvegarder l'ordre public ; qu'elle n'entraîne aucune privation de liberté individuelle, est assortie des mêmes garanties que l'interdiction de stade et porte à la liberté d'aller et de venir une atteinte limitée et proportionnée à l'objectif poursuivi ; »</i></p> <p>CE n° 345661 du 4 avril 2011 : <i>« qu'au regard des contraintes d'ordre public, e le législateur, en prévoyant, n'a pas porté à la liberté d'aller et venir reconnue aux étrangers une atteinte disproportionnée »</i></p> <p>CE 15 septembre 2010 n° 340570 : <i>« que cette règle répond ainsi à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé publique et ne porte pas à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi »</i></p> <p>* Il constate que la conciliation opérée par le législateur n'est pas « manifestement déséquilibrée » et que celui-ci n'a pas imposé de limitations aux droits « manifestement excessives » :</p>	<p>La Cour de cassation a parfois recours au contrôle de proportionnalité. Ce contrôle est généralement utilisé lors de l'examen du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, n° 10-17.096 :</p> <p><i>« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article 4 de la Déclaration de 1789 ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour des motifs d'intérêt général et de manière non disproportionnée, les conditions d'indemnisation des victimes ; que la loi du 5 juillet 1985 a instauré un droit à indemnisation pour toutes les victimes d'accidents de la circulation et que, pour des motifs d'intérêt général, notamment de sécurité routière, seule la propre faute de la victime conductrice est de nature, sous le contrôle du juge, à limiter ou à exclure son droit à indemnisation ; que dès lors il ne résulte de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 aucune atteinte disproportionnée ni aucune atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif ».</i></p> <p>Cass. 3^{ème} civ., 8 septembre 2011, n° 11-12.374 :</p> <p><i>« Que la question posée présente un caractère sérieux en ce que la disposition conditionnant l'existence d'un droit réel à son inscription à un registre de publicité foncière pourrait apparaître comme disproportionnée à l'objectif poursuivi d'information des</i></p>
---	--	--

CE n° 345288 du 2 mars 2011 : « *Que les dispositions visent seulement à limiter... en étant propre à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ...* »

CE n° 349751 du 16 novembre 2011: (...) compte tenu des « *charges non manifestement excessives imposées par le législateur, au regard du principe d'égalité* »

CE n°340849 du 8 octobre 2010 : « *les dispositions (...) répondent à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, compte tenu de la gravité des troubles qui lui sont portés par les membres de certains groupements et associations de soutien des associations sportives, et ne portent pas d'atteinte excessive au principe de la liberté d'association qui est au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ».

CE n° 342947 du 15 novembre 2010 : « *que ces délais n'apparaissent pas manifestement inadaptés, eu égard notamment aux règles* » ...

CE n° 345288 du 2 mars 2011 : « *Considérant, d'une part, qu'en assujettissant les établissements interdits aux mineurs en raison de leur caractère licencieux ou pornographique au prélèvement spécial ..., le législateur a entendu lutter contre la multiplication de ces lieux de vente et de rencontre à caractère pornographique ; que les dispositions contestées, qui, contrairement à ce qui est soutenu par la société requérante, sont en rapport avec l'objectif poursuivi, comportent des mesures ... propres à assurer une*

tiers ».

Cass. 2^{ème} civ., 3 février 2011, n° 10-17.148 :

« *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce qu'au regard du principe constitutionnel de la nécessité des peines, la disposition contestée, à supposer qu'elle soit une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est ni automatique ni disproportionnée, le montant du taux de l'intérêt légal étant proportionnel aux sommes en jeu et à la durée du manquement de l'assureur et pouvant être arrêté par la présentation d'une offre d'indemnisation régulière ou réduit par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur* ».

Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 2011, n° 10-26675 :

« *Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'au regard des principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines, la disposition contestée, à supposer qu'elle soit une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est entachée de disproportion manifeste, ni dans l'assiette ni dans le montant de la majoration de l'indemnité due à la victime, ce montant pouvant être réduit d'une part, par la présentation d'une offre d'indemnisation régulière, d'autre part, par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur* ».

Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, n° 11-40006 :

conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de liberté d'entreprendre et l'objectif d'intérêt général qu'elles poursuivent »

Voir aussi, parmi de nombreux autres exemples, CE n° 340849 du 8 octobre 2010 ; CE n° 348394 du 14 septembre 2011 ; CE n° 341845 du 4 octobre 2010

« (...) les limites apportées au droit de propriété avant l'intervention d'un juge, sur le fondement de la copie exécutoire d'un acte notarié, n'emportent pas privation de ce droit et sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (...) ».

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-82.858 :

« les dispositions contestées, qui permettent à un officier de police judiciaire de requérir de toute personne, de tout organisme, privé ou public ou de toute administration publique la remise de documents, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, supposent, pour être mises en oeuvre, une autorisation préalable du procureur de la République, qui appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, ce qui est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ».

Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90.089 :

« les textes précités ne méconnaissent à l'évidence aucun des droits ou principes que la Constitution garantit ; que les droits de visite et de vérification exercés par les agents des douanes, sous le contrôle d'un juge, répondent, sans disproportion, aux objectifs de valeur constitutionnelle de lutte contre les fraudes transfrontalières et les atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne ».

Cass. crim., 1^{er} juin 2011, n° 11-90.039 :

« la question posée ne présente pas un caractère sérieux, les dispositions contestées ne méconnaissant, à l'évidence, aucun des droits ou principes que la Constitution garantit ; que, d'une part, les limitations apportées par le législateur à la liberté d'entreprendre répondent, sans disproportion, à des impératifs d'ordre, de sécurité et de santé publics ; que, d'autre part, l'interdiction spécifique prise à l'encontre des ressortissants de pays n'appartenant ni à l'Union européenne ni à l'Espace économique européen, respecte les clauses d'assimilation ou de réciprocité des engagements internationaux souscrits par la France »

Cass. crim., 6 décembre 2011, n° 11-83.177 :

« la peine d'emprisonnement prévue par la disposition critiquée, que le juge a le pouvoir de moduler en fonction de la situation soumise à son appréciation, en particulier au regard de motifs humanitaires, a été considérée comme nécessaire par le législateur pour lutter avec efficacité contre l'immigration clandestine et l'exploitation des êtres humains, et que, d'autre part, la sanction n'apparaît pas manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction »

Cass. crim., 26 janvier 2011, n° 10-85.341 :

« les articles 568, 575 G et H du code général des impôts, qui définissent les conditions de circulation et de détention des tabacs manufacturés, ne portent pas à l'évidence une atteinte

disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie, s'agissant d'une marchandise qui, soumise à un encadrement au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé publique, ne peut être l'objet ni d'un commerce ordinaire ni d'un service ordinaire »

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-90.048 :

« la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées ont pour objet de vérifier que l'entrepreneur de spectacles vivants présente des garanties de compétence, d'expérience professionnelle et de probité permettant de présumer qu'il exécutera ses obligations d'employeur en matière de droit du travail et de sécurité sociale et respectera les dispositions légales et réglementaires relatives notamment à la protection de la propriété littéraire et artistique et à la préservation de la sécurité des spectateurs, sans qu'il en résulte des atteintes disproportionnées à la liberté d'entreprendre ni à la liberté d'expression ».

Cass. crim., 9 mars 2011, n° 10-87.542 :

« au regard des objectifs qu'il s'est assigné, le législateur a adopté, par les dispositions critiquées de la loi du 21 mai 1836, des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ».

Cass. Ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10.965 :

« les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux en ce que, sous réserve du respect de l'exigence constitutionnelle de proportionnalité, laquelle implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives »

Cass. com. 2 nov. 2011, n° 10-25.570 :

« si le but de l'article L. 624-6 du code de commerce est d'intérêt général comme tendant à l'apurement du passif, le moyen utilisé, consistant, non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné au texte, en privant le conjoint du débiteur de tout droit réel sur le bien litigieux ; que la question posée présente donc un caractère sérieux au regard du principe de protection du droit de propriété ».

Cass. soc., 20 oct. 2011, n° 11-60.203

« la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat

de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, et ne porte atteinte à aucun des principes invoqués ».

Cass. soc., 30 novembre 2011, n°11-40.072 :

« la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la constitution par une organisation syndicale d'une section syndicale au sein de l'entreprise, laquelle ouvre un certain nombre de droits, constitue une condition raisonnable et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, et ne porte atteinte à aucun des principes invoqués ; ».

Cass. soc., 14 déc. 2011, n°11-40.076 :

« les caisses de congés payés sont des organismes de droit privé chargés de l'exécution de missions de service public et investies à cette fin de prérogatives de puissance publique ; que l'atteinte portée à la liberté d'association, qui est justifiée par la mission d'intérêt général confiée aux caisses, et dont l'accomplissement est de nature à garantir, pour les salariés concernés, le respect des exigences des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; qu'ainsi, la question ne présente pas un caractère sérieux ».

**Techniques de
contrôle –II**

La combinaison de
normes

Il recourt à la combinaison des normes au service de son appréciation

CE n° 349382 du 28 juillet 2011 : Considérant que l'article 65 de la loi du 23 décembre 1986 ... a permis aux communes et à certains de leurs groupements, ... de proroger les effets de la limite légale de densité et des valeurs de cette limite résultant de la rédaction du chapitre II du titre Ier du livre Ier du même code antérieurement à la publication de la loi ; que, par ailleurs, la nouvelle rédaction donnée par l'article 64 de la même loi à l'article L. 112-1 du code de l'urbanisme a prévu que les communes et certains de leurs groupements auraient, pour l'avenir, la faculté d'instaurer une limite de densité, appelée plafond légal de densité ; qu'il résulte de ces dispositions, combinées à celles de l'article L. 112-2 du même code, que le bénéficiaire

CE n° 327062 du 8 juin 2010:

« Considérant, d'une part, qu'eu égard à la lecture combinée de ces dispositions et de celles de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales qui subordonnent la possibilité, pour les collectivités territoriales et leurs groupements, d'exploiter des réseaux ou d'offrir des services de communication électronique au respect du principe d'égalité et de libre concurrence, les dispositions de L. 33-7 du code des postes et des télécommunications électroniques répondent à l'objectif

La Cour de cassation procède au contrôle de la troisième condition généralement en dissociant l'examen de la disposition critiquée en fonction des textes constitutionnels invoqués.

Parfois, l'examen est fondé sur une combinaison de normes constitutionnelles en tant qu'elle met en évidence leur conciliation.

Cass. crim., 9 février 2011, n° 10-85.572 :*« les dispositions légales critiquées qui réservent l'organisation et l'exploitation des loteries à une société contrôlée par l'Etat, assurent une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les principes de la liberté d'entreprendre, de la liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ».*

	<p><i>d'intérêt général qui implique que ... » ;</i></p> <p>Cette technique est également employée pour l'appréciation de la condition de nouveauté, concernant non seulement l'appréciation portée sur les dispositions législatives contestées mais aussi sur les dispositions constitutionnelles invoquées :</p> <p>CE n° 345637 du 8 avril 2011 :</p> <p><i>« que le moyen tiré de ce que [la loi du 5 juillet 1996] porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soulève une question nouvelle au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, alors même que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en vertu duquel la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société , en combinaison avec d'autres dispositions constitutionnelles ».</i></p>	
<p>Technique de contrôle – III</p> <p>L'interprétation conforme</p>	<p>Le Conseil d'Etat adopte parfois une interprétation conforme, neutralisante des dispositions législatives contestées, permettant de faire taire le doute possible sur le sérieux de certaines questions prioritaires.</p> <p>CE n° 338344 du 18 juin 2010 : Le conseil d'Etat juge la question non sérieuse en interprétant une disposition conformément aux exigences issues de la décision CC n°</p>	<p>La Cour de cassation recourt parfois à une interprétation conforme. Elle précise alors que l'interprétation de la disposition critiquée est conforme aux exigences constitutionnelles ce qui permet de neutraliser la question prioritaire de constitutionnalité dont le caractère sérieux ou nouveau ne peut plus être retenu.</p> <p>Cass. crim., 5 octobre 2010, n° 10-83.090 :</p>

	<p>88-248 DC du 17 janvier 1989 : cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de dispenser le CSA de respecter les droits de la défense, ce qui la rend conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.</p> <p>CE n° 331025 du 19 mai 2010 : <i>« que l'article 728-1 ... n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes prévenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit des parties civiles et des créanciers d'aliments, dès lors que cette mesure, dont il est excipé qu'elle méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence, a un caractère purement conservatoire ; que par suite, la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux »</i></p> <p>Voir aussi CE n° 346042 du 15 avril 2011 (interprétation de l'article 91 du code minier clarifiée par le Conseil d'Etat, en conformité avec les exigences constitutionnelles) ; CE n° 204756 du 8 décembre 2010, CE n° 331025 du 19 mai 2010, CE n° 338638 du 18 juin 2010, CE n° 332551 du 9 juillet 2010 Société COFITEM, CE n° 334665 du 16 juillet 2010 SCI La saulaie.</p>	<p><i>« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution ; »</i></p>
<p>Examen particulier pour les cas de QPC portant sur des lois de transposition des directives</p>	<p>Le Conseil d'Etat a déjà eu à transmettre une disposition législative dont la constitutionnalité était contestée, alors qu'elle avait pour objet d'assurer l'exacte transposition d'une directive européenne. Le Conseil d'Etat avait alors renoncé à poser une question préjudicielle sur une question qui ne lui semble pas présenter de difficulté au regard du droit de l'Union, préférant transmettre au Conseil constitutionnel cette question nouvelle au regard du bloc de</p>	<p>La question prioritaire de constitutionnalité doit nécessairement être fondée sur une atteinte portée à des droits et libertés garantis par la Constitution. Cela suppose d'une part, une consécration dans la Constitution (entendu comme englobant le bloc de constitutionnalité) et, d'autre part, une norme constitutionnelle consacrant « des droits et libertés ». Or, toutes les normes constitutionnelles n'emportent pas protection et/ou consécration de droits ou libertés. C'est notamment le cas des dispositions</p>

	<p>constitutionnalité enrichi en 2007 d'un article 66-1.</p> <p>CE n° 338505 du 8 octobre 2010 Daoudi : Contestation des dispositions de l'article L. 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, finalement transmise pour cause de nouveauté de la QPC contestant sa conformité à l'article 66-1 de la Constitution introduit en 2007.</p> <p><i>« Considérant, enfin, que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, soutient en défense que devrait être posée à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle de la conformité de l'article 17 de la directive 2000/83 du 29 avril 2004, dont les dispositions de l'article L. 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile assurent l'exacte transposition, au droit de l'Union ; qu'il résulte toutefois clairement des dispositions de cette directive, qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de (...) que par suite, il n'y a, en tout état de cause, pas matière pour le Conseil d'Etat à poser une telle question préjudicielle » ;</i></p>	<p>constitutionnelles faisant obligation aux Etats membres de transposer des directives européennes.</p> <p>Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2010, n° 09-68.755 :</p> <p><i>« Et attendu, d'autre part, que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne ne relève pas des droits et libertés que la Constitution garantit et ne saurait, par suite, être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ».</i></p> <p>Cass. soc., 15 février 2011, n°10-40.063 10-40.064 10-40.065</p> <p><i>« que les textes ayant pour objet de transposer les directives de l'Union européenne n'entrent pas dans le champ d'application des questions prioritaires de constitutionnalité ».</i></p> <p>Cass. soc. 15 juin 2011, n°10-27.130 ; Cass. soc. 15 juin 2011, n°10-27.131 : la question posée ne présente pas un caractère sérieux parce que les dispositions contestées <i>« se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 de l'Union européenne et ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de France ; que, par suite, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».</i></p>
--	--	--

<p>Hypothèses de recouvrements des domaines relevant des deux Cours suprêmes</p>	<p>Diverses matières peuvent donner lieu à des recouvrements, les deux cours suprêmes étant saisies de questions potentiellement comparables ou proches : le domaine fiscal, le domaine pénal, la fonction publique, le droit de l'urbanisme...</p>	<p>La question prioritaire de constitutionnalité a un effet particulier. Elle s'affranchit en quelque sorte de la division droit privé/droit public en autorisant les plaideurs à saisir les juridictions d'un ordre juridictionnel de questions visant des dispositions qui relèvent en principe d'un contentieux attribué aux juridictions de l'autre ordre.</p> <p>Plus symptomatique encore, elles font apparaître des zones de recouvrement de compétence entre juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Certains contentieux sont partagés entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives. C'est notamment le cas du contentieux de l'expropriation ou de certains aspects de l'hospitalisation sans consentement.</p> <p>En matière d'expropriation, les hypothèses en cause devant la Cour de cassation ne sont pas, dans ce cas, les mêmes que celles invoquées devant les juridictions de l'ordre administratif. On peut simplement constater que dans l'ensemble ces dispositions ne franchissent que difficilement le cap de la troisième condition de recevabilité. Par ailleurs, pour celles d'entre elles qui ont été transmises, leur constitutionnalité a été retenue par le Conseil constitutionnel si bien que l'ensemble des dispositions critiquées ont, pour l'instant, franchi avec succès l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité.</p> <p>En matière d'hospitalisation sans consentement, la question peut être quelque peu différente dans la mesure où une partie du contentieux est le foyer d'un conflit négatif de compétence. Au-</p>
---	---	--

		<p>delà, Cour de cassation comme Conseil d'Etat ont été amenés à se prononcer en cette matière en ce qu'ils se partagent le contentieux en fonction de la nature de la difficulté soulevée. A ce titre, le Conseil d'Etat (CE, 6 avril 2011, n° 346207) a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de laquelle il était soutenu que les dispositions des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 du Code de la santé publique portaient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il prononce le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel en précisant que : « <i>Considérant que les dispositions précitées sont applicables au litige dont est saisie la cour administrative d'appel de Paris ; qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte au droit à la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire, garantie par l'article 66 de la Constitution, soulève une question présentant un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ;</i> ». De même, le 24 septembre 2011, le Conseil d'Etat (n° 399110) a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité visant, cette fois ci, les articles L. 336, L. 337, L. 338, L. 339, L. 340 et L. 341 du Code de la santé publique dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation. A cette occasion il retient que : « <i>Considérant que les articles L. 326-3, L. 331, L. 333, L. 333-1, L. 333-2, L. 334, L. 337 et L. 351, désormais repris aux articles L. 3211-3, L. 3211-12, L. 3212-1, L. 3212-2, L. 3212-3, L. 3212-4, L. 3212-7 et L. 3222-1 du code de la santé publique, sont applicables au présent litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de</i></p>
--	--	---

		<p><i>l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; que ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que les moyens tirés de ce que, compte tenu du caractère insuffisant tant de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la procédure permettant de maintenir, à la demande d'un tiers, une personne en hospitalisation sans son consentement que des garanties accordées à cette personne pendant l'hospitalisation, les dispositions précitées portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté individuelle ainsi qu'à la protection de celle-ci par l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution, soulèvent une question présentant un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ».</i> Enfin cette juridiction a été saisie le 28 septembre 2011 (n° 348858) d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle étaient en cause les articles L. 336, L. 337, L. 338, L. 339, L. 340 et L. 341 du code de la santé publique, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990. Là encore il prononce le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité en relevant son caractère sérieux. Selon le Conseil d'Etat, « <i>que le moyen tiré de ce que les dispositions contestées, en ce qu'elles permettent le maintien d'une personne sous le régime du placement volontaire au-delà d'une durée de quinze jours sans intervention de l'autorité judiciaire, portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté individuelle ainsi qu'à la protection de celle-ci par l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution, soulève une question présentant un caractère sérieux ».</i> De son côté la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle il était soutenu que « <i>l'article L.</i></p>
--	--	---

3213-8 du Code de la santé publique portait atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 66 de la Constitution » (Cass. 1^{ère} civ., 26 juillet 2011, n° 11-40.041). La Cour de cassation décide, elle aussi, du renvoi de l'affaire devant le Conseil constitutionnel en retenant que « *Que la question posée présente un caractère sérieux au regard de l'article 66 de la Constitution en ce que le juge des libertés et de la détention ne peut mettre fin à l'hospitalisation d'office, ordonnée en application de l'article L. 3213-7 du code de la santé publique, que sur les décisions conformes de deux psychiatres résultant d'examens séparés établissant de façon concordante que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui ;* ». Antérieurement, elle avait été saisie de questions prioritaires de constitutionnalité visant cette fois les dispositions de l'article L. 3213-4 du code de la santé publique (Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2011, n° 10-25.354) et celles des articles L. 3213-2 et L. 3213-3 du même Code (Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2011, n° 11-40.027).

Pour les décisions du Conseil constitutionnel v., Cons. const., 2 décembre 2011, DC n° 2011-202 QPC Mme Lucienne Q. [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990] ; Cons. const. 21 octobre 2011, DC n° 2011-185 QPC, M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables] ; Cons. const., 6 octobre 2011, DC n° 2011-174, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent] ; Cons. const. 9 juin 2011, DC n° 2011-135/140, M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office] ; Cons. const. 26 novembre 2010, DC n° 2010-71, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].

Annexe 8

Affiches et programmes des journées de rencontre-débat avec les acteurs locaux puis centraux de la QPC organisées à la faculté de droit de Lille 2 les mardi 8 novembre 2011 et lundi 26 mars 2012.

Le CRDP propose avec le soutien du GIP « Mission Droit et Justice »



La question prioritaire de constitutionnalité :
Acteurs et stratégies processuels

Rencontre-débat

avec les acteurs locaux de la QPC

(magistrats administratifs et judiciaires, avocats et responsables de services
juridiques auteurs de QPC)

Mardi 8 novembre 2011

Salle Guy DEBEYRE

9 h - 12 h

Organisée par l'équipe de recherche mixte (privatiste et publiciste) sur

« La question prioritaire de constitutionnalité :

le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française»,

sous la direction de Monsieur le professeur Emmanuel CARTIER, dans le cadre du Pôle

« terrain », sous la responsabilité de Messieurs les professeurs Manuel GROS et

Bertrand WARUSFEL

Contact : secrétariat CRDP-GIP QPC maryse.lesne@univ-lille2.fr - tel : 03.20.90.76.37

Demi journée de rencontre-débat avec les acteurs locaux de la QPC

(Mardi 8 novembre 2011)

9h00

- 1) Mot d'accueil par **Xavier VANDENDRIESSCHE**, professeur de Droit public, directeur du CRDPD
- 2) Présentation générale du programme et de la demi-journée :
Emmanuel CARTIER (professeur de Droit public, directeur du programme)
- 3) Présentation des acteurs, des travaux du pôle et des thématiques :
Manuel GROS et **Bertrand WARUSFEL** (professeurs de Droit public et responsables du « pôle terrain »)

9h20

I – Réception de la QPC par les magistrats et tactiques d'utilisation par les justiciables

- 1) **La réalité existentielle de la QPC chez ses acteurs (tour de table)**
 - 1- Retour d'expérience des magistrats
 - 2- Retour d'expérience des avocats
 - 3- Les justiciables personnes publiques : le cas des collectivités territoriales
- 2) **La conciliation d'objectifs propres à chaque acteur (débat)**
 - 1- L'office du juge
 - 2- Le rôle de l'avocat

*

10h45

Pause café 15 mn

*

11h00

II – Efficacité intrinsèque et comparée de la QPC

- 1) **Avantages comparés de la QPC par rapport aux autres techniques de contrôle juridictionnel de la loi (Tour de table et débat)**
 - 1- La technique
 - 2- La rapidité
 - 3- L'efficacité
- 2) **Un espace et une temporalité processuels types ? (Tour de table et débat)**
 - 1- Des litiges types ?
 - 2- Des justiciables types ?
 - 3- Des moments types ?
 - 4- Un espace judiciaire type ? (ordre, degré et nature de la juridiction ?)

*

12h15 Fin de la demi-journée



Le **CRDP** et l'**ERDP** proposent
avec le soutien du GIP « Mission Droit et Justice »

**LA QUESTION PRIORITAIRE DE
CONSTITUTIONNALITÉ :
ACTEURS ET STRATÉGIES PROCESSUELS**
Rencontre-débat
avec les acteurs centraux de la QPC

Lundi 26 mars 2012
Salle Guy DEBEYRE
10h - 17h30

Journée organisée par l'équipe de recherche mixte (privatiste et publiciste) sur « *La question prioritaire de constitutionnalité : le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française* », sous la direction de Monsieur le professeur **Emmanuel CARTIER**, dans le cadre du « Pôle terrain », pôle placé sous la responsabilité de Messieurs les professeurs **Manuel GROS** et **Bertrand WARUSFEL**

Avec l'aimable participation :

Pour le Conseil d'État :

Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'État.

Serge DAËL, conseiller d'État honoraire, ancien président adjoint de la section du contentieux.

Jean-Philippe THIELLAY, conseiller d'État

Sophie-Justine LIEBER et **Aurélie BRETONNEAU**, maîtres des requêtes au Conseil d'État.

Pour la Cour de cassation :

Jean-Pierre GRIDEL, conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation.

Claude MATHON et **Pierre CHEVALIER**, avocats généraux près la Cour de cassation.

Pour le Secrétariat général du Gouvernement :

Thierry-Xavier GIRARDOT, directeur du Secrétariat général du Gouvernement

Xavier POTTIER, conseiller des TA et CAA, chargé de mission auprès du SGG pour la QPC.

Pour la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers :

Catherine BERGEAL, conseiller d'État, directrice de la DAJ.

Pour le barreau de Paris :

Me Frédéric BLANCPAIN, avocat aux Conseils

Me Charles-Louis VIER, ancien avocat aux Conseils.

Matinée

*

10h00

- 4) Mot d'accueil par **Xavier VANDENDRIESSCHE**, professeur de droit public, directeur du CRDPD de Lille 2 et **Fabienne PERALDI**, professeur de droit public, directrice de l'ERDP de Lille 2.
- 5) Présentation générale du programme et de la journée par **Emmanuel CARTIER**, professeur de droit public à l'Université Lille 2, responsable du programme de recherche sur la QPC.
- 6) Présentation des travaux des pôles de recherche de l'équipe :
 - 1- **Manuel GROS** et **Bertrand WARUSFEL**, professeurs de droit public à l'Université Lille 2, coresponsables du « pôle terrain ».
 - 2- **Pauline TÜRK**, MCF en droit public à l'Université Lille 2 et **Valérie GIRARD**, MCF en droit privé à l'Universités du Littoral, coresponsables du « pôle jurisprudence ».
- 7) Perspectives croisées synthétiques du contentieux de la QPC devant les deux juridictions suprêmes :
 - 1- **Jean-Pierre GRIDEL**, conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation.
 - 2- **Aurélié BRETONNEAU**, maître des requêtes au Conseil d'État, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques.

11h00

I – Les tactiques offensives

Présentation et ouverture des débats :

Manuel GROS, **Bertrand WARUSFEL**, professeurs de droit public à l'Université Lille 2.

Romain BOUCQ, avocat au barreau de Lille et MCF associé en droit privé à l'Université Lille 2.

- 3) **Les acteurs de l'offensive**
 - 1- *Les catégories de justiciables*
 - 2- *Le rôle de l'avocat*
 - 3- *Le ministère public comme acteur potentiel de l'offensive ?*
- 4) **Les techniques offensives**
 - 1- *Les contentieux privilégiés*
 - 2- *Les moments procéduraux privilégiés*
 - 3- *Le détournement de procédure comme voie de parasitage du filtrage*

*

13h00

Déjeuner

*

14h30

Reprise des travaux

II – Les stratégies défensives

Présentation et ouverture des débats :

Emmanuel CARTIER, professeur de droit public à l'Université Lille 2.

3) Les défenseurs de la loi

- 1- *L'administration défenseur par nature de la loi*
- 2- *Le Secrétariat général du Gouvernement avocat attitré de la loi*
- 3- *Le justiciable défenseur incident de la loi*

4) Les techniques défensives

- 1- *L'interprétation conforme*
- 2- *Le recours aux objectifs de valeur constitutionnelle au bénéfice de la loi*
- 3- *La préservation des effets passés, voire futurs de la loi*

III – Les stratégies régulatrices

Présentation et ouverture des débats :

Boris BERNABE, professeur d'Histoire du droit à l'Université de Franche-Comté

Solange SELGELA-DE CARBONNIERES, MCF en Histoire du droit à l'Université de Valenciennes.

1) En amont

- 1- *Les administrations et le Secrétariat général du Gouvernement dans la phase de préparation des projets de loi*
- 2- *Le Conseil d'Etat dans ses fonctions consultatives*
- 3- *Le Parlement comme auteur de la loi*
- 4- *Le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle a priori de la loi*

2) En aval

- 1- *Les stratégies d'empêchement du juge*
- 2- *Les stratégies d'encadrement du juge*

*

17h30

Fin des travaux

Annexe 9

Rapports de recherche d'étudiants du Master 2 « Droit public général et contentieux publics »

- (1) MARTIN (V.), *La condition de l'applicabilité au litige de la question devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M2 sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.....**p. 607**
- (2) BENIGNI (M.), *Le caractère sérieux de la question dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012, 33 p.....**p. 643**

- *Université de Lille II* -
Faculté des sciences juridiques économiques et sociales



Université Lille 2
Droit et Santé

**Rapport de recherche dans le cadre du projet d'étude sur le réagencement
du procès et de l'architecture juridictionnelle française par la question
prioritaire de constitutionnalité (février 2010-septembre 2012)**
Sous la direction de M. le professeur E. CARTIER

**La condition de l'applicabilité au litige : l'appréciation
faite par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation**

Présenté par Valentine MARTIN

Année 2011-2012

SOMMAIRE

1^{ère} partie : L'édification d'une jurisprudence nouvelle, une interprétation différenciée de l'applicabilité au litige : rétrospective des premiers mois d'application

§1. UNE APPRECIATION DIVERGENTE DE LA CONDITION D'APPLICABILITE, L'ELABORATION D'UNE BASE JURISPRUDENTIELLE PROPRE

- A. Une approche souple du Conseil d'Etat
- B. Une vision restrictive de la Cour de cassation : une exigence assumée

§2. LA DELICATE DETERMINATION DE L'ETENDUE DU RENVOI, UNE QUESTION SUBSEQUENTE DE L'INTERPRETATION

- A. Le cas des dispositions se succédant dans le temps : un désaccord originel
- B. La réticence de la Cour de cassation à considérer l'applicabilité d'une disposition législative impliquant des dispositions réglementaires : la problématique de l'acte écran

2^{ème} partie : Une nouvelle approche de l'applicabilité au litige : des perspectives de rapprochement juridictionnel

§1. ANALYSE DE L'OFFICE DU JUGE : SIMILARITES ET PROSPECTIVES

- A. Des modalités communes d'examen
- B. Vers une possible restructuration de l'office du juge

§2. UNE CONVERGENCE D'INTERPRETATION ENCOURAGEE PAR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE : VERS UN RAPPROCHEMENT DES DEUX ORDRES DE JURIDICTION

- A. Un resserrement juridique du périmètre d'action par le Conseil d'Etat : l'applicabilité au litige, une notion évolutive
- B. Un infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation sous le joug du Conseil constitutionnel

INTRODUCTION

Près d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, il devient possible de dresser un premier bilan de la mission de filtrage, nouvellement assignée au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, en tant que juges suprêmes de chacun de leur ordre. En effet, les deux hautes juridictions administrative et judiciaire, ont maintenant eu maintes occasions de préciser les différentes notions visées aux articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, de « droits et libertés garantis par la Constitution », de « changement de circonstances », de « question nouvelle » ou « présentant un caractère sérieux » mais aussi d'applicabilité au litige. Notre attention s'est portée sur ce dernier critère et plus précisément, sur l'appréciation qu'en ont pu faire le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Conformément aux termes de la loi organique, les juges suprêmes ne peuvent renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qu'à la condition que « *la disposition législative contestée soit applicable au litige ou à la procédure ou, constitue le fondement des poursuites* ». Cette condition de renvoi n'est pas celle qui suscite en première analyse le plus d'interrogations. Il s'agit simplement de vérifier que la disposition législative contestée ne soit pas étrangère au cadre juridique du litige ; le caractère concret du recours imposant que la norme attaquée soit applicable au litige. Cette exigence ne doit pas être pour autant écartée de la discussion puisqu'elle soulève en pratique de vraies difficultés. Qu'en est-il par exemple d'une disposition législative abrogée ou modifiée depuis la réalisation des faits ou, d'une disposition qui conduit en réalité à contester une décision administrative et plus globalement, un acte réglementaire ?

Si l'on se prête au jeu des statistiques pour évaluer le poids de cette condition dans le filtrage effectué par le juge, on remarque que la proportion d'arrêts non transmis pour cause d'inapplicabilité au litige, au regard de l'ensemble des questions non renvoyées, est relativement faible (environ 6%), un constat partagé entre les deux Cours¹. Cependant, ce chiffre mérite d'être relativisé puisqu'il ne

¹ Entre le 1^{er} mars 2010 et le 30 septembre 2011, la Cour de cassation a statué sur 826 questions prioritaires de constitutionnalité, posées directement devant elle ou transmises par les juridictions du fond. Sur ce total, 682 questions n'ont pas été transmises dont 43 pour motif d'inapplicabilité au litige, soit 6,3%. Le tableau d'étude en relève 38 puisque certaines erreurs s'y sont glissées. Il tenait donc de rajouter les arrêts suivants : Ass.plénière 18 juin 2010 n°09-72655 : refus de transmission pour irrecevabilité et non applicabilité au litige, Ch. sociale 26 oct.2010 n°10-40040 : refus de transmettre pour défaut d'applicabilité au litige et de sérieux, Ch.com 14 sept.2010 n°10-40021 : rejet pour irrecevabilité et non applicabilité au litige, Ch.com 17 sept.2010 n°10-40024 : rejet pour cause d'inapplicabilité et disposition contestée déjà déclarée conforme par le Conseil constitutionnel, Civ.2^e 16 mars 2011 n°10-25124 : rejet pour irrecevabilité et non applicabilité au litige.

tient pas en compte d'un bon nombre d'hypothèses dont notamment les renvois partiels². Egalement, certaines situations sont plus complexes à appréhender que d'autres. Par exemple, le critère de l'applicabilité au litige se trouve parfois rattaché au caractère sérieux. Cela peut être le cas lorsque la question posée est dépourvue d'incidence sur la résolution du litige. Elle est alors déclarée non sérieuse³. Une autre difficulté résulte d'une certaine confusion dans l'appréciation faite par la Cour de cassation de l'applicabilité au litige. A la lecture des solutions rendues par cette dernière, on s'aperçoit en effet, qu'elle semble y voir, non pas une condition de renvoi c'est-à-dire de fond, comme le prévoit le texte des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance, mais une condition de recevabilité⁴ au même titre que le dépôt d'un mémoire distinct⁵. Dès lors, lorsque l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, serait dépourvue d'incidence sur la solution du litige, la question est déclarée irrecevable⁶. Elle figure donc comme telle dans le tableau d'étude. On reviendra sur cette ambiguïté ultérieurement. Malgré des chiffres en apparence défaveur, la condition de l'applicabilité au litige ne mérite pas d'être négligée puisqu'elle détermine ce qu'on pourrait appeler le périmètre d'action de la question prioritaire. Elle constitue également le seul monopole du juge ordinaire. « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé [...] qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites* »⁷. Le Conseil constitutionnel ne souhaite donc pas s'immiscer dans le contentieux de l'application. Il ne peut ainsi remettre en cause le champ du renvoi soit en l'élargissant, ou soit au contraire, en extrayant

Quant au Conseil d'Etat, il a rendu durant la même période, 289 arrêts ; parmi lesquels 204 questions prioritaires de constitutionnalité ont été rejetées dont 12 seulement pour inapplicabilité au litige soit 5.8%.

² On relève à ce sujet, 11 transmissions partielles pour le compte de la Cour de cassation et 15 pour celui du Conseil d'Etat, entre le 1^{er} mars 2010 et le 30 septembre 2011.

³ Ass.plénière 7 mai 2010 n°09-15034 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa 2 du code civil [...] est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de dommages aux biens* ».

⁴ Cf. sur ce point aux articles de J-B PERRIER, *Précisions sur les conditions de recevabilité de la QPC*, AJ Pénal 2010, p.387 et *Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation*, RFDA 2011, p.711.

⁵ La question prioritaire de constitutionnalité répond à une logique en deux temps. On distingue les conditions de recevabilité qui subordonnent l'action au fond, des conditions de renvoi. Sauf exception de l'applicabilité au litige, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'entendent à considérer comme des conditions de recevabilité, le dépôt d'un mémoire distinct et motivé, au titre des articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 (ex, Civ.2^e 16 sept.2010 n° 10-12935 ou CE 2 juin 2010 *M. Ponsard* n° 338965, CE 19 juil.2010 *M.A* n° 317182) ; mais également, la nature législative de la disposition contestée (ex, Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72655, n° 09-72894, n° 09-72830 et n°09-72657, Civ.2^e 16 mars 2011 n° 10-25124, Civ.1^e 17 mars 2011 n° 10-40077 ou CE 2 juin 2010 *M. Ponsard* n° 338965), l'exigence d'une instance en cours (CE ord. 16 juin 2010 *Mme Diakité* n°340250, CE ord. 21oct.2010 *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux* n°343527 : la QPC peut être soulevée à l'occasion de toute instance juridictionnelle, y compris dans le cadre d'une des procédures de référé), et l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (ex, Crim 4 juin 2010 n° 10-90029, n°10-90033, Civ.2^e 16 mars 2011 n° 10-25124 ou CE 25 juin et 15 juil.2010 *Région Lorraine* n°339842 et n°340492), déduits de l'article 61-1 de la Constitution. Ces critères déterminent le cadre procédural de la question prioritaire de constitutionnalité ; autrement dit conditionnent le champ d'application, étant donné que l'examen au fond des prétentions (l'applicabilité au litige, la déclaration de non-conformité à la Constitution sauf changement de circonstances et, le caractère nouveau ou sérieux de la question posée) présuppose que le juge soit régulièrement saisi.

⁶ Ex. Civ.1^{ère} 26 juil.2011 n° 11-40042.

⁷ Cons. const. 28 mai 2010 n°2010-71 QPC (considérant 6).

certaines dispositions qu'il jugerait inapplicable. Par ailleurs, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne s'estiment pas lié par l'appréciation des juges du fond sur le caractère applicable ou non de la disposition, et s'assurent « *que les dispositions législatives dont la constitutionnalité est contestée sont effectivement applicables au litige, quitte à redresser une éventuelle erreur de droit que les juges du fond auraient commise laquelle, s'agissant d'une question du champ d'application de la loi, est d'ordre public* »⁸. L'appréciation de l'application relève donc en dernier ressort de la compétence des Cours suprêmes.

L'étude a reposé sur la construction d'un tableau réunissant de manière exhaustive tous les arrêts relatifs à une question prioritaire de constitutionnalité des deux Cours suprêmes, entre mars 2010 et septembre 2011.

Force est de constater que bien souvent l'applicabilité d'une disposition au litige n'est pas motivée. Les arrêts de non transmission ont donc constitué la première source d'information. Cependant, certains arrêts de transmission, du Conseil d'Etat exclusivement, se sont avérés riches d'enseignements. En vue d'une analyse rigoureuse, les décisions de transmission ne pouvaient donc pas être écartées. On a ainsi procédé, en l'absence de remarques dans le tableau sur ce point, à une sélection exhaustive de toutes les questions transmises par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation au Conseil constitutionnel⁹, outre les rejets pour cause d'inapplicabilité au litige, sur une période d'un an et demi, de mars 2010 à septembre 2011. Le lecteur avisé ne manquera cependant pas de relever une certaine dissymétrie, en termes de motivation entre les décisions de la Cour de cassation et celles du Conseil d'Etat, spécifiquement en cas de renvoi. Si dans ce cas de figure un laconisme de vigueur peut être encouragé afin d'éviter tout empiètement sur l'office du Conseil constitutionnel, cela est certainement moins compréhensible pour les décisions de refus de renvoi, qui ne sont parfois pas davantage motivées, en ce qui concerne le critère de l'applicabilité au litige. C'est pourquoi nous n'avons pas structuré notre raisonnement de manière binaire, en séparant les décisions de transmission de celles s'y refusant puisque les deux concourent en réalité à expliciter la condition d'applicabilité. Notre analyse fut également étayée par des articles de doctrine et quelques chroniques de jurisprudence, du Conseil constitutionnel essentiellement ; auxquels il faut rajouter des rapports parlementaires.

Tout comme ses deux congénères, la condition tenant à l'applicabilité au litige ou à la procédure de la disposition législative contestée laisse une part importante à l'appréciation des juges. Cependant, contrairement aux deux autres conditions (l'absence de déclaration de conformité préalable sauf changement de circonstances et l'exigence du caractère nouveau ou sérieux de la question) qui visent des problématiques plus larges d'interprétation des normes et de la jurisprudence

⁸ C de SALINS, conclusions préc. sur CE 14 avril 2010 *Mme Lazare* n°329290, RDA 2010, p.698.

⁹ On compte 144 transmissions de QPC par la Cour de cassation, 85 renvois pour le Conseil d'Etat, du 1^{er} mars 2010 au 30 septembre 2011.

constitutionnelles, la question se pose ici en termes de marge de manœuvre laissée au juge pour assurer l'efficacité du dispositif¹⁰, une marge de manœuvre d'autant plus importante que le Conseil constitutionnel se refuse tout droit de regard sur l'appréciation portée sur l'applicabilité au litige. L'enjeu n'est donc pas d'évaluer le degré de latitude que dispose le juge du renvoi, que nous savons par avance conséquente, mais davantage de savoir ce qu'il en fait et comment il en dispose. Il lui appartient, après avoir écarté l'irrecevabilité de la question posée, de vérifier que celle-ci ne soit pas étrangère au débat contentieux. La disposition législative est a priori contestable du fait de sa nature normative et de ses effets attentatoires aux droits et libertés garantis par la Constitution, reste à déterminer qu'elle soit applicable au litige, au regard de l'objet de la demande du justiciable et de la réalité des faits. Le juge dispose ici d'un levier important selon l'approche qu'il adopte, soit une conception extensive qui l'amènerait à renvoyer abondamment les questions au Conseil constitutionnel, soit une vision plus restrictive qui entrainerait l'effet inverse. « *Le juge du renvoi joue un rôle déterminant, non seulement en amont, par l'évaluation et l'interprétation de la condition d'applicabilité au litige - mais surtout en aval, quand il s'agit de définir l'étendue exacte de ce qu'il transmet au juge constitutionnel et d'assurer la cohérence de la question posée. Ce dernier rôle est d'autant plus essentiel que le Conseil constitutionnel, a dans sa première décision, délégué au juge de renvoi la tâche de définir les termes du litige* ». ¹¹

Le refus de la Cour de cassation de transmettre, dans les premiers mois d'application, une question portant sur l'inconstitutionnalité non pas de la loi même mais de l'interprétation donnée par le juge¹², contrairement au Conseil d'Etat¹³ et, se mettant ainsi en porte à faux avec le Conseil constitutionnel, interroge sur l'impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'architecture juridictionnelle. A-t-elle eu pour conséquence de renforcer les particularismes existants ou bien au contraire, de faire émerger des convergences d'interprétation entre les deux Cours suprêmes ? Quelles perspectives pouvons-nous envisager ? Malgré la résistance temporaire de la Cour de cassation, la réponse est loin d'être évidente car l'instauration de cette nouvelle voie de droit, interdisciplinaire, est peut-être l'occasion d'observer des interactions juridiques entre les deux sphères du droit, publique et privée¹⁴. Tel est l'objectif qu'on s'est assigné à travers une analyse détaillée de l'interprétation faite par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, de la condition d'applicabilité au litige.

¹⁰ Voir sur ce point l'article de S-J LIEBER et D. BOTTEGHI, *Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?*, AJDA 2010, p.1355.

¹¹ Idem.

¹² Crim 31 mai 2010 n°09-87578 : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation* ».

¹³ CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, CE 25 juin 2010 *Mortagne* n°326363, CE 16 juil.2010 *SCI La Saulaie* n°334665.

¹⁴ Cf. J-E GICQUEL, *Droit constitutionnel et droit des affaires : la convergence juridique encouragée par la QPC*, Petites affiches, 29 sept.2011, n°194, p.3. Il y explique le faible niveau de coexistence entre ces deux matières, droit constitutionnel et droit des affaires par notamment, une « difficile réception du droit constitutionnel par le droit privé ». La Cour de cassation serait ainsi moins sensible aux préoccupations constitutionnelles. L'auteur parle de « cloisonnement », la jurisprudence constitutionnelle ayant toujours sollicité

Malgré certaines incertitudes qui demeurent, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont désormais tracé les grandes lignes de leur jurisprudence, une jurisprudence qu'il a fallu établir. Ils se sont en effet rapidement approprié ce nouvel outil, se démarquant néanmoins dans leur interprétation ; une divergence d'interprétation qui révèle l'importance du pouvoir d'appréciation des Cours suprêmes. Alors que le Conseil d'Etat s'est d'emblée inscrit dans une logique libérale, qui se traduit par une conception autonome de l'applicabilité au litige, la Cour de cassation s'est montrée plus réservée, adoptant une approche plus stricte en la matière. On a ainsi procédé, dans une première partie, à une rétrospective des premiers mois d'application de la question prioritaire de constitutionnalité (**1^{ère} partie : L'édification d'une jurisprudence nouvelle, une interprétation différenciée de l'applicabilité au litige : rétrospective des premiers mois d'application**), pour bien mettre en valeur dans une seconde partie, les éventuelles évolutions ou prospectives. Sous l'impulsion notamment du Conseil constitutionnel mais également par le dynamisme induit par cette nouvelle procédure de droit qu'est la question prioritaire de constitutionnalité, les jurisprudences récentes des deux hautes juridictions tendent en effet, toute proportion gardée, à converger sur certains points, une unité d'interprétation appréciable au regard du justiciable (**2^{ème} partie : Une nouvelle approche de l'applicabilité au litige : des perspectives de rapprochement juridictionnel**).

Conscients que la situation risque d'évoluer, nous espérons que nos observations ne soient pas vite démenties. Notre seul objectif est d'émettre des hypothèses de travail intéressantes et de relever des dynamiques communes dans la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

PARTIE I - L'EDIFICATION D'UNE JURISPRUDENCE NOUVELLE, UNE INTERPRETATION DIFFERENCIEE DE L'APPLICABILITE AU LITIGE : RETROSPECTIVE DES PREMIERS MOIS D'APPLICATION

Dans les premiers mois de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se sont attelés à poser les jalons de leur jurisprudence respective. Nécessité faisant force de loi, ils ont été amenés à déterminer les critères de l'applicabilité au litige. Très tôt, leurs approches sur la question ont divergées (§1), entraînant inexorablement des répercussions sur l'étendue du renvoi (§2).

§1. UNE APPRECIATION DIVERGENTE DE LA CONDITION D'APPLICABILITE, L'ELABORATION D'UNE BASE JURISPRUDENTIELLE PROPRE

On s'attachera dans cette sous-partie, à définir ce que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation entendent par « *une disposition applicable au litige* ». Que recouvre cette notion d'applicabilité ? Quelles sont les exigences demandées ? Peut-on déterminer des critères ?

On observera que deux conceptions distinctes se sont dessinées dans chaque ordre, l'une optant pour une appréciation souple (A), l'autre pour une vision plus restrictive mais non pour le moins contraire aux dispositions textuelles (B). C'est une question d'interprétation qui se pose ici.

A. Une approche souple du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a choisi dès le début, d'opter pour une approche autonome de la condition d'applicabilité au litige, appréciée « *au sens et pour l'application de l'article 23-5 [ou 23-4, en cas de renvoi par une juridiction du fond] de l'ordonnance du 7 novembre 1958* »¹⁵. Il entend ainsi donner de cette condition une interprétation propre à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, indépendamment de toute appréciation qui pourrait en être faite dans les contentieux classiques. Cette singularité se manifeste par une interprétation large de l'applicabilité. La disposition contestée est regardée comme applicable au litige si elle entretient avec celui-ci un lien suffisant, même potentiel. Ainsi, une disposition législative est reconnue comme applicable au litige, à partir du moment où elle est susceptible d'être interprétée comme régissant la situation à l'origine du litige. Dans cette affaire, la disposition en question était susceptible de deux interprétations, l'une la rendant applicable, l'autre rendant cette application plus problématique. L'Union des familles en Europe soutenait en effet, que le Premier ministre était tenu par l'article L. 211-3 2° du code de l'action sociale et des familles dont la constitutionnalité était contestée, de réserver à l'Union nationale

¹⁵ CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830.

des associations familiales (UNAF) une représentation principale au sein du Haut Conseil de la famille, comme il l'avait fait dans le décret attaqué. Or, ainsi qu'il en ressort des conclusions du rapporteur public Anne Courrèges¹⁶, une autre interprétation de la disposition contestée était possible. La seconde lecture consistait à lire cette disposition non pas comme instaurant un monopole exclusif de l'UNAF pour la représentation des familles, mais comme lui conférant un « label de représentation ». Dans ce cas, l'applicabilité au litige de l'article 211-3 2° devenait plus incertaine. Face à ces deux alternatives, le Conseil d'Etat décide de ne pas prendre parti sur l'interprétation de la loi et de considérer la disposition applicable. La question de l'applicabilité de la disposition au litige est donc indépendante de celle de savoir quelle interprétation doit être retenue c'est-à-dire comment la disposition doit être appliquée lorsqu'en l'espèce plusieurs interprétations sont possibles. « *L'application du texte – et la façon même de l'appliquer – est sous-jacente à l'ensemble du litige* »¹⁷. Si l'on s'en réfère de nouveau aux conclusions du rapporteur, cette conception libérale se justifie pour deux raisons. La première tient à l'assouplissement du texte initial de l'ordonnance, qui prévoyait une condition plus stricte, en exigeant que la disposition contestée « *commande l'issue du litige* ». Par cet amendement, le vœu des députés était bien de favoriser le développement de la question de constitutionnalité¹⁸ et d'éviter que le filtre devienne « *un verrou* »¹⁹. « *Le besoin de souplesse dans l'appréciation de la condition de l'applicabilité au litige est inhérent à la formulation retenue pour ce critère* »²⁰. La seconde raison tient en ce que « *tout ceci ne se détache pas en réalité du caractère sérieux de la question de constitutionnalité* »²¹. « *Retenir une interprétation plutôt que l'autre, c'est prendre parti sur le caractère sérieux de la question et, en fait prendre position sur la question de constitutionnalité* »²². Il revient donc au Conseil constitutionnel de définir l'interprétation valable, en vue de prévenir toute « cacophonie jurisprudentielle ». Le Conseil d'Etat fait ainsi du Conseil constitutionnel l'interprète non seulement de la Constitution, mais aussi de la loi ; une position que ne partagera pas la Cour de cassation. Il ne préjuge pas, au stade de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, de l'interprétation définitive du Conseil constitutionnel.

Dans une affaire du même jour²³, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur l'applicabilité au litige d'une disposition législative dont la constitutionnalité était critiquée par les requérants en tant qu'elle ne s'appliquait pas à leur situation. Sans un certain paradoxe, le Conseil d'Etat estime que cette

¹⁶ A. COURREGES, conclusions préc. sur CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, AJDA 2010, p.1013.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Voir rapport J-L WARSMAN, AN, 3 sept.2009, n°1898, p.50 ; et rapport H. PORTELLI, Sénat, 29 sept.2009, n°637, p.41.

¹⁹ B. GENEVOIS, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, RFDA 2010, p.1.

²⁰ A. COURREGES, conclusions préc. sur CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, AJDA 2010, p.1013.

²¹ Idem.

²² B. MATHIEU, *Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat – A propos des arrêts rendus par le Conseil d'Etat les 14 et 16 avril 2010*, JCP G, 26 avril 2010, n°17, p.465.

²³ CE 14 avril 2010 *Mme Kédidja et Moktar Labane* n°336753.

disposition « doit être regardée comme applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ».

Là aussi, c'est dans les conclusions du rapporteur public²⁴ que l'on trouve l'explication. Dans le cas présent, l'inconstitutionnalité dénoncée est logée dans la partie manquante du champ d'application, l'objet même de la question étant de contester cette non-applicabilité qui porterait atteinte au principe d'égalité. « *Ce qui est en cause, c'est une éventuelle inconstitutionnalité en tant que ne pas* »²⁵. En réalité, ce cas de figure n'est pas si éloigné de celui d'un requérant demandant un avantage réservé à d'autres que lui, une situation qui est cette fois-ci bien connue du Conseil d'Etat. Il convient également de ne pas préjuger de l'appréciation que pourrait porter le Conseil constitutionnel sur cette question particulière, qui doit être faite au regard de l'objet exact de la mesure. Tenant compte de ces arguments, le Conseil d'Etat choisit de renvoyer la question. Il semble découler de cette solution, que lorsque l'application de la disposition législative contestée est l'objet même du litige, la condition d'applicabilité doit être regardée comme applicable.

Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat énoncera clairement dans un arrêt de non renvoi²⁶ les critères de l'applicabilité au litige. Il estimera qu'en l'espèce, les dispositions législatives ne peuvent être contestées dès lors qu'elles « *n'ont été ni appliquées par l'administration [...], ni l'objet, à quelque stade que ce soit, d'une demande du requérant tendant à obtenir le bénéfice du régime qu'elles instaurent, ni invoquées par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant les juges du fond ou le juge de cassation* ». Il rappelle ainsi, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009²⁷, que le justiciable doit revendiquer le bénéfice de la disposition, à l'appui d'une demande explicite. Le Conseil d'Etat ne s'écarte pas pour autant de sa directive libérale ; bien au contraire, il consacre une conception englobante de la notion de litige. « *Celle-ci inclut, [outre le litige à l'origine du contentieux], les différents stades d'une même procédure contentieuse : il n'y a pas un litige de première instance, un litige d'appel et un litige de cassation, mais un seul et même litige* »²⁸.

Enfin, on relèvera que le Conseil d'Etat accepte qu'un requérant puisse intenter une action contre le refus d'une collectivité publique de réparer le préjudice qu'il estime avoir subi du fait d'une loi inconstitutionnelle²⁹. L'inconstitutionnalité de la loi étant l'objet même du litige, la disposition était donc nécessairement applicable au litige. « *En admettant l'applicabilité au litige de la disposition*

²⁴ A. COURREGES, conclusions préc. sur CE 14 avril 2010 *Mme Kedidja et Moktar Labane* n°336753, AJDA 2010, p. 1018.

²⁵ *Idem*.

²⁶ CE 15 juillet 2010 *Blain* n°327512.

²⁷ Cons. constit. 3 déc. 2009 n°2009-595 DC (considérant n°3). A l'occasion de cette décision, le Conseil constitutionnel avait indiqué, que le constituant, par l'introduction de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, « *a reconnu à tout justiciable, le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ».

²⁸ A. LALLET et X. DOMINO, *ANI ap. QPC*, AJDA 2011, p. 375.

²⁹ CE 17 déc. 2010 *Le Normand de Bretteville* n° 343752.

contestée, [le Conseil d'Etat] admet, implicitement, qu'une action en responsabilité puisse être fondée sur l'invocation de l'inconstitutionnalité de la loi qui a été appliqué au requérant »³⁰. « Dans ces conditions, il devient aisé de remplir la condition d'applicabilité au litige puisqu'il suffit de demander à l'administration l'indemnisation d'un préjudice prétendument né de la loi et de saisir le juge administratif d'une action en responsabilité contre le refus de l'administration de faire droit à une telle demande »³¹.

On l'aura compris, le Conseil d'Etat, fait preuve d'une grande souplesse dans l'appréciation du critère de l'applicabilité au litige, entendant bien donner toute sa portée aux intentions des auteurs de la loi organique du 10 décembre 2009. C'est d'ailleurs ce que traduit la formule employée « *au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958* », systématiquement reprise dans ses arrêts. « *Tout ce qui est exigé de l'auteur de la QPC au titre de l'appréciation de cette condition, c'est qu'il fasse la preuve d'une certaine légitimité à poser la QPC* »³². La Cour de cassation adopte quant à elle une interprétation plus stricte de cette condition.

B. Une vision restrictive de la Cour de cassation : une exigence assumée

Compte tenu de la spécificité de son contentieux, spécialement pénal, la Cour de cassation, contrairement au Conseil d'Etat, distingue bien les trois hypothèses énumérées aux articles 23-4 ou 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, entre la disposition applicable au litige, celle qui est applicable à la procédure ou celle qui constitue le fondement des poursuites. Par souci de clarté, on suivra cette même logique.

Pour que la disposition législative soit vue comme applicable au litige, la Cour de cassation exige que l'inconstitutionnalité alléguée ait une incidence sur la solution du litige. Dans le cas contraire, la question posée est jugée irrecevable³³. La Cour opte ainsi pour une interprétation plus restrictive de la condition de l'applicabilité au litige, conformément cependant à la nature concrète de la procédure. La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas en effet une voie de droit abstraite, indépendante de tout procès ; elle est soulevée à l'occasion d'une instance en cours³⁴. Il paraît donc logique d'exiger qu'elle produise un effet utile sur la solution du litige, sans pour autant demander qu'elle en commande l'issue du litige, ce qui serait contraire à la volonté du législateur organique. La Cour de cassation s'en tient ainsi à une interprétation littérale du texte, s'écartant de fait de l'esprit des auteurs. Egalement, le refus par une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation

³⁰ H. HOEPFFNER, *Vers une interprétation autonome des conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat ?*, Droit administratif, 1^{er} mai 2011, n°5, p. 37-40.

Voir aussi A. ROBLOT-TROIZIER, *Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi*, Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} janvier 2007, n°22, p.198-210.

³¹ A. ROBLOT-TROIZIER, *Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat-Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi*, RFDA 2011, p.691.

³² S-J LIEBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, *La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} octobre 2010, n°29, p.101-124.

³³ Ass.plénière 7 mai 2010 n°09-15034. Civ.1^{ère} 14 sept.2010 n°10-13616.

³⁴ Article 61-1 de la Constitution.

de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige³⁵. Attendu, qu'en l'espèce, le jugement ayant sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour de cassation ou de la décision du Conseil constitutionnel, n'a pas réglé tout ou partie du litige, le pourvoi est irrecevable³⁶.

Pour que la disposition législative soit cette fois-ci applicable à la procédure, une exception de procédure doit avoir été régulièrement soulevée devant les juges du fond³⁷ autrement dit, il est exigé que la procédure ait elle-même fait l'objet d'une contestation. « Elle s'entend donc d'un litige portant sur la procédure »³⁸. On ne demande pas simplement que la disposition soit applicable à la procédure mais qu'elle soit applicable à un litige portant sur la régularité de cette procédure. L'appréciation faite est certes exigeante mais trouve à se justifier. La question prioritaire de constitutionnalité vient en effet à l'appui d'une demande³⁹, qui prend donc la forme en l'espèce, d'une contestation d'un acte de procédure, pris sur le fondement des dispositions législatives dont la constitutionnalité est contestée. La Cour de cassation n'étant pas un troisième degré de juridiction, l'exception de procédure n'est soulevée que devant le juge du fond, juge de l'action et de l'exception. La matière pénale connaît cependant une spécificité, tenant à l'existence d'une phase d'instruction. Lorsqu'une telle procédure est mise en œuvre, obligatoire en matière de crime, toute exception visant à contester la validité d'actes de procédure ne peut être soulevée que devant les juridictions d'instruction⁴⁰. La Cour de cassation inscrit la question prioritaire de constitutionnalité dans les règles classiques de sa procédure. Conformément au texte organique⁴¹, le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé à tout moment mais est conditionné par l'existence préalable d'une demande autrement dit d'une contestation, qui doit être formulée devant le juge du fond ou d'instruction selon l'espèce⁴². On écarte ainsi toute *actio popularis*. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est ouverte pour le justiciable, il faut donc qu'il ait un intérêt et qu'il en retire un certain bénéfice.

³⁵ Art.23-1 de l'ordonnance du 7 nov.1958.

³⁶ Ch. sociale 8 déc.2010 n°10-60269.

³⁷ Pour des arrêts de non transmission : Crim. 4 juin 2010 n°09-86658, Crim.4 juin 2010 n°10-90070, Crim 9 juil.2010 n°10-83432, Crim 9 juil. 2010 n°10-83431, Crim 9 juil.2010 n°10-90075, Crim. 9 juil. 2010 n°10-90073.

Pour des arrêts de transmission : Crim 25 juin 2010 n°10-90040, 10-90042, 10-90043, 10-90044 et 10-90046, Crim 9 juil.2010 n°10-90084, Crim 9 juil.2010 n°10-82918, Crim 9 juil.2010 n°10-83274, Crim 9 juil.2010 n°10-83675, Crim 9 juil. 2010 n°10-90074.

³⁸ J-B PERRIER, *Précisions sur les conditions de recevabilité de la QPC*, AJ Pénal 2010, p.387.

³⁹ Cf. Cons. constit. 3 déc. 2009 n°2009-595 DC (considérant n°3).

⁴⁰ Articles 170 à 174-1 du Code de procédure pénale.

Voir aussi Crim 9 juil. 2010 n°10-90079, Crim 9 juil. 2010 n° 10-90071, Crim 15 mars 2011 n°10-90127 et Crim 20 juil.2011 n°11-90055.

⁴¹ Le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé à tout moment de la procédure, y compris pour la première fois en cause d'appel ou en cassation (art.23-1 et 23-5 de l'ordonnance du 7 nov.1958).

⁴² Crim 12 oct.2010 n°10-82601 (1) : les dispositions contestées ne sont pas applicables à la procédure puisque leur violation n'a pas été invoquée devant la Cour d'appel. Conformément à l'article 599 du Code de procédure pénale, « en matière correctionnelle, le prévenu n'est [en effet] pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités commises en première instance s'il ne les a pas opposées devant la cour d'appel, à l'exception de la nullité pour cause d'incompétence lorsqu'il y a eu appel du ministère public. En matière criminelle, l'accusé n'est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités qu'il n'a pas soulevées devant la cour d'assises statuant en appel conformément aux prescriptions de l'article 305-1 ».

Enfin, la disposition constitue le fondement des poursuites lorsqu'elle est le support de l'incrimination⁴³, entendu strictement par la Cour de cassation⁴⁴.

Il convient avant de finir sur ce point, d'apporter une dernière remarque. Comme nous l'avons succinctement évoqué en introduction, la Cour de cassation apprécie davantage la condition d'applicabilité au litige comme une condition de recevabilité que de renvoi ; une approche qui peut décontenancer plus d'un lecteur, particulièrement lorsque l'objectif est d'établir une analyse jurisprudentielle sur des critères prédéterminés. Toutefois, la Chambre criminelle a progressivement réintégré cette exigence dans le champ des conditions de renvoi⁴⁵. Elle fut rapidement rejointe par la Deuxième chambre civile⁴⁶. Malheureusement, les autres chambres de la Cour n'ont pas forcément suivi dans cette voie⁴⁷. Se dégage ainsi de ce tableau une certaine confusion qui déteint sur la clarté de la motivation et sur la visibilité quant à la logique poursuivie.

Si d'un point de vue du traitement de la question prioritaire de constitutionnalité, il y a peu de dissemblances, le résultat étant le même : une transmission ou non de la question au Conseil constitutionnel ; le raisonnement est tout autre. La première série de conditions tirées de l'article 61-1 de la Constitution, auxquelles il faut rajouter la condition d'un dépôt d'un mémoire distinct, constitue les conditions de recevabilité. Elles ne s'intéressent pas au fond de la question posée, mais seulement au respect des caractéristiques indispensables que doit présenter la question prioritaire de constitutionnalité. Leur non-respect rend donc la question ainsi soulevée irrecevable. La deuxième série de conditions tirées des articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dont l'applicabilité au litige fait partie, replace la question dans son contexte et s'attache à sa consistance. Leur non-respect entraîne le rejet de la prétention. « *Au-delà de son intérêt théorique, [cette répartition] présente un véritable intérêt pratique, une meilleure connaissance des conditions de la question prioritaire de constitutionnalité permettra sans nul doute une meilleure utilisation de cette nouvelle voie de protection des droits fondamentaux* »⁴⁸.

⁴³ Crim 16 juil.2010 n°09-88580, et Crim 23 mars 2011 n°11-90006.

⁴⁴ Crim 29 mars 2011 n°11-90002 : « *la disposition contestée n'est pas applicable à la procédure et ne constitue pas le fondement de la poursuite, laquelle vise la provocation à l'usage illicite ou au trafic de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants, en l'espèce le cannabis, et non le fait de présenter l'usage ou le trafic des stupéfiants sous un jour favorable, qui bien qu'incriminé par le même texte, caractérise un comportement différent.* »

⁴⁵ A partir de septembre 2010, la Chambre criminelle ne déclare plus l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité en cas de non applicabilité de la norme législative mais prononce un non-renvoi (Crim 1^{er} sept.2009 n°10-90107, Crim 12 oct.2010 n°10-82601, Crim 12 oct.2010 n°10-90105, Crim 12 oct.2010 n°10-90106, Crim 7 déc.2010 n°10-90110, Crim 5 janv.2011 n°10-87749, Crim 2 févr.2011 n°10-87961 etc.).

⁴⁶ Ex, Civ 2^e 15 déc.2010 n°10-40048, Civ 2^e 27 janvier 2011 n°10-19819, Civ 2^e 3 mars 2011 n°11-10393.

⁴⁷ Ex, Civ.1^{ère} 14 sept.2010 n°10-13616, Civ.1^{ère} 6 juin 2011 n°11-10393.

Les chambres sociale et commerciale, ainsi que l'Assemblée plénière semblent opter indifféremment pour l'irrecevabilité (Ch.com. 14 sept.2010 n°40-40021, Ch. Sociale 8 déc.2010 n°10-60269, Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72655) ou le non renvoi (Ch.com 29 sept.2010 n°10-15674, Ch. Sociale 26 oct.2010 n°10-40040, Ass.pl. 7 mai 2010 n°09-15034, Ass.pl. 15 juin 2010 n°09-7283 par exemple).

⁴⁸ J-B PERRIER, *Précisions sur les conditions de recevabilité de la QPC*, AJ Pénal 2010, p.387.

§2. LA DELICATE DETERMINATION DE L'ETENDUE DU RENVOI, UNE QUESTION SUBSEQUENTE DE L'INTERPRETATION

L'interprétation des deux hautes juridictions de la condition de l'applicabilité au litige et la portée qu'elles entendent lui donner, déterminent a fortiori l'étendue des dispositions législatives qu'elles renvoient. De l'appréciation souple et libérale du Conseil d'Etat, découle une large transmission des dispositions au Conseil constitutionnel. A contrario, l'approche plus restrictive de la Cour de cassation admet moins de liberté, se cantonnant à une rigueur de principe. Ce constat s'illustre à travers deux exemples : le cas des dispositions législatives se succédant dans le temps (A) et le cas des actes réglementaires fondés sur des dispositions législatives (B).

A. Le cas des dispositions se succédant dans le temps : un désaccord originel

Cette première hypothèse renvoie elle-même à deux situations : d'une part, les affaires où fut contestée la constitutionnalité tant de la substance que de l'application dans le temps d'une disposition ; d'autre part, celles où la disposition contestée n'était pas entrée en vigueur au moment des faits ou, fut abrogée ou modifiée depuis lors.

Sur ce terrain là, le Conseil d'Etat fait de nouveau preuve de largesse. Il considère que la disposition fixant le champ d'application dans le temps de la disposition principalement contestée est applicable au litige⁴⁹. Il accepte ainsi de renvoyer devant le Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité des dispositions fixant l'application rétroactive des dispositions de l'article L.-114-5 du code de l'action sociale et des familles ainsi que cet article. En l'absence d'exemples d'arrêts de la Cour de cassation sur ce point, seuls ceux du Conseil d'Etat illustreront ce propos. Nous ne pouvons donc pas apporter une analyse comparative sur ce premier cas de figure.

L'affaire précitée *Khedidja et Mokhtar Labane*⁵⁰ nous apporte de nouveau de précieux renseignements. En effet, le Conseil d'Etat décide de transmettre au Conseil constitutionnel l'ensemble de l'article 68 de la loi de 2002, et notamment, les alinéas 1^{er} et 2nd du IV de cet article qui contribuent en réalité à définir l'application dans le temps des nouvelles dispositions et les droits à pension pouvant en découler pour les étrangers concernés. Il n'a pas jugé utile de les exclure du renvoi. Il convient de ne pas trop dissocier les dispositions entretenant des liens logiques entre elles. L'ensemble forme un bloc cohérent, sur lequel le Conseil constitutionnel devait pouvoir se prononcer dans toutes les dimensions au titre de son contrôle abstrait.

Quant au second cas de figure, fidèle à lui-même, le Conseil d'Etat poursuit dans sa lancée. Alors même qu'une disposition n'est pas encore entrée en vigueur au moment de la réalisation des faits, il admet qu'elle puisse être applicable au litige dès lors que l'autorité publique l'a prise en

⁴⁹ CE 14 avril 2010 *Mme Viviane Lazare* n°329290, AJDA 2010, p.756.

⁵⁰ CE 14 avril 2010 *Mme Khedidja et Mokhtar Labane* n°336753.

considération⁵¹. Comme on s'en serait douté, la Cour de cassation juge quant à elle, irrecevable la question soulevant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative introduite postérieurement au litige et donc non applicable pour des raisons temporelles⁵².

La faculté de poser une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une disposition depuis lors modifiée ou abrogée a également donné lieu à une divergence de position entre les deux juridictions de renvoi. Le Conseil d'Etat a admis rapidement cette possibilité⁵³. Il existe alors « *une contradiction entre le but de la question prioritaire de constitutionnalité, qui est de permettre au justiciable de contester une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution lui reconnaît, et son objet qui est d'abroger la disposition contestée* ». Par ailleurs, le requérant pourrait avoir intérêt à faire revivre une disposition législative inconstitutionnelle. C'est sans doute au bénéfice d'un tel raisonnement hypothétique qu'a été admise l'applicabilité au litige d'une disposition déclarée inconstitutionnelle par une cour administrative d'appel, et contre laquelle le défendeur en cassation avait formé une question prioritaire de constitutionnalité⁵⁴.

En revanche, la Cour de cassation n'a pas suivi cette jurisprudence, jugeant qu'une question de constitutionnalité ne pouvait porter sur une disposition législative abrogée, en vigueur à la date du litige, au motif de l'absence de caractère sérieux⁵⁵; ce qui était contestable au regard des objectifs poursuivis par la question prioritaire de constitutionnalité. Comme nous le verrons dans un développement subséquent, cette solution a été infléchie.

B. La réticence de la Cour de cassation à considérer l'applicabilité d'une disposition législative impliquant des dispositions réglementaires : la problématique de l'acte écran

Sans surprise, le Conseil d'Etat admet l'applicabilité de dispositions législatives qui ont servi de base légale à l'acte réglementaire attaqué⁵⁶; peu importe que le décret n'ait pas été pris en

⁵¹ CE 18 mai 2010 *Commune de Dunkerque* n°306643. Voir également CE 22 sept.2010 *Région Centre* n°326332.

⁵² Ch.com. 14 sept.2010 n°10-40021 : la disposition législative contestée n'est pas applicable au litige, régi par des dispositions antérieures à l'ordonnance du 18 décembre 2008. Voir également Ch.com 29 sept. 2010 n°10-15674.

⁵³ CE 25 juin 2010 *Clinique Ambroise Paré et autres* n°339082 et n°336708, CE 23 juil.2010 *Guilbourt* n°340115.

⁵⁴ CE 28 janv.2011 *Mongaboure* n°330481.

⁵⁵ Ass.pl. 15 juin 2010 n°09-7240, n°09-7238, n°09-72478, n°09-72476, n°09-72474, n°09-72028, n°09-70996, n°09-70995, n°09-17284, n°09-17283 ; Ass.pl. 25 juin 2010 n° 09-71801, 09-71805 et 09-71806.

Crim. 15 juin 2010 n°10-80018, Crim 12 oct. 2010 n°10-90105 et 10-90106.

⁵⁶ Ex, CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, CE 2 juin 2010 *Association des pensionnés civils en Nouvelle Calédonie* n°326444, CE 9 juin 2010 *Collectif pour la défense de l'université et autres* n°329056, CE 18 juin 2010 *Société l'office central d'accession au logement* n°18 juin 2010, CE 9 juillet 2010 *M. Mathieu A* n°337320, CE 8 août 2010 *Groupement de fait brigade sud de Nice* n°340849, CE 10 nov. 2010 *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* n°340106, CE 17 déc.2010 *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete* n°343800.

Le Conseil d'Etat poursuit ce même raisonnement en 2011. Ex, CE 4 avril 2011 *Union générale des fédérations de fonctionnaires-CGT* n°345767, CE 6 avril 2011 *Fédération nationale des associations tutélaires et autres*

application de la loi, ce qui compte, c'est d'apprécier si et dans quelle mesure il en a été fait application⁵⁷. Il accepte ainsi, dans une approche toujours plus libérale de la condition de l'applicabilité au litige, la contestation d'une disposition législative qui n'impliquait pas directement la disposition réglementaire mais dont celle-ci en a fait application. La question prioritaire de constitutionnalité « ouvre en quelque sorte un recours à l'encontre de la loi sous couvert d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire qui l'applique »⁵⁸. Bien évidemment, cette hypothèse est à distinguer de celle où la disposition contestée, même prise pour l'application d'un article de loi, est de nature réglementaire⁵⁹. Dans ce cas, il revient au juge de droit commun de procéder à l'examen de la constitutionnalité de telles dispositions (hors hypothèses de lois-écran), la question prioritaire de constitutionnalité ne pouvant être mobilisée pour renvoyer des dispositions réglementaires.

A contrario, les dispositions législatives ne peuvent être regardées comme applicables au litige, dès lors qu'aucun des textes attaqués par le requérant n'est pris en application de ces dispositions⁶⁰.

La disposition législative ne peut par ailleurs être contestée dans sa rédaction résultant d'une modification intervenue postérieurement à la publication du décret en cause⁶¹.

La Cour de cassation opte de nouveau pour une position plus radicale, et de surcroît plus contestable. La question posée est frappée d'irrecevabilité dès lors que sous couvert de la critique de dispositions législatives, elle ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution de dispositions réglementaires ne pouvant, en tant que telles, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité⁶². La Cour de cassation s'en tient strictement à la lettre de l'article 61-1 de la Constitution qui ne vise que des dispositions législatives, c'est-à-dire ayant une nature législative, y compris celles dont le support textuel ne serait pas formellement une loi⁶³ (ex : décrets-lois des Républiques antérieures, ordonnances des articles 38, 47 voire 92 (actuellement abrogé) de la Constitution). Or, dans les cas d'espèce, c'est bien une disposition législative qui est contestée, sur la base de laquelle a été pris l'acte réglementaire initialement attaqué. Celui-ci fait ainsi écran à tout

n°345838, CE 4 mai 2011 *M. Bruno Lliboutry* n°346648, CE 19 sept.2011 *Société MON VETO* n°350258, CE 23 sept.2011 *M. Bertrand A* n°34577.

⁵⁷ Cf. A. COURREGES, conclusions préc. sur CE 14 avril 2010 *Union des familles en Europe* n°323830, AJDA 2010, p.1013.

⁵⁸ B. MATHIEU, *Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat – A propos des arrêts rendus par le Conseil d'Etat les 14 et 16 avril 2010*, JCP G, 26 avril 2010, n°17, p.465.

⁵⁹ CE 2 juin 2010 *Ponsart* n°338965.

⁶⁰ Ex, CE 22 sept.2010 *Syndicat des médecins d'Aix et Région* n°340998, CE 12 mai 2011 *M. Luis A* n°318952, CE 23 sept.2011 *M. Bertrand A* n°345770.

⁶¹ CE 10 nov. 2010 *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* n°340106.

⁶² Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72657 ; Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72894, Ass.pl. 18 juin 2010 n° 09-72830 ; Ch. com. 30 nov.2010 n°10-17044 ; Civ 1^{ère} 12 janv.2011 n°10-40053, Civ.1^{ère} 17 mars 2011 n° 10-40077 ; Civ.2^e 3 mars 2011 n°10-23207, Civ.2^e 16 mars 2011 n° 10-25124.

⁶³ Lors de l'examen de la révision constitutionnelle de 2008, le Parlement a supprimé la limite initialement retenue par le Gouvernement qui limitait le champ du contrôle aux lois promulguées depuis 1958. Comme le soulignait alors le président Jean-Jacques Hiest dans le rapport sur le projet de loi constitutionnelle (Rapport du 11 juin 2008 de J-J HYEST pour la commission des lois du Sénat n°387), le contrôle peut ainsi porter sur tous les « actes de valeur législative » intervenus par le passé « y compris les décrets-lois sous la IIIe République, les ordonnances adoptées pendant la libération ou dans la période transitoire de 1958-1959 ».

Voir également à ce sujet le rapport de H. PORTELLI, du 29 sept.2009, n°637.

contrôle de constitutionnalité de ladite loi ; ce qui ne va pas dans le sens d'une protection accrue des droits fondamentaux du justiciable. Néanmoins, il reste possible de contester la constitutionnalité de l'acte réglementaire lui-même car la loi ne fait pas écran de son côté.

La Cour de cassation applique le même raisonnement pour toutes les situations qui se présentent à elle et, se refuse à tout compromis ; que la disposition législative soit simplement visée par la disposition réglementaire qui n'est pas issue de cette dernière⁶⁴, ou bien qu'elle fonde directement l'acte réglementaire, le traitement est le même⁶⁵.

Le même débat se retrouve pour les lois de réception des règlements communautaires. Sans grand étonnement, la Cour de cassation considère que sous couvert de la critique de la disposition législative contestée, la question ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution d'un règlement communautaire. D'où il suit que la question ainsi posée est irrecevable⁶⁶. En revanche, le Conseil d'Etat a admis l'applicabilité d'une loi tirant les conséquences d'un règlement communautaire, sachant bien le sort que réserve le juge constitutionnel aux lois de transposition de dispositions inconditionnelles et précises de directives communautaires⁶⁷. Il fait également abstraction de sa toute nouvelle jurisprudence relative aux lois autorisant la ratification des conventions internationales⁶⁸. La question fut donc transmise. Bien lui en a voulu, puisque le Conseil constitutionnel ne s'est point déclaré incompétent pour exercer son contrôle de constitutionnalité⁶⁹. Il semble considérer qu'il n'y a pas lieu de transposer sa jurisprudence relative aux lois de transposition des directives communautaires aux lois réceptionnant les dispositions d'un règlement communautaire. Les modalités de son contrôle de constitutionnalité ne sont pas affectées par le fait que le législateur soit placé dans une « situation de compétence liée »⁷⁰ ; ce qui est contestable au regard de la jurisprudence Foto-Frost⁷¹.

⁶⁴ Civ.2^e 3 mars 2011 n°10-23207.

⁶⁵ Civ.1^{ère} 17 mars 2011 n° 10-40077.

⁶⁶ Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72655, Ass.pl. 9 juil. 2010 n°09-72830 et 09-72894.

⁶⁷ Cons. constit. 10 juin 2004 *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* n°2004-496 DC.

⁶⁸ CE 14 mai 2010 *Rujovic* n°312305 « la loi autorisant la ratification d'un traité, qui n'a d'autre objet que de permettre une telle ratification, n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 », étant donné que la norme applicable au litige est énoncée dans une convention internationale, et non dans la loi qui en autorise la ratification.

⁶⁹ Cons.constit. 11 févr.2011 n°2010-102 QPC.

⁷⁰ Voir à ce sujet : H. HOEPFFNER, *Vers une interprétation autonome des conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat ?*, Droit administratif, 1^{er} mai 2011, n°5, p. 37-40 et, A.ROBLOT-TROIZIER et G.TUSSEAU, *Chronique de jurisprudence-droit administratif et droit constitutionnel*, RFDA 2011, p.611.

⁷¹ CJCE 22 oct. 1987 *Foto-Frost* affaire 314/85. D'après l'arrêt Foto-Frost, les juridictions nationales sont compétentes pour examiner la validité d'un acte communautaire. Par contre, elles ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité d'un acte communautaire (en l'espèce, une décision de la Commission). La Cour de justice, chargée d'assurer une application uniforme du droit communautaire dans tous les États membres, est la seule compétente tant pour annuler un acte d'une institution communautaire que pour le déclarer invalide.

En guise de première conclusion, alors que le Conseil d'Etat tente d'avoir l'approche la plus libérale qu'il soit, une méthode exégétique, à tel point qu'on est tenté de considérer qu'à ses yeux, est applicable au litige toute disposition qui n'est pas dépourvue de tout lien avec ce litige⁷², la Cour de cassation préfère se restreindre à une interprétation certainement plus littérale et donc plus stricte de la condition d'applicabilité. Contrairement au Conseil d'Etat, elle exige un rapport direct et certain entre la disposition législative contestée et l'objet du litige⁷³.

Si la première approche répond à l'objectif premier du législateur organique, consistant à « *permettre au citoyen de faire valoir des droits constitutionnels* » et prend donc en compte l'utilité et la finalité de la procédure ; la seconde approche répond également à l'objectif, tout autant assigné par les auteurs, « *d'assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique* », le mécanisme de filtrage retenu permettant d'œuvrer dans ce sens et d'éviter un encombrement du Conseil constitutionnel⁷⁴.

Si l'on constate que dans un premier temps, la question prioritaire de constitutionnalité a renforcé les spécificités existantes entre les deux hautes juridictions, se matérialisant dans les faits par une interprétation différenciée de l'applicabilité au litige, elle ouvre dans un second temps, de nouvelles perspectives de rapprochement.

⁷² CE 9 juillet 2010 *Guéranger* n°339261 : le Conseil d'Etat admet que le lien entre la disposition législative contestée et le litige puisse résulter au premier chef de ce que la décision attaquée fait application de la disposition législative, même indirectement.

⁷³ Ass.pl. 18 juin 2010 n°09-72655, n°09-72894, n°09-72830 : « *Attendu que la disposition de l'article L. 464-8 du code de commerce, en ce qu'elle permet à l'Autorité de la concurrence de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé ou réformé une décision de cette dernière, n'est pas applicable au litige, dès lors que la cour d'appel a rejeté le recours formé contre la décision rendue par le Conseil de la concurrence, et non par l'Autorité de la concurrence* ».

Civ. 2^e 15 déc. 2010 n°10-40048 : « *Attendu que les dispositions contestées ont pour unique objet de préciser le régime des prélèvements fiscaux et sociaux auxquels sont assujetties les indemnités de chauffage et de logement dont le montant est retenu par l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs en amortissement du capital versé au mineur, qui a opté, lors de la liquidation de ses droits à pension de retraite, pour le versement d'un capital représentatif desdites indemnités ; qu'elles ne sont pas applicables, dès lors, à des litiges qui se rapportent à la qualification et à la validité des contrats conclus entre les intéressés et l'Agence nationale* ».

Voir également Crim 21 juin 2011 n°11-90050, Crim 17 août 2011 n°11-90066.

⁷⁴ Explication des différents objectifs assignés à la loi organique : Audition de Jean-Marc SAUVE, vice président du Conseil d'Etat et de Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, par la commission des lois de l'AN, *Evaluation de la loi organique n°2009-1523 du 10 déc.2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, mercredi 1^{er} sept.2010.

PARTIE II – UNE NOUVELLE APPROCHE DE L'APPLICABILITE AU LITIGE : DES PERSPECTIVES DE RAPPROCHEMENT JURIDICTIONNEL

La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est de nature à vivifier les relations entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Elle permet assurément de susciter de nouvelles logiques de convergence, sachant qu'il n'y a pas deux acteurs en jeu mais réellement quatre : les deux Cours suprêmes, le Conseil constitutionnel et la partie à l'instance. On ne se cantonne plus dans un dialogue à deux juges, on s'inscrit davantage dans une réelle dynamique, qui favorise l'évolution et le changement. Deux prospectives se profilent à l'horizon, la première concernant l'office du juge (§1), la seconde tendant vers une convergence d'interprétation de la condition de l'applicabilité au litige (§2).

§1. ANALYSE DE L'OFFICE DU JUGE : UNE METHODE SIMILAIRE, UNE ACCEPTION LARGE SUSCITANT LE CHANGEMENT

Sans revenir sur leur interprétation propre de la condition de renvoi, les deux hautes juridictions se réfèrent à une méthode de travail analogue, utilisant les mêmes outils de décryptage, même si au final, le résultat c'est-à-dire l'interprétation qu'il en ressort est différente (A). Cette analyse nous conduira ensuite à nous interroger sur la structure telle qu'elle est actuellement établie, de l'office du juge (B).

A. Des modalités communes d'examen

Malgré une divergence de position dans l'appréciation de l'applicabilité au litige, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation suivent globalement des méthodes similaires d'examen. Ils procèdent tous deux en effet, à un examen scrupuleux disposition par disposition, s'autorisant lorsque la situation l'exige, des renvois seulement partiels pour cause d'inapplicabilité d'une des dispositions invoquées⁷⁵. Ils ne s'interdisent pas pour autant une lecture combinée des articles législatifs en jeu. Ils utilisent en effet tous deux, la technique de la combinaison de normes pour interpréter une disposition contestée, en s'appuyant soit sur

⁷⁵ Pour ne citer que quelques exemples d'arrêts du Conseil d'Etat : CE 23 avril 2010 *M. Alain A* n°327174, CE 2 juin 2010 *Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle Calédonie* n°326444, CE 9 juin 2010 *Collectif pour la défense de l'université et autres* n°329056, CE 18 juin 2010 *Société l'Office central d'accès au logement* n°337898, CE 8 oct.2010 *Groupeement de fait brigade sud de Nice* n°340849, CE 10 nov.2010 *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* n°310406 ; et de la Cour de cassation : Ass.pl. 18 juin 2010 n°10-40005, n°10-40006, n°10-40007, Crim 12 janv.2011 n°10-84429.

une disposition législative invoquée⁷⁶, soit sur une disposition législative non contestée⁷⁷. Par exemple, dans un arrêt *SNC Kimberly Clark*, le Conseil d'Etat interprète la question de constitutionnalité dont il était saisi et qui portait sur l'ensemble de l'article 273 du code général des impôts, comme ne concernant en réalité que cet article « *en tant qu'il habilite le pouvoir réglementaire à fixer des délais tels que ceux mentionnés à l'article 224 de l'annexe II du code général des impôts* »⁷⁸. Il trouve ainsi un appui pour restreindre le champ de la contestation dans la condition d'applicabilité au litige.

Le renvoi peut certes être partiel mais doit rester intelligible et permettre une correction utile par le Conseil constitutionnel. Il doit être cohérent. Il n'est ainsi pas souhaitable de dissocier des dispositions entretenant des liens logiques entre elles. Par exemple, des dispositions régissant de manière indissociable une même procédure ont vocation à faire l'objet d'un renvoi commun, même s'il n'est fait application que de certaines d'entre elles⁷⁹. Nous avons brièvement abordé cette problématique lorsque nous traitons de la question de l'étendue du renvoi, notamment de l'hypothèse des dispositions se succédant dans le temps. Nous avons pu observer à cet effet que la disposition fixant l'application rétroactive de la disposition principalement contestée était applicable au litige au vu du Conseil d'Etat, du fait de la présence d'un lien de connexité indéniable entre ces deux dispositions.

Il convient d'approfondir ce point. Nous faisons référence dans ce cas de figure précis à des dispositions contestées qui n'étaient pas toutes, prises individuellement, applicables au litige mais qui du fait de leur connexité, ont été renvoyées au Conseil constitutionnel. Autrement dit, la disposition contestée n'était pas en tant que telle applicable au litige *ratione materiae* ou *ratione temporis*, mais l'est en quelque sorte devenue puisqu'elle était indissociable d'une autre disposition contestée manifestement applicable. Cette logique est parfaitement illustrée dans un arrêt du Conseil d'Etat *Balta et Opra*⁸⁰, qui renvoie l'article 9 et l'article 9-1 de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000, alors que seules les dispositions de l'article 9 sont matériellement applicables au litige. Le Conseil d'Etat, sur les recommandations de son rapporteur public Jean-Philippe Thiellay⁸¹, considère que les dispositions de « *l'article 9-1 [...] qui prévoient que la procédure d'expulsion organisée au II de l'article 9 peut être mise*

⁷⁶ CE 1^{er} juil.2011 *Mme Yolande A* n°349623 ; Civ.2^e 16 juin 2011 n°10-27172, Crim 20 juil.2011 n° 11-90060, Ch. sociale 5 oct.2011 n°11-40053, Ch. sociale 6 oct.2011 n°11-40057, Ch. sociale 14 déc.2011 n°11-40073

⁷⁷ CE 23 avril 2010 *SNC Kimberly Clark* n°327166, CE 25 juin 2010 *M. Mortagne* n°326363, CE 2 mars 2011 *Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants* n°339595, CE 28 juil.2011 *Société au verger de Provence* n°349382 ; Ch. sociale 18 nov.2011 n°11-40068.

⁷⁸ CE 23 avril 2010 *SNC Kimberly Clark* n°327166.

⁷⁹ CE 18 juin 2010 *Société L'Office central d'accession au logement* n°337898.

⁸⁰ CE 28 mai 2010 *M. Pui Balta et M. Orient Opra* n°337840.

⁸¹ J-P THIELLAY, conclusions préc. sur CE 28 mai 2010 *M. Pui Balta et M. Orient Opra* n°323830, AJDA 2010, p.1376.

en œuvre dans toutes les communes, y compris celles qui ne seraient pas mentionnées à cet article, sont indissociables des dispositions de celui-ci ; que, dès lors, elles sont également applicables au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. » L'article 9-1 n'était clairement pas applicable en l'espèce, à la commune de La Courneuve, qui était une commune de plus de 5000 habitants dans laquelle une aire d'accueil avait été ouverte, et à laquelle s'appliquait l'obligation d'insertion dans le schéma département d'accueil ; alors que l'article 9-1 n'était applicable qu'aux communes non inscrites à ces schémas. Toutefois, tel qu'il en ressort des conclusions du rapporteur public, ces deux articles étaient indissociables, l'article 9-1 étant un article d'extension de l'article 9. Dans ce cas, que restait-il de l'article 9-1 si le Conseil constitutionnel était amené à abroger l'article 9 ? Le Conseil d'Etat a donc choisi de privilégier la cohérence de la question renvoyée et de prendre en compte l'effet de l'abrogation à laquelle pouvait recourir le Conseil constitutionnel. C'est d'ailleurs ce même argument qui avait été avancé par Anne Courrèges, rapporteur public dans l'affaire *Union des familles en Europe*. En effet, si l'abrogation de la loi du 3 août 1981 par la loi du 30 décembre 2002 rétroactive au 1^{er} janvier 1999, pouvait être discutable sur le point du gel des indices, l'éventuelle abrogation de l'article 68 de la loi de 2002 par le Conseil constitutionnel, si le Conseil d'Etat était amené à lui renvoyer la question, pourrait faire revivre la loi de 1981 dans son entièreté de sorte que pour toute la période, même postérieure à 1999, cette loi est potentiellement applicable. Les deux dispositions en l'espèce présentent un lien de connexité rendant potentiellement applicable l'une d'entre elle. On notera également que le Conseil d'Etat a considéré que deux articles législatifs étaient indifféremment applicables au litige, alors même que l'un de ces deux articles n'était entré en vigueur qu'après la date de la décision attaquée⁸².

Le Conseil d'Etat se démarque de nouveau en adoptant une conception autonome de l'indivisibilité, plus souple que celle qu'il manie dans le contentieux de l'excès de pouvoir⁸³. La Cour de cassation semble elle aussi emprunter le même chemin, même si pour l'instant on ne compte qu'un seul arrêt dans lequel elle applique de manière explicite la théorie de l'indivisibilité⁸⁴. Cette jurisprudence sur l'indivisibilité de deux normes suscite cependant des interrogations sur l'office du juge et plus précisément, sur la marge de manœuvre dont celui-ci dispose pour effectuer son office.

⁸² CE 18 mai 2010 *Commune de Dunkerque* n°306643.

⁸³ A. LALLET et X. DOMINO, *ANI ap. QPC*, AJDA 2011, p. 375.

⁸⁴ Crim. 31 août 2011 n°11-90065.

B. Vers une possible restructuration de l'office du juge

L'office du juge dans le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité est techniquement limité. S'il peut éventuellement reformuler la question posée, il ne peut cependant soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité⁸⁵. Le juge n'est nullement autorisé à se substituer aux parties de l'instance : les termes même de « *l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »⁸⁶.

Par conséquent, le juge du renvoi ne peut modifier et a fortiori dénaturer la question posée par les parties. C'est d'ailleurs ce qu'avait clairement exprimé le premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda, lors de son audition par la commission des lois de finances⁸⁷ : « *dans la mesure où le juge n'aurait pas le pouvoir de relever d'office une question de constitutionnalité, il ne devrait pas davantage avoir celui de reformuler une question posée par une partie. S'il peut envisager de réécrire, dans un français plus clair, une question maladroitement formulée, le juge ne saurait cependant en dénaturer le sens dans la mesure où la loi lui fait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions de fond qu'elle pose* ». La Cour de cassation s'est donc naturellement pliée à cette exigence⁸⁸, tout comme le Conseil d'Etat d'ailleurs. Le juge ne procède à aucune requalification ou raisonnement par analogie. La seule circonstance que la disposition législative attaquée a un contenu similaire à celle non contestée, qui est en réalité seule applicable au litige, ne permet pas de regarder la condition comme remplie⁸⁹. La situation n'est cependant pas si évidente. On s'aperçoit en effet, dans un arrêt du Conseil d'Etat en date du 19 septembre 2011⁹⁰, que la question de constitutionnalité qui lui est transmise par la Cour administrative d'appel de Nantes se restreint à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des articles 51, 82, et 119 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, alors que le mémoire enregistré au greffe de la Cour visait d'autres articles législatifs. Le Conseil d'Etat s'abstient de tout commentaire et juge qu'en l'espèce, les

⁸⁵ Art. 23-1 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

⁸⁶ Cons. constit. 3 décembre 2009 n° 2009-595 DC (considérant n°9).

⁸⁷ J-L WARSMANN, rapport n°1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 sept. 2009, p.186.

⁸⁸ Ch. sociale 14 déc. 2010 n° 10-40050 : « *si la question posée peut être "reformulée" par le juge à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il n'appartient pas au juge de la modifier ; que, dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise* ».

⁸⁹ CE 16 juil. 2010 *Union départementale des associations familiales de la Sarthe* n° 327410.

⁹⁰ CE 19 sept. 2011 *Département de la Loire-Atlantique* n°350726.

dispositions sus-invoquées ne sauraient être regardées comme applicables au présent litige dès lors qu'elles ne se rapportent pas directement à la demande du justiciable ; ce qui peut être contestable au regard des dispositions initialement soulevées par le requérant. Il est vrai que dans cette affaire, le juge n'a soulevé d'office aucun moyen quel qu'il soit. Il a simplement écarté certaines dispositions législatives invoquées par le requérant. Peut-on dans ce cas parler d'une simple reformulation de la question posée ? N'y a-t-il pas eu au contraire une dénaturation de ladite question ?

La conception de l'indivisibilité telle que l'on a pu l'exposer précédemment, pose elle aussi une question. Que devra faire le juge du renvoi lorsqu'il sera confronté à une disposition contestée indissociable à d'autres dispositions qui ne seront pas contestées ? Un tel problème ne manquera pas de se poser. Le juge sera-t-il alors tenu par les termes du litige ou ira-t-il au-delà, au nom de l'efficacité du dispositif ? Pour éviter une incohérence juridique et parce que le Conseil constitutionnel ne se saisit pas d'office de dispositions qui ne lui auraient pas été renvoyées, les Cours suprêmes ne seront-elles pas amenées à dépasser leur office ? Il est nécessaire qu'elles puissent anticiper et permettre au juge final de la constitutionnalité de se prononcer sur un bloc cohérent. Il faut éviter l'hypothèse dans laquelle le Conseil constitutionnel abrogerait la disposition principale mais laisserait subsister, faute de renvoi simultané, la disposition étendant le régime abrogé. C'est une chose d'étendre le champ d'applicabilité à des dispositions contestées indissociables ou connexes ; cela en est une autre de renvoyer des dispositions non contestées parce qu'elles seraient indissociables de normes contestées.

La question a été abordée par le Conseil d'Etat mais n'a pas été tranchée puisqu'elle n'a pas été renvoyée et que la motivation repose sur un « *en tout état de cause* »⁹¹. Il a statué sur l'articulation des articles 92J et 163 du code général des impôts alors même que la question posée ne visait que la constitutionnalité de l'article 92J. Il est cependant très délicat de distinguer deux normes indivisibles qui forment l'architecture d'un régime juridique donné. Il est difficile d'interdire au juge de se saisir d'une disposition indissociable, mais non

⁹¹ CE 25 juin 2010 *M. Mortagne* n°326363 : « *Considérant, enfin, que M. A soutient que les dispositions en litige portent atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que toutefois, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 92 J du code général des impôts et leur combinaison avec celles de l'article 163 du même code, qui ont été interprétées par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n° 224285), ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, elles ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; qu'enfin, si M. A soutient que la disposition en litige porte atteinte au principe de confiance légitime et de non rétroactivité de la loi fiscale, ces principes ne sont pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution* » (considérant n°4).

contestée. « *L'objectif premier du juge-filtre de la question prioritaire de constitutionnalité doit être de trouver le renvoi le plus pertinent possible – au besoin en dépassant, si cela s'avère nécessaire, les termes du litige, c'est-à-dire les seules dispositions contestées. A notre sens, il ne serait en effet pas si surprenant que la logique d'efficacité qui prend en considération l'effet d'une éventuelle abrogation, conduise le juge à s'écarter des règles classiques du contentieux administratif, notamment l'ultra petita, en raison de la nature objective du contrôle de constitutionnalité et de l'objectif central d'éclairer le plus complètement possible le juge constitutionnel afin qu'il puisse intervenir de la façon la plus utile et la plus exhaustive.* »⁹² C'est une voie périlleuse qu'il faut emprunter avec méfiance⁹³, mais qui pourrait s'avérer nécessaire et qui rapprocherait la procédure française des systèmes étrangers⁹⁴. C'est d'ailleurs une voie qu'Anne Courrèges dans ses conclusions sous la décision précitée *Khedidja et Mokhtar Labane*⁹⁵, a envisagé : « *On peut même se demander si cela ne pourrait pas conduire, dans des cas extrêmes, à élargir le périmètre de la contestation pour conserver les liens logiques entre les dispositions législatives formant un bloc connexe* ». On terminera sur un dernier argument, tenant à la nature objective du contrôle de constitutionnalité. « *Le contentieux de constitutionnalité possède à la fois des implications subjectives et objectives. De sorte que le procès constitutionnel apparaît comme le lieu d'une protection médiatisée de la Constitution où les préoccupations individualistes des parties se trouvent mêlées à la défense objective de l'ordonnement [...]. Ainsi, la présence simultanée d'intérêts subjectifs et de l'intérêt général donne un caractère ambivalent au contentieux de constitutionnalité [...]. La dimension subjective est dominée par la finalité objective du contentieux constitutionnel* »⁹⁶.

§2. UNE CONVERGENCE D'INTERPRETATION ENCOURAGEE PAR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE : VERS UN RAPPROCHEMENT DES DEUX ORDRES DE JURIDICTION

Le libéralisme dont fait preuve le Conseil d'Etat n'est pas sans limites et sa jurisprudence récente tend à en préciser les contours (A). La Cour de cassation fait elle-même preuve d'une plus

⁹² S-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, *Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?*, AJDA 2010, p.1355. Voir également F. CREUX-THOMAS, *La QPC : « une révolution juridique confirmée ! »*, JCP G, 4 oct.2010, n°40, p.1821-1824.

⁹³ Le juge pourrait en effet attirer dans le litige plus qu'il n'est souhaité par les parties.

⁹⁴ En Italie ou en Belgique par exemple, le juge a quo peut relever d'office une question de constitutionnalité.

⁹⁵ CE 14 avril 2010 *Mme Kedadja et Mokhtar Labane* n°336753, conclusions Anne Courrèges, AJDA 2010, p.1013.

⁹⁶ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, Cahiers du conseil constitutionnel, juil.2008, n°25 (prix de thèse en 2007).

grande diligence dans la détermination de l'étendue de son renvoi, sous le joug du Conseil constitutionnel (B). Sans pour autant remettre en cause leur interprétation de l'applicabilité au litige, les deux Cours suprêmes s'accordent désormais sur l'appréciation de certains points. La situation semble s'apaiser.

A. Un resserrement juridique du périmètre d'action par le Conseil d'Etat : l'applicabilité au litige, une notion évolutive

Alors que la Cour de cassation confirme son interprétation de la condition de l'applicabilité⁹⁷, la jurisprudence récente du Conseil d'Etat s'emploie au contraire à en fixer les limites, ce qui n'est pas dénué de considérations d'opportunité.

Au-delà de ce libéralisme jurisprudentiel, le Conseil d'Etat exige désormais pour admettre le renvoi, un rapport direct entre la disposition législative et l'objet de la demande du justiciable⁹⁸. L'applicabilité hypothétique de la disposition législative n'est pas admise dans tous les cas. En conséquence, dans la mesure où l'objet des recours en révision et en rectification d'erreur matérielle à l'encontre d'une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux n'est pas de remettre en question l'appréciation d'ordre juridique portée par ce dernier sur les mérites de la cause, ne peuvent être regardées comme applicables au présent litige les dispositions législatives dont le Conseil d'Etat a fait application pour statuer sur le bien-fondé du pourvoi⁹⁹. « *Autrement dit, la conception « englobante » de la notion de litige ne va pas jusqu'à inclure le recours en révision ou en rectification d'erreur matérielle* »¹⁰⁰. L'exigence d'un rapport direct entre le litige et la disposition législative contestée conduit également, sans surprise, à considérer comme inapplicables les dispositions législatives contestées dès lors qu'aucun des textes attaqués par le requérant n'est pris en application de celles-ci¹⁰¹ ou lorsque le requérant n'est pas susceptible d'y être soumis¹⁰².

Par ailleurs, et surtout, le Conseil d'Etat a jugé qu'une disposition législative ne peut être regardée comme applicable au litige dans le cas où son éventuelle inconstitutionnalité et

⁹⁷ Les dispositions contestées sont applicables à la procédure dès lors que des demandes ont été présentées devant le juge du fond sur le fondement de ces textes. Crim 12 janv.2011 n°10-84429, Crim 15 mars 2011 n°10-90127, Crim. 20 juil.2011 n°11-90058, Crim 6 sept.2011 n°11-90068.

Lorsque l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, inapplicables à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur la solution, la question est irrecevable. Civ.1^{ère} 6 juil.2011 n°11-10393, Civ.1^{ère} 26 juil.2011 n°11-40042.

⁹⁸ CE 15 avril 2011 *Société Après Mine Moselle Est* n°346042 à propos d'une disposition législative relative au transfert des biens après cessation d'activité, alors que la demande porte sur l'arrêt de l'activité. Voir également CE 20 avril 2011 *Département de l'Hérault* n°346227.

⁹⁹ CE 4 oct.2010 *Mme De Kerguelin* n°328505.

¹⁰⁰ A. ROBLOT-TROZIER, *Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat – Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi*, RFDA 2011, p.691.

¹⁰¹ CE 12 mai 2011 *M. Luis A* n°318952.

¹⁰² CE 19 janv.2011 *M. André A.* n°344011.

donc abrogation, serait « sans incidence sur l'appréciation de la légalité de la décision attaquée »¹⁰³. Il opte ainsi pour une interprétation renouvelée de l'applicabilité au litige, plus restrictive, qui rappelle tant les conditions du contrôle incident de constitutionnalité retenues à l'étranger¹⁰⁴ que les hésitations du législateur organique. Le critère de l'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'issue du litige est néanmoins moins rigoureux que l'exigence selon laquelle la question de constitutionnalité commande l'issue du litige. « La QPC n'est pas seulement un moyen d'imposer le respect de certaines normes constitutionnelles par le législateur, elle est plus concrètement une voie de droit offerte aux justiciables pour obtenir du juge la protection subjective de leurs droits et libertés »¹⁰⁵.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat s'aligne sur le jugement de la Cour de cassation, ce qui ne peut être que remarqué au regard de la sécurité juridique. Il semble vouloir se préoccuper davantage de l'effet utile de la question prioritaire sur le litige. « Cette jurisprudence tempèrera la bienveillance dont fait preuve le juge [administratif] en la matière, sans remettre radicalement en cause la souplesse de son appréciation »¹⁰⁶. Elle suscite cependant une interrogation quant au devenir des dispositions législatives abrogées puisqu'en tout état de cause, l'éventuelle abrogation de la disposition législative n'aura aucune incidence sur le litige. Elle n'aura qu'un effet confirmatif d'une situation préexistante. Le Conseil d'Etat pourrait-il donc, pour ce motif, refuser de renvoyer au Conseil constitutionnel la question dûment posée ? Qu'en est-il également de sa théorie sur l'abrogation implicite d'une disposition législative contraire à des dispositions constitutionnelles postérieures¹⁰⁷ ? En stricte logique juridique, si une disposition constitutionnelle nouvelle a pour effet d'abroger la disposition législative préexistante, qui lui est contraire, celle-ci ne saurait donc être

¹⁰³ CE 19 janv.2011 *EARL Schmittseppel* n°343389.

¹⁰⁴ En Italie ou en Belgique par exemple, la question de constitutionnalité, comme tout mécanisme préjudiciel, doit être déterminante pour résoudre le litige. Dans le cadre des questions préjudicielles, l'intérêt des parties ne détermine pas la recevabilité du recours. Le juge *a quo* doit veiller à la pertinence des demandes à l'égard de la solution du procès qui se déroule devant lui. Voir à ce propos : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, Cahiers du conseil constitutionnel, juil.2008, n°25 (prix de thèse en 2007).

Lorsque le juge *a quo* italien souhaite saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité, il doit préalablement s'assurer que la question posée satisfait deux conditions cumulatives : sa *rilevanza* (littéralement, le caractère déterminant de la question pour la résolution du litige) et sa *non manifesta infondatezza* (Article 23 al.2 de la loi n°87 de 1953). Sur ces questions, cf. J-J PARDINI, *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis*, Pouvoirs 2011/2, n°137, p.101-122 ; M. LUCIANI, *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie*, Cahiers du Conseil constitutionnel janv.2010, n°27 ; Gustavo ZAGREBELSKY, *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité en Italie*, Cahiers du Conseil constitutionnel juin 2007, n°22.

Le juge belge n'est également pas tenu de renvoyer la question préjudicielle s'il estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour prendre sa décision (art.26§2 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle).

¹⁰⁵ A. ROBLOT-TROZIER, *Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat – Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi*, RFDA 2011, p.691.

¹⁰⁶ A. LALLET ET X. DOMINO, *An I ap. QPC*, AJDA 2011, p.375.

¹⁰⁷ CE ass. 16 déc.2005 *Ministre des affaires sociales c/ Syndicat national des huissiers de justice* n°259584.

applicable au litige. Le Conseil d'Etat ne semble pas s'être engagé dans cette voie¹⁰⁸, bien qu'il juge inopérant le moyen tiré de l'incompétence négative du législateur à l'encontre d'une loi antérieure à 1958¹⁰⁹ ou d'une loi, bien que postérieure à cette date, adoptée avant qu'entre en vigueur une disposition constitutionnelle nouvelle de répartition des compétences normatives¹¹⁰. Cette nouvelle jurisprudence mérite donc d'être relativisée. L'application du critère de l'incidence reste ambiguë tantôt ignoré¹¹¹, tantôt revendiqué. Il « *témoigne d'une certaine instrumentalisation des conditions de renvoi par la haute juridiction administrative* »¹¹². Autrement dit, l'appréciation de l'applicabilité au litige n'est pas dénuée de considérations d'opportunité.

La position de la Cour de cassation ne semble pas non plus très bien fixée. Si elle réitère à plusieurs reprises son opinion sur la question¹¹³, on note un arrêt de la Chambre sociale du 26 octobre 2010¹¹⁴ dans lequel elle demande, non pas que la disposition contestée ait des incidences sur la solution du litige, mais qu'elle en commande l'issue ; ce qui contrevient évidemment à la volonté initiale du législateur organique. Le sol jurisprudentiel est une terre instable.

B. Un infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation sous le joug du Conseil constitutionnel

On se souvient que la Cour de cassation refusait, même de manière exceptionnelle, de voir applicable la disposition législative non en vigueur au moment des faits, ce qui n'était pas le cas du Conseil d'Etat. Il est entendu que seules les dispositions applicables au moment du litige peuvent être contestées, la disposition législative modificatrice ne remplissant donc pas cette condition. Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs rappelé dans un arrêt du 10 novembre 2010¹¹⁵,

¹⁰⁸ CE 15 juil. 2010 *Cie agricole de la Crau* n°322419 et CE 8 oct.2010 *Daoudi* n°338505. Le Conseil d'Etat ne tient pas en compte du fait que les dispositions législatives contestées soient antérieures aux dispositions constitutionnelles invoquées, ce qui semble signifier l'abandon de la théorie de l'abrogation implicite de la loi contraire à une norme constitutionnelle postérieure, du moins dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce que confirme l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC contestant la constitutionnalité d'une loi antérieure à 1958 : v. CE 16 juil.2010 *Société Casino municipal de Royat* n°338723.

¹⁰⁹ CE 14 oct.2010 *Vigot* n°337005.

¹¹⁰ CE 3 nov.2010 *Le Fur* n°342502.

¹¹¹ CE 11 mars 2011 *Benzoni* n°341658 : le Conseil d'Etat confirme sa position concernant les dispositions législatives contestées abrogées, acceptant toujours de les transmettre, selon l'espèce, au Conseil constitutionnel.

¹¹² A. ROBLLOT-TROZIER, *Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat – Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi*, RFDA 2011, p.691.

¹¹³ Civ.1^{ère} 6 juil.2011 n°11-10393, Civ.1^{ère} 26 juil.2011 n°11-40042.

¹¹⁴ Ch. sociale 26 oct.2010 n°10-40040.

¹¹⁵ CE 10 nov. 2010 *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* n°340106.

ce qui ne remet cependant pas en cause sa jurisprudence sur l'indissociabilité d'une norme non applicable *ratione temporis*¹¹⁶.

Toutefois, on peut supposer un certain assouplissement de la part de la Cour de cassation, qui saisie le 1^{er} juin 2011 par le Tribunal correctionnel de Paris, a admis de transmettre des questions visant à contester les nouvelles dispositions relatives à la garde à vue, entrées en vigueur le même jour (loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue)¹¹⁷.

Sous l'impulsion du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a également infléchi sa jurisprudence relative aux dispositions législatives abrogées ou modifiées¹¹⁸. Le Conseil constitutionnel a rappelé, dans diverses décisions¹¹⁹, que la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée. La modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle aux droits et libertés, elle n'ôte pas l'effet utile de la procédure voulu par le constituant. « *Il en résulte une distinction nette entre la disposition contestée et la question. La disparition de la première, par modification ou abrogation, ne signifie pas la disparition de la seconde dès lors que des droits et libertés peuvent être atteints* »¹²⁰.

Cependant et contrairement au Conseil d'Etat¹²¹, la position de la Cour de cassation ne semble pas de nouveau, clairement établie¹²². Malgré ces incertitudes, cet exemple est l'occasion d'appréhender le rôle du Conseil constitutionnel et surtout, de relancer le débat de son identité juridictionnelle. S'érige-t-il en Cour suprême, maîtresse de l'interprétation ? L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité renouvelle la question. Elle intègre progressivement le Conseil constitutionnel au sein du système juridictionnel, celui-ci pouvant désormais être saisi de l'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative. S'il n'est donc pas structurellement une Cour suprême, dotée d'un pouvoir d'interprétation au sens large et de réformation, on observe bien dans ce cas de figure, qu'il dispose malgré tout d'un pouvoir d'influence assimilable à celui dont disposent les Cours suprêmes sur leurs juridictions ordinaires. Il vient chapeauter les deux ordres de juridiction dans leur appréciation de l'applicabilité au litige. S'il s'estime lié par les termes du litige que le juge ordinaire lui transmet, il se réserve toutefois une marge d'interprétation.

¹¹⁶ CE 18 mai 2010 *Commune de Dunkerque* n° 306643.

¹¹⁷ Crim. 6 sept. 2011 n°11-968, n°11-972 et n°11-973. Voir également Crim. 31 mai 2011 n°11-81412 ainsi que J.PRADEL, *Procédure pénale septembre 2010-août 2011*, Recueil Dalloz 2011, p.2231.

¹¹⁸ Crim. 16 juil. 2010 n°10-80853, Ch. Com. 28 sept. 2010 n°10-40033 et Civ. 2e 13 janv. 2011 n°10-19233.

¹¹⁹ Cons. Constit. 23 juil. 2010-16 QPC, Cons. Constit. 16 sept. 2010 n°2010-25 QPC et Cons. Constit. 18 oct. 2010 n°2010-55 QPC.

¹²⁰ M.DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*. Paris, Editions Lamy, 2011.p.45.

¹²¹ CE 11 mars 2011 *Benzoni* n°341658

¹²² Crim. 12 oct. 2010 n°10-90105 et n°10-90106.

Ainsi, des échos en résonance entre les juridictions se font peu à peu entendre, de façon assez désordonnée mais certaine. Pour pouvoir mieux apprécier cette perspective de convergence, il conviendrait de croiser notre analyse sur la condition de l'applicabilité au litige avec les deux autres conditions de renvoi.

CONCLUSION

La mise en place de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a entraîné d'inéluctables incidences sur notamment, les rapports entre les juridictions. A travers une analyse de l'appréciation de la condition de l'applicabilité au litige par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, nous avons pu apprécier l'impact de cette nouvelle voie de droit sur l'architecture juridictionnelle française. Ses effets sont pour le moins ambigus.

Elle renforce d'un côté, les particularismes existants entre les Cours suprêmes, qui délestées d'une part du gâteau, s'attachent à leur appréciation souveraine. Apparaît ainsi, comme nous avons pu le voir, une divergence d'interprétation dans l'application du critère de l'applicabilité au litige. Se confrontent d'une part, une conception extensive de cette notion de la haute juridiction administrative avec, d'autre part, une vision plus restrictive de la Cour de cassation.

Evidemment, la question prioritaire de constitutionnalité a remanié les règles du jeu et redistribué les rôles, de sorte que le Conseil constitutionnel s'en trouve exhaussé dans son rôle de gardien de la Constitution et, plus particulièrement, des droits fondamentaux. L'interprétation de la loi a été motif de discussion et de désaccord entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Mais nous apercevons également de la part du Conseil d'Etat, une certaine instrumentalisation de la condition de renvoi, non dénuée de considérations d'opportunité. Le critère de l'incidence de la question sur le litige en est une illustration. Le Conseil d'Etat, tout comme la Cour de cassation, se réserve des possibilités de rejeter la question prioritaire de constitutionnalité.

Elle favorise d'un autre côté, du fait de sa nature interdisciplinaire, les interactions entre les deux sphères du droit, public et privé. Contrairement au contrôle de conventionalité, elle instaure également un dialogue entre trois juges. Et comme nous avons pu l'observer pour les dispositions législatives abrogées ou modifiées, le Conseil constitutionnel, s'il refuse toute assimilation à une Cour suprême, joue *a minima* le rôle d'arbitre des divergences d'interprétation. Il en résulte un devoir de coopération loyale entre les Cours suprêmes de chaque ordre de juridiction et le Conseil constitutionnel, et ce, dans l'intérêt du justiciable et pour l'efficacité du dispositif. La question de constitutionnalité ouvre ainsi de nouvelles perspectives de convergence.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGE

DISANT (M), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*. Paris, Editions Lamy, 2011.424p.

ARTICLES DE DOCTRINE

AUBERT (B) et **SAAS (C)**, *Les échos entre les Cours suprêmes*, AJ Pénal 201, p.277.

BON (P), *Premières questions, premières précisions*, RFDA 2010, p.679.

CREUX-THOMAS (F), *La QPC : « une révolution juridique confirmée ! »*, JCP G, 4 oct.2010, n°40, p.1821-1824.

DRAGO (G), *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, Revue française de droit constitutionnel, 2010/4, n°84, p.751-760.

GENEVOIS (B), *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, RFDA 2010, p.1.

GICQUEL (J-E), *Droit constitutionnel et droit des affaires : la convergence juridique encouragée par la QPC*, Petites affiches, 29 sept. 2011, n°194, p.3.

HOEPFFNER (H), *Vers une interprétation autonome des conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat*, Droit Administratif, 1^{er} mai 2011, n°5, p. 37-40

LALLET (A) et **DOMINO (X)**, *An I ap. QPC*, AJDA 2011, p. 375.

LIEBER (S-J) et **BOTTEGHI (D)**, *Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?*, AJDA 2010, p.1355.

LIEBER (S-J), **BOTTEGHI (D)**, et **DAUMAS (V)**, *La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 1^{er} octobre 2010, n°29, p.101-124.

LUCIANI (M), *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel janv.2010, n°27.

MATHIEU (B), - *Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat. – A propos des arrêts rendus par le Conseil d'Etat les 14 et 16 avril 2010*, JCP G, 26 avr. 2010, n°17, p.465.

- *Question prioritaire de constitutionnalité – jurisprudence du 1^{er} mars au 2 juillet 2010*, JCP G, 12 juil. 2010, n°28, p.801.

- *Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité du 3 juillet-6 septembre 2010*, JCP G, 20 sept. 2010, n°38, p.932.

- *Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité du 7 septembre au 3 novembre 2010*, JCP G, 22 nov. 2010, n°47, p.1163.

- *Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité du 4 novembre 2010 au 4 février*, JCP G, 14 févr. 2011, n°7, p.192.

- *Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité du 5 février au 25 avril 2011*, JCP G, 26 mai 2011, n°26, p.604.

- *Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan*, Pouvoirs, 2011/2, n°137, p.57-71.

MOLFESSIS (N), *La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC*, Pouvoirs, n° 137, 2011, p. 83.

MONTALIVET (P de), *La question prioritaire de constitutionnalité. Étendue et limites d'un nouveau droit*, Droit administratif, 1^{er} mars 2010, n°3, p.17-23.

PARDINI (J-J), *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis*, Pouvoirs 2011/2, n°137, p.101-122.

PERRIER (J-B), - *Précisions sur les conditions de recevabilité de la QPC*, AJ Pénal 2010, p.387

- *Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation*, RFDA 2011, p.711.

- *La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence*, Revue française de droit constitutionnel, 2010/4, n°84, p.793-809.

PRADEL (J), *Procédure pénale septembre 2010-août 2011*, Recueil Dalloz 2011, p.2231.

ROBLOT-TROIZIER (A) et TUSSEAU (G), *Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel*, RFDA 2011, p.611.

ROBLOT-TROIZIER (A), *Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat – Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi*, RFDA 2011, p.691.

ROUSSEAU (D), *Le procès constitutionnel*, Pouvoirs, 2011/2, n°137, p.47-55.

SANTOLINI (T), *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, juil.2008, n°25 (prix de thèse en 2007).

SIMON (D), *Jurisprudence constitutionnelle*, Europe, 1^{er} mars 2011, n°3, p.12-13

STIRN (B), - *La première bougie de la QPC*, Petites affiches, 5 mai 2011, n°89, p.3.

- *Un an de QPC du point de vue de la juridiction administrative : des objectifs atteints, des doutes dissipés*, AJDA, 27 juin 2011, n°22, p.1240-1241.

ZAGREBELSKY (G), *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité en Italie*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel juin 2007, n°22.

RAPPORTS PARLEMENTAIRES

HYEST (J-J), Rapport du Sénat sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République, 11 juin 2008, n°387, 314 p.

PORTELLI (H), Rapport du Sénat relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 29 sept.2009, n°637, 94 p.

WARSMAN (J-L), Rapport de l'Assemblée nationale relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 sept.2009, n°1898, 210 p.

WARSMANN (J-L), Rapport de l'Assemblée nationale 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, 5 octobre 2010, n°2838, 111p.

- Audition de Jean-Marc SAUVE, vice président du Conseil d'Etat, mercredi 1^{er} sept.2010

- Audition de Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, 1^{er} sept.2010.

TEXTES LEGISLATIFS

- Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

- Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

- Loi n°87 du 11 mars 1953 sur la Cour constitutionnelle italienne.

- Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle belge.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	608
INTRODUCTION	609
PARTIE I - L'EDIFICATION D'UNE JURISPRUDENCE NOUVELLE, UNE INTERPRETATION DIFFERENCIEE DE L'APPLICABILITE AU LITIGE : RETROSPECTIVE DES PREMIERS MOIS D'APPLICATION	614
§1. <i>UNE APPRECIATION DIVERGENTE DE LA CONDITION D'APPLICABILITE, L'ELABORATION D'UNE BASE JURISPRUDENTIELLE PROPRE</i>	614
A. Une approche souple du Conseil d'Etat	614
B. Une vision restrictive de la Cour de cassation : une exigence assumée	617
§2. <i>LA DELICATE DETERMINATION DE L'ETENDUE DU RENVOI, UNE QUESTION SUBSEQUENTE DE L'INTERPRETATION</i>	620
A. Le cas des dispositions se succédant dans le temps : un désaccord originel	620
B. La réticence de la Cour de cassation à considérer l'applicabilité d'une disposition législative impliquant des dispositions réglementaires : la problématique de l'acte écran	621
PARTIE II – UNE NOUVELLE APPROCHE DE L'APPLICABILITE AU LITIGE : DES PERSPECTIVES DE RAPPROCHEMENT JURIDICTIONNEL	625
§1. <i>ANALYSE DE L'OFFICE DU JUGE : UNE METHODE SIMILAIRE, UNE ACCEPTION LARGE SUSCITANT LE CHANGEMENT</i>	625
A. Des modalités communes d'examen	625
B. Vers une possible restructuration de l'office du juge	628
§2. <i>UNE CONVERGENCE D'INTERPRETATION ENCOURAGEE PAR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE : VERS UN RAPPROCHEMENT DES DEUX ORDRES DE JURIDICTION</i>	630
A. Un resserrement juridique du périmètre d'action par le Conseil d'Etat : l'applicabilité au litige, une notion évolutive	631
B. Un infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation sous le joug du Conseil constitutionnel	633
CONCLUSION	636
BIBLIOGRAPHIE	637
TABLE DES MATIERES	640

- *Université de Lille II* -
Faculté des sciences juridiques économiques et sociales



Université Lille 2
Droit et Santé

**Rapport de recherche dans le cadre du projet d'étude sur le réagencement
du procès et de l'architecture juridictionnelle française par la question
prioritaire de constitutionnalité (février 2010-septembre 2012)**
Sous la direction de M. le professeur E. CARTIER

**Le caractère sérieux dans les décisions de transmission
du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation**

Présenté par Marina Benigni

Année 2011-2012

Sommaire

Section 1 - Rétrospective comparée de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : de la controverse à la collaboration ?.....	648
§ 1 - <i>Les difficultés créées par la subjectivité du caractère sérieux</i>	648
§ 2 - <i>La collaboration révélée par les éléments objectifs de l'analyse du caractère sérieux</i>	652
Section 2 - Mise en perspective générale de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans l'ordre juridique national : du rapprochement des offices des juges à la recomposition de l'architecture juridictionnelle ?	657
§ 1 - <i>Un nouveau tracé des frontières entre ordres juridictionnels ?</i>	657
§ 2 - <i>Un nouveau tracé des rapports de force entre juge constitutionnel et juges du filtre ?</i>	662
Bibliographie.....	666
Table des matières.....	668

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori intitulé « question prioritaire de constitutionnalité (QPC) » dans le système juridique français et crée l'article 61-1 de la Constitution qui dispose que : « *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.* » Ce contrôle est juridictionnel puisqu'il ne peut se produire qu'à l' « occasion d'une instance » et fait intervenir diverses juridictions. En effet, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution qui prévoit de manière plus détaillée le fonctionnement de ce nouveau mécanisme ainsi que les différentes attributions des acteurs concernés, met en place un filtre des QPC ce qui a pour conséquence d'associer d'autres juridictions que le Conseil constitutionnel au contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori. Ces juridictions sont chargées d'examiner la recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité qui leur sont soumis et d'effectuer un tri des questions selon les conditions fixées par la loi organique. En effet, filtrer signifie soumettre à un contrôle, à une vérification. La QPC peut soit se poser directement devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation soit devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation (à l'exception de la cour d'assises). Dans le premier cas, le filtre est unique : le Conseil d'Etat et la Cour de cassation décident de transmettre ou non la question au Conseil constitutionnel. Dans le second cas : le filtre est double, les juridictions du fond doivent d'abord décider de transmettre ou non la question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation qui vont ensuite décider de saisir ou non le Conseil constitutionnel. Les conditions de filtrage devant les juges du fond et les juridictions suprêmes ne sont pas totalement identiques. Ainsi l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créée par la loi organique du 10 décembre 2009, relatif aux juridictions du fond, énonce que la QPC ne pourra être transmise que si la disposition législative est applicable au litige, si cette disposition « *n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif du Conseil constitutionnel* » et si « *la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux* ». L'article 23-5 de la même ordonnance prévoit, quant à lui, les conditions applicables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Seule la dernière condition diffère : la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux. Le critère de la nouveauté est un ajout qui permet d'élargir la recevabilité des QPC dans l'hypothèse où elles ne seraient pas suffisamment sérieuses mais poseraient un problème juridique inédit. Le Conseil constitutionnel a précisé ce qu'il entendait par cette condition¹²³. A l'inverse, le critère du sérieux est une reformulation plus restrictive d'un critère existant, visant à limiter la saisine du Conseil constitutionnel et dont aucune définition n'a été donnée par ce dernier. Par ces critères, le législateur organique a donc voulu donner un rôle différent au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Cette situation est singulière : au départ leur rôle ne devait pas être différent de celui des autres juridictions¹²⁴ et

¹²³ Cons. const., 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, décis. n° 2009-595 DC : « *le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* »

¹²⁴ Le comité Balladur de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions prévoyait que le Conseil constitutionnel pouvait être saisi, par voie d'exception, « *sur renvoi du Conseil d'Etat*,

dans les autres pays européens le filtre, quand il existe, est unique. La place du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation s'est donc renforcée et la formulation du dernier critère signifie bel et bien que leur intervention dans l'examen du sérieux de la question doit être plus poussée que celle des juridictions du fond, qui sont les juges de l'évidence. En effet, si un doute sur la constitutionnalité de la disposition législative contestée suffit à renvoyer la question devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, ces derniers doivent avoir quant à eux non pas une certitude, mais un doute plus appuyé sur la constitutionnalité de la disposition. La circulaire du 24 février 2010 présentant la question prioritaire de constitutionnalité, tente de définir le caractère sérieux comme un critère imposant « *un examen plus approfondi de la pertinence de la question* » par rapport au contrôle des juges du fond. Elle ajoute que « *la notion de « caractère sérieux » est fréquemment définie comme « de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé »*. Ces explications n'apportent guère de précisions du critère notamment quant au contrôle que devra effectuer le juge vis-à-vis de celui-ci. La définition du caractère sérieux est donc floue et laisse place à une part de subjectivité. En outre, bien que les autres critères (applicabilité au litige et absence de déclaration de conformité à la Constitution antérieurement) ne soient pas aussi objectifs qu'ils n'y paraissent, celui du sérieux de la question est sans aucun doute le plus subjectif et donc sujet à contestation. Le système de filtrage ainsi instauré ressemble à celui de la question incidente de constitutionnalité en Italie. En effet, la question doit être « *non manifesta infondatezza* » (non manifestement infondée). Le but de ce critère est d'éviter l'encombrement du prétoire. Au départ, la collaboration entre les juridictions, notamment la Cour de cassation italienne et la Cour constitutionnelle, a été difficile comme l'explique Gustavo Zagrebelsky¹²⁵. Puis, peu à peu, le conflit, qualifié de « *guerre entre les deux Cours* » s'est atténué, laissant place au dialogue. La question prioritaire de constitutionnalité, étant une forme de question préjudicielle, même si elle n'en remplit pas tous les critères, soulève les mêmes problèmes qui peuvent se poser avec ce mécanisme. Le dialogue des juges est toujours délicat à manier dans la mesure où il peut instaurer une forme de hiérarchie ou de concurrence entre les juges. Le juge répondant à la question a une influence déterminante quant à la poursuite du litige. Sa réponse conditionne la solution du litige et ne doit pas apparaître comme une « démonstration de force » au risque de rendre le filtrage de ces questions plus restreint, le juge a quo pouvant être tenté de faire jouer son pouvoir en amont et refuser de transmettre certaines questions pour ne pas être contredit ou désavoué. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans l'affaire Société des pétroles Shell-Berre¹²⁶, se réfugia derrière la théorie de l'acte clair, alors que l'acte en question était très technique, et refusa de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes, pour contester la forme de concurrence qui s'instaurait entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne. Le filtrage des QPC peut conduire à ces excès mais ceux-ci doivent être évités afin de préserver l'utilité du mécanisme c'est-à-dire le renforcement de l'Etat de droit.

Dès lors, que révèle l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ? Il s'agit donc de s'intéresser à cette analyse par ces juridictions qui décrit en filigrane leur attitude vis-à-vis de ce critère et du mécanisme de la QPC (Section 1) avant d'étudier ce que dépeint plus généralement cette analyse dans l'ordre juridictionnel français (Section 2).

de la Cour de cassation, Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre ». Le mécanisme était identique pour toutes les juridictions.

¹²⁵ ZAGREBELSKY (G.), La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, *Constitutions*, 2010, p. 9

¹²⁶ CE Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*

Afin de réaliser ce rapport, plusieurs supports ont été utilisés. Le tableau croisé des décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation a constitué une ressource très utile facilitant l'exploitation des différentes données référencées dans les colonnes et permettant de réaliser des statistiques. Des chroniques de jurisprudence complétaient cette utilisation en mettant l'accent sur certaines décisions et en donnant une seconde analyse des arrêts. En outre, les nombreux articles relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité et au caractère sérieux ont permis d'éclairer et d'élargir les réflexions, de confirmer ou d'infirmer des hypothèses. Les sites internet des différentes juridictions ont également été utilisés ainsi que celui de « legifrance ». En effet, une lecture approfondie des arrêts de transmission et de non-transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation s'est révélée indispensable à l'appréhension et la compréhension du sujet.

L'étude du caractère sérieux dans les décisions de transmission s'inscrit logiquement dans la thématique du filtrage du projet GIP « Droit et Justice » du Centre de recherche « Droit et perspectives du droit » mais fait également ressortir des problématiques liées à la motivation de ces décisions ainsi que des interrogations relatives à l'architecture juridictionnelle française.

Section 1 - Rétrospective comparée de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : de la controverse à la collaboration ?

Le caractère sérieux est statistiquement beaucoup plus utilisé que le caractère nouveau. En effet, sur 1115 décisions de filtrage du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation de mars 2010 à décembre 2011, 452 décisions de rejet (sur 858) et 213 décisions de transmission (sur 241) comprennent le caractère sérieux. Ce dernier est donc présent dans 53% des décisions de rejet et dans 88% des décisions de transmission. Temporellement, l'analyse du caractère sérieux par les juges intervient en dernier lieu après celle des autres critères ce qui les conduit à ne pas regarder le sérieux de la question si les autres conditions ne sont pas remplies¹²⁷. Matériellement, cette analyse figure en fin d'arrêt, peu avant le dispositif. Les formulations utilisées sont différentes selon le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le Conseil d'Etat développe, de manière plus ou moins détaillée, dans un considérant, son analyse du caractère sérieux et conclut soit « *que la question, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux* » soit que « *le moyen tiré de ce qu'elle (la disposition législative) porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (...) soulève une question qui présente un caractère sérieux* ». La Cour de cassation, à l'inverse, commence le plus souvent son attendu en affirmant d'emblée que la question présente ou non un caractère sérieux et développe ensuite son raisonnement. En tout état de cause, la Cour de cassation est beaucoup plus succincte que le Conseil d'Etat, qu'elle décide de renvoyer ou non. La question du filtrage est délicate dans la mesure où un équilibre doit être trouvé entre un examen trop léger et trop serré du caractère sérieux. Un filtrage peu poussé serait critiquable dans la mesure où les juges n'exerceraient pas pleinement leur office. Un filtrage trop important serait contestable car cette fois-ci, l'office des juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dépasserait ce qui est prévu par la loi organique et empiéterait sur celui du Conseil constitutionnel. C'est sur ce point que de nombreuses critiques ont été formulées (§ 1) dans la mesure où cela révélait une certaine opposition des juridictions au filtre du mécanisme. Toutefois, l'appréciation du caractère sérieux de la question repose également sur des éléments objectifs qu'il faut détailler (§ 2) et qui soulignent l'acceptation de la QPC par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

§ 1 - Les difficultés créées par la subjectivité du caractère sérieux

Il faut tout d'abord distinguer les décisions de transmission et celles de non-transmission. Les premières sont plus courtes que les secondes dans la mesure où elles ne doivent que mettre en doute (de manière plus appuyée que devant les juges du fond certes) l'éventuelle inconstitutionnalité de la loi afin de « *ne pas « couper l'herbe sous les pieds » du Conseil constitutionnel* »¹²⁸. Cette affirmation se vérifie surtout pour le Conseil d'Etat dans la mesure où la Cour de cassation accorde le plus souvent un paragraphe à chaque critère qu'elle transmette ou non, ce qui a par ailleurs, l'avantage de la clarté. Les décisions de transmission ont vocation à être analysées par la suite par le Conseil constitutionnel ce qui justifie qu'elles soient moins motivées. Le Conseil d'Etat peut parfois préciser à quel droit ou liberté il est

¹²⁷ Voir par exemple : CE, 23 septembre 2011, n° 345804 ; Cass. Crim., 1^{er} septembre 2010, n° 10-90.107

¹²⁸ BON (P.), Premières questions, premières précisions, *RFDA*, 2010, p. 679

plus particulièrement fait atteinte en le mettant en exergue par l'utilisation de l'adverbe « *notamment* »¹²⁹. Les décisions de non-transmission comprennent bien souvent une analyse assez développée notamment en ce qui concerne le caractère sérieux. Il s'agit pour les juges, de justifier leur position (contrairement aux autres questions préjudicielles), comme le prévoit l'article 23-7 de la loi organique du 10 décembre 2009, vis-à-vis de la constitutionnalité de la loi et du Conseil constitutionnel. En outre, c'est lorsque les juges ne renvoient pas qu'ils sont susceptibles de manifester leur opposition au mécanisme. C'est donc plus particulièrement ces décisions qui seront étudiées dans ce paragraphe. Les critiques ont pu porter sur le refus de l'analyse du caractère sérieux (A) et l'excès d'analyse du caractère sérieux (B).

A. La réticence initiale de la Cour de cassation et le refus de l'analyse du caractère sérieux

La justification du non-renvoi a parfois été contestable en particulier pour certaines décisions de la Cour de cassation révélant une certaine insoumission de cette juridiction vis-à-vis de la QPC et des juges de la rue de Montpensier. Outre l'affaire Melki, qui a fait couler beaucoup d'encre, la Cour de cassation a, dès le lancement du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, adopté un comportement qui a suscité les ire des commentateurs. En effet, elle analyse de manière très restrictive le caractère sérieux et refuse de renvoyer une QPC portant sur l'interprétation de la loi ou portant sur une disposition législative abrogée en estimant dans les deux cas que la question n'est pas sérieuse.

Dans le premier cas, la Cour de cassation ne le formule pas forcément expressément mais son explication se situe après l'analyse des deux autres critères de recevabilité des QPC : il faut donc en déduire que c'est sur le fondement de l'absence de caractère sérieux qu'elle refuse la transmission¹³⁰. Ce n'est que dans un arrêt de la chambre criminelle du 31 mai 2010 qu'il est clairement précisé que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation* »¹³¹ ce qui justifie le non renvoi au Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a déjà pu se positionner contre cette décision en précisant « *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* »¹³². Cette position adoptée par la Cour de cassation crée un déséquilibre puisque le Conseil d'Etat accepte de transmettre des questions portant sur ses interprétations jurisprudentielles¹³³ mais peut sembler légitime du point de vue des juges du Quai de l'Horloge très attachés à leur monopole historique de l'interprétation de la loi depuis la suppression du référé-législatif.

¹²⁹ Voir par exemple : CE, 15 avril 2011, n° 346459 ; CE, 12 mai 2011, n° 346994 ; CE, 1^{er} juillet 2011 n° 348413

¹³⁰ Cass. Plénière, 19 mai 2010, n° 09-70.161 ; Cass. Crim., 19 mai 2010, n° 09-82.582

¹³¹ Cass. Crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578

¹³² Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC ; Cons. const., 14 octobre 2010 n° 2010-52 QPC ; Cons. const., 4 février 2011 n° 2010-96 QPC

¹³³ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419 : « *la loi du 30 avril 1941 (...) doit être regardée, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat (...), comme ayant imposé à la Compagnie un prélèvement obligatoire de caractère fiscal (...) soulève une question présentant un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée* »

Par ailleurs, la Cour de cassation refuse également de contrôler une disposition législative abrogée ou modifiée sur le fondement du caractère sérieux. Dans plusieurs décisions de la chambre criminelle et de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 juin 2010 et du 1^{er} juillet 2010¹³⁴, les juges ont déclaré que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle est sans objet, la disposition critiquée ayant été modifiée...* ». Le 25 juin 2010, l'assemblée plénière jugeait la même chose à propos d'une disposition législative abrogée¹³⁵. Une décision de janvier 2011 de la 2^e chambre civile reprend cette argumentation¹³⁶ et montre que cette jurisprudence n'est pas abandonnée quoiqu'elle reste limitée en volume. Toutefois, d'autres arrêts acceptent d'analyser des dispositions législatives relevant d'une rédaction antérieure à celle en vigueur actuellement ce qui sous-entend donc qu'elles ont été modifiées depuis¹³⁷. Il semble donc que la jurisprudence ne soit pas fixée ou bien que les chambres n'adoptent pas la même attitude sur ce point, notamment la chambre commerciale ou encore que la question soit plus complexe qu'il n'y paraît.

Ces différentes positions contestables de la Cour de cassation ont manifesté une certaine opposition vis-à-vis de la QPC et des juges de la rue de Montpensier et ont suscité de vives critiques dans le monde juridique. La sphère médiatique a même pu faire part de ce conflit notamment en raison du refus des juges judiciaires de transmettre la loi Gayssot¹³⁸ sur le fondement du caractère sérieux. Toutes ces difficultés et ces blocages ont conduit à ce que deux sénateurs déposent des propositions de lois organiques visant à modifier en partie le caractère sérieux. Une fut déposée par Jean-Jacques Hyest, le 9 juillet 2010 et visait introduire la possibilité de contester devant le Conseil constitutionnel un refus de transmission. La seconde, portée par Jean-Louis Masson le 26 octobre 2010 souhaitait supprimer le caractère sérieux pour faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité. Le filtrage et le caractère sérieux étaient alors au cœur de ces réflexions, ce qui révélait des difficultés quant à l'instauration d'un dialogue des juges.

B. La résistance des juridictions et l'analyse excessive du caractère sérieux

Le lancement du mécanisme de la QPC a donc été quelque peu houleux et a semblé mettre à l'écart le Conseil d'Etat, qui faisait alors figure de bon élève. Pourtant, il ne fut pas exempt de critiques concernant son analyse poussée du caractère sérieux l'amenant à dépasser ou frôler les limites du contrôle de constitutionnalité. C'est, encore une fois, l'usage d'un filtre abusif qui fut contesté : non plus sur le refus d'analyser mais sur une analyse trop poussée. La Cour de cassation est également concernée. Il n'est pas aisé de déterminer à jusqu'à quel point le Conseil d'Etat et la Cour de cassation peuvent aller dans leur raisonnement. L'instauration du filtre et l'analyse du caractère sérieux conduisent inévitablement le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à exercer un (pré-)contrôle de constitutionnalité de la loi. En effet, ils doivent nécessairement pré-évaluer la conformité de la loi aux droits et libertés invoqués et garantis par la Constitution avant de décider de

¹³⁴ Voir en ce sens : Cass. Crim., 15 juin 2010, n° 09-86.452 et n° 09-86.073 ; Cass. Plénière, 15 juin 2010, n° 09-72.732 ; Cass. Plénière, 1^{er} juillet 2010, n° 09-72.941, n° 09-17.404.

¹³⁵ Cass. Plénière, 25 juin 2010, n° 09-71.801, 09-71.805, 09-71.806.

¹³⁶ Cass. 2^e civ., 13 janvier 2011, n° 10-19.233

¹³⁷ Cass. Com., 28 septembre 2010, n° 10-40.033 ; Cass. Crim., 9 février 2011, n° 10-85.572 ; Cass. Com., 21 juin 2011, n° 11-40.032

¹³⁸ Cass. Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774

transmettre ou non. La vraie question est la marge de manœuvre dont ils disposent quant à l'appréciation du caractère sérieux de la question. Manuel Gros relève que ce contrôle pourrait ressembler à celui qu'effectue le juge du référé-suspension lorsqu'il évalue le doute sérieux quant à la légalité de la décision et qu'il ne doit pas préjuger au fond. L'exercice est donc délicat mais quelques éléments d'éclairage peuvent être donnés.

Il semble que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dépassent leur rôle lorsqu'ils opèrent un contrôle de proportionnalité. Du côté du Palais Royal, ce type de contrôle est assez récurrent. Plusieurs exemples peuvent être donnés. Dans un arrêt du 30 septembre 2011¹³⁹, le Conseil d'Etat estime que la suppression du droit à l'image collective pour certaines catégories de sportifs « *était justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* ». Il met en balance l'intérêt général : « *les finances publiques* », et les intérêts particuliers : « *l'amélioration de la compétitivité du sport professionnel français* » et en conclut que le « *coût* » est « *excessif* » au regard des « *bénéfices escomptés* ». Dès lors, la question n'est pas sérieuse et n'est pas renvoyée au Conseil constitutionnel. Cette décision peut être rapprochée d'une décision du 8 octobre 2010¹⁴⁰ également relative au sport (association de supporters) par laquelle le Conseil d'Etat déclare que les mesure de police « *ne portent pas d'atteinte excessive au principe de la liberté d'association* » « *compte tenu de la gravité des troubles* » qui sont portés à l'« *ordre public* ». La même formulation se retrouve dans un arrêt du 14 septembre 2011 à propos du droit de propriété¹⁴¹. En réalité, cette expression n'est pas exhaustive. Agnès Roblot-Troizier établit un inventaire assez complet des différentes tournures employées par le Conseil d'Etat¹⁴² qui se retrouvent également sur la période mars-septembre 2011. Ainsi les termes « *d'atteinte proportionnée* » ou « *non (manifestement) disproportionnée* »¹⁴³ ; de « *motif d'intérêt général suffisant* »¹⁴⁴ ; de « *critère objectif et/ou rationnel* », de « *situation ou but d'intérêt général* » « *en rapport avec l'objectif de la loi* »¹⁴⁵ sont assez fréquemment utilisés. Un arrêt du 10 juin 2011 est un peu plus original dans la mesure où il fait part de « *la modestie de l'atteinte portée aux droits des requérants* » vis-à-vis de « *l'intérêt général qui s'attache à la nécessité de prélever l'impôt* »¹⁴⁶. Ce contrôle de proportionnalité se retrouve aussi du côté du juge judiciaire même s'il apparaît moins poussé et en tout état de cause moins long. Les termes « *proportionnellement* »¹⁴⁷, d'« *atteinte disproportionnée* »¹⁴⁸, ou d'« *objectif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de loi* »¹⁴⁹ sont également utilisés. Dans ces exemples les juridictions semblent dépasser leur office, dans la mesure où elles opèrent une conciliation entre plusieurs principes ou justifient l'atteinte au nom de l'intérêt général alors que ces pouvoirs relèvent du juge constitutionnel. En effet, les juridictions devraient peut-être s'en tenir au fait que la disposition semble porter atteinte à un principe constitutionnel sans vérifier si l'intérêt général ou un autre principe

¹³⁹ CE, 30 septembre 2011, n° 350583

¹⁴⁰ CE, 8 octobre 2010, *Groupement de fait Brigade sud de Nice*, n° 340849

¹⁴¹ CE, 14 septembre 2011, n° 348394

¹⁴² ROBLOT-TROIZIER (A.), Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, Vers la mutation du Conseil d'Etat en juge constitutionnel de la loi, *RFDA*, 2011, p. 691

¹⁴³ CE, 4 avril 2011, n° 345661 ; CE, 4 mai 2011, n° 346550 ; CE, 28 juillet 2011, n° 349988

¹⁴⁴ CE, 20 mai 2011, n° 347098 ; CE, 30 septembre 2011, n° 350583

¹⁴⁵ CE, 2 mars 2011, n°342099 ; CE, 15 avril 2011, n° 346226 ; CE, 8 juin 2011, n° 345476 ; CE, 20 juin 2011, n° 348878 ; CE, 1^{er} juillet 2011, n° 346210 ; CE, 11 juillet 2011, n°349579 ; CE 28 juillet 2011, n° 349832

¹⁴⁶ CE, 10 juin 2011, n° 347630

¹⁴⁷ Cass. Crim, 9 mars 2011, n° 10-87.542 ; Cass. Crim, 16 juin 2011, n° 11-80.501

¹⁴⁸ Cass. 2^e civ., 21 octobre 2010, n° 10-15.126 ; Cass 15 février 2011 n° 10-90.124 ; Cass. 1^{er} mars 2011 n° 10-84.301 ; Cass. 24 mai 2011, n° 10-86.968 ;

¹⁴⁹ Cass.1^{ère} civ., 24 février 2011, n° 10-40.067

constitutionnel viendraient compenser cette atteinte. Toutefois, la position adoptée dans certaines décisions, quoiqu'excessive, ne permet de ne renvoyer que des questions utiles et de répondre à la mission de filtrage.

Il faut en outre relativiser l'effet de ces décisions de rejet. D'une part, elles ne déclarent pas la disposition conforme à la Constitution, le moyen d'inconstitutionnalité est simplement écarté. Ces décisions n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée. Certes elles ne sont pas susceptibles de recours¹⁵⁰ mais elles pourraient être remises en cause si la question était formulée autrement ou si un autre droit était mis en cause. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne peuvent pas soulever d'office des moyens d'inconstitutionnalité, ils sont donc liés par la question posée par la justiciable, tandis que le Conseil constitutionnel ne l'est pas. D'autre part, ce dernier garde le monopole des déclarations d'inconstitutionnalité. Or, il semble que ce pouvoir soit le plus fondamental notamment au vu du pouvoir de modulation des effets dans le temps attachés à ces déclarations. Les offices des juges restent donc différents même si dans certaines décisions ils se rejoignent alors que cela n'était pas prévu et souhaité. Les juges du filtre sont donc des juges partiels de la constitutionnalité des lois tandis que le Conseil constitutionnel en est un juge complet. Leur rôle est donc complémentaire si le caractère sérieux est analysé de manière objective.

§ 2 - La collaboration révélée par les éléments objectifs de l'analyse du caractère sérieux

L'analyse du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est cependant loin d'être toujours contestable. Les juridictions ont en effet recours à différents procédés objectifs pour apprécier le caractère sérieux ce qui témoigne de leur volonté de collaboration. Ces éléments objectifs consistent, pour le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, à utiliser des raisonnements adoptés lors du contrôle de conventionnalité (A) ou à reprendre des argumentations du Conseil constitutionnel (B).

A. La conventionnalité au service de l'appréciation du caractère sérieux

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation établissent une distinction claire entre le contrôle de conventionnalité de celui de la constitutionnalité des lois. La loi doit bel et bien respecter les doubles exigences de conventionnalité et de constitutionnalité. Cependant, au vu de la similitude des droits contenus dans les conventions internationales et la Constitution, certains raisonnements peuvent être repris. En effet, le seul fait qu'un moyen d'inconventionnalité ait déjà été soulevé à l'encontre d'une loi pourrait constituer une présomption de caractère sérieux. La question de constitutionnalité reste néanmoins légitime : si les droits protégés par la Constitution et les différentes conventions internationales sont assez similaires, les protections ne sont pas identiques, la censure ne sera donc pas forcément réciproque et n'aura pas les mêmes effets dans l'ordre juridique interne. Ainsi, les juges de droit commun de la conventionnalité n'hésitent pas à renvoyer des questions prioritaires de

¹⁵⁰ Une décision de refus de transmission n'est susceptible d'être contestée qu'à l'occasion d'un recours, ainsi seules les décisions des juges de première instance et d'appel peuvent être jugées une nouvelle fois.

constitutionnalité relatives à des thématiques qu'ils avaient déjà eu l'occasion d'aborder sous l'angle de la conventionnalité. De manière assez logique, les juridictions ont renvoyé des QPC lorsque la loi avait déjà été déclarée inconstitutionnelle : le 14 avril 2010, le Conseil d'Etat¹⁵¹ a ainsi renvoyé la loi dite « anti-Perruche » du 4 mars 2002, sur laquelle la CEDH s'était déjà prononcée¹⁵², sur le fondement du caractère sérieux. Le Conseil constitutionnel saisi de cette question a déclaré la rétroactivité de la loi inconstitutionnelle, ce qui a donné lieu, par la suite à des constructions jurisprudentielles remarquables quant au retour des décisions QPC par le Conseil d'Etat¹⁵³. L'efficacité du mécanisme a donc été démontrée, bien que les requérants initiaux n'aient pas obtenus gain de cause en l'espèce. Cependant un arrêt de décembre 2011¹⁵⁴ de la Cour de cassation vient remettre en cause cette tentative d'unification jurisprudentielle. Néanmoins, en ce qui concerne l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois, la Cour de cassation a, quant à elle, renvoyé devant le Conseil constitutionnel des dispositions relatives à la garde à vue¹⁵⁵ qui n'avaient pas encore été directement critiquées par la CEDH¹⁵⁶ mais dont la sanction était attendue et est intervenue¹⁵⁷ peu après la décision du Conseil constitutionnel¹⁵⁸. Toutefois, le Conseil d'Etat n'a pas transmis une question portant sur sa dualité de fonctions¹⁵⁹ alors que celle-ci avait déjà été contestée notamment lors des affaires Kress et Martinie. Par ailleurs, les juridictions n'ont pas hésité à transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité même si la loi avait déjà été déclarée conventionnelle. Si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avaient voulu faire preuve de mauvaise foi, ils auraient tout à fait pu arguer que la question ne présentait pas de caractère sérieux au motif que les dispositions avaient déjà été déclarées compatibles au regard du droit conventionnel. Cela a pu être constaté le 19 mai 2010, comme Pascale Deumier le montre¹⁶⁰, lorsque la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question portant sur la loi Gayssot, qu'elle avait déjà déclarée conventionnelle en 1994¹⁶¹. La même remarque peut être faite à propos de la motivation des arrêts de cour d'assises¹⁶² : les dispositions du code de procédure pénale avaient déjà été jugées conventionnelles auparavant¹⁶³, mais, sur ce point, la Cour de cassation a changé d'avis et accepté de transmettre cette question quelques mois plus tard¹⁶⁴ à l'occasion d'un autre litige¹⁶⁵. En outre, le Conseil d'Etat a renvoyé devant le Conseil constitutionnel une question relative à la cristallisation des pensions et à la loi du 30 décembre 2002 en estimant que l'atteinte au principe d'égalité avait un caractère sérieux¹⁶⁶ alors que cette même loi avait été déclarée compatible à l'article 14 de la CESDH relatif à la discrimination dans un avis du Conseil d'Etat précédemment¹⁶⁷. De la même façon, la Cour de cassation a renvoyé la loi du

¹⁵¹ CE, 14 avril 2010, *Mme Lazare*, n° 323830

¹⁵² CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France et Maurice c/ France* ; CEDH, 21 juin 2006, *Maurice c/ France*

¹⁵³ CE ass., 13 mai 2011, *Mme Lazare*, n° 329290 et *Mme Delannoy et M. Verzele*, n° 317808

¹⁵⁴ Cass. 1ère Civ., 15 décembre 2011, n° 10-27.473

¹⁵⁵ Cass. Crim., 31 mai 2010, n° 05-87745 et suivants

¹⁵⁶ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie* ; CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*

¹⁵⁷ CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*

¹⁵⁸ Cons. const., 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres*, n° 14/22 QPC

¹⁵⁹ CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, n° 320667

¹⁶⁰ DEUMIER (P.), *QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage)*, RTD Civ. 2010, p. 504

¹⁶¹ Cass. Crim., 20 décembre 1994

¹⁶² Cass. Crim., 19 mai 2010, n° 09-83.328

¹⁶³ Cass. Crim., 14 octobre 2009, n° 08-86.480

¹⁶⁴ Cass. Crim., 19 janvier 2011, n° 10-85.159 et n° 10-85.305

¹⁶⁵ Cela révèle par ailleurs, l'effet relatif des arrêts de filtrage.

¹⁶⁶ CE, 14 avril 2010, *Khedidja et Mokhtar Labane*, n° 336753

¹⁶⁷ Avis CE sect., 18 juillet 2006, *M. Ka*, n° 286122

20 août 2008 relative représentativité syndicale en juillet et septembre 2010¹⁶⁸ alors qu'elle avait déjà estimé que ces dispositions étaient compatibles à la CESDH¹⁶⁹. Il faut alors souligner l'extrême discipline des juridictions qui, dans ces cas, ont transmis des questions sur lesquelles elles avaient déjà émis un avis favorable sur le terrain de la conventionnalité. Il reste à savoir ce qu'elles auraient décidé si les lois en question avaient été déclarées compatibles par une juridiction européenne ce qui aurait conféré à la loi un brevet de conventionnalité plus solide peut-être plus difficilement contestable par le Conseil constitutionnel. Il semble peu probable qu'un conflit eût éclaté ou éclate dans la mesure où les deux droits sont bien différenciés. En effet, le 12 mai 2010¹⁷⁰, le Conseil constitutionnel réitère l'argumentation qu'il avait développée dans sa décision IVG de 1975 et confirme qu'il n'est pas le juge de la conventionnalité des lois et que ce pouvoir appartient aux juridictions de l'ordre administratif et judiciaire ce qui sous-entend que la loi est soumise au double respect des normes conventionnelles et constitutionnelles. Cela confirme donc l'idée que les contrôles ne sont pas concurrents mais complémentaires. Ainsi, au vu de la similitude des droits protégés, un moyen d'inconventionnalité soulevé devant les juridictions du filtre peut légitimement constituer une présomption objective d'inconstitutionnalité et donc de sérieux de la question (et vice versa) sans que la censure ne soit pour autant réciproque.

B. La jurisprudence DC et QPC au service de l'appréciation du caractère sérieux

En outre, pour légitimer leur décision de non-transmission le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'hésitent pas à utiliser des jurisprudences du Conseil constitutionnel pour motiver le caractère non sérieux de la question. Il ne s'agit pas d'étudier le fait que les dispositions aient déjà été déclarées conformes par le Conseil constitutionnel mais de voir comment les juridictions se réapproprient des décisions DC et les prennent en compte pour analyser le caractère sérieux des QPC. Ainsi, le 18 juin 2010, le Conseil d'Etat reprend la décision n° 88-248DC du Conseil constitutionnel à propos des pouvoirs du CSA et rejette la requête de la société Canal + en estimant que la loi ne méconnaît pas les droits de la défense¹⁷¹. D'autres arrêts plus récents utilisent également des décisions DC¹⁷² en l'indiquant clairement par l'insertion de la phrase « *ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision...* ». Parfois, il est simplement fait référence à une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel sans que ne soit citée une décision en particulier : dans l'arrêt EARL SCHMITTSEPPEL, le Conseil d'Etat reprend les conditions de validité d'une loi rétroactive telles « *qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* »¹⁷³. Enfin, le Conseil d'Etat peut reprendre une jurisprudence du Conseil constitutionnel sans la préciser¹⁷⁴ et mentionner « *ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel* ». De la même façon, la Cour de cassation justifie certaines de ses décisions en utilisant la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La référence est parfois très implicite, la Cour de cassation reprend des

¹⁶⁸ Cass. Plénière, 8 juillet 2010, n° 10-60.189 ; Cass., 20 septembre 2010, n° 10-40.025

¹⁶⁹ Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426

¹⁷⁰ Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC

¹⁷¹ CE, 18 juin 2010, *Société Canal +*, n° 338344

¹⁷² CE, 26 juillet 2011 n° 347547 et 347208

¹⁷³ CE, 19 janvier 2011, *EARL SCHMITTSEPPEL*, n° 343389

¹⁷⁴ CE, 26 janvier 2011, n° 344204 ; CE, 2 mars 2011, n° 339595

critères posés par le Conseil constitutionnel sans mentionner de décision précise¹⁷⁵. Dans d'autres décisions, la formulation « *tel qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* » est également utilisée¹⁷⁶. Cette attitude confirme que les juges du filtre sont des juges de la constitutionnalité de la loi mais ici, ce ne sont pas eux qui manipulent la Constitution. Leur position révèle donc leur soumission à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Toutefois, l'utilisation des décisions du Conseil constitutionnel n'est pas toujours faite à bon escient et devient dans ce cas contestable. En effet, il arrive que le Conseil d'Etat justifie son arrêt en se servant une décision du Conseil constitutionnel « *alors même que cette décision ne s'est pas expressément prononcée sur le moyen tiré de la méconnaissance* » du droit en cause¹⁷⁷. Le Conseil d'Etat décide donc d'étendre la décision du Conseil constitutionnel ce qui n'est pas la même chose qu'adapter une décision à une espèce similaire ou relative aux mêmes enjeux. Dans le premier cas, il se permet de modifier la portée d'une décision du Conseil constitutionnel et se comporte en juge constitutionnel tandis que dans le second il reprend un raisonnement à son compte en l'appliquant à une espèce similaire mais sans le déformer. En outre, la reprise de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne concerne pas uniquement les décisions DC mais de plus en plus les décisions QPC. De la même manière, il ne s'agit pas d'utiliser cette jurisprudence pour affirmer que la disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution mais de reprendre le raisonnement du Conseil constitutionnel. Or cette utilisation, loin d'être contestable, est au contraire conforme au rôle de filtre attribué au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation puisque cela permet de diffuser l'esprit des décisions du Conseil constitutionnel au-delà de celles qui lui sont soumises. Ainsi, plusieurs décisions de différentes chambres de la Cour de cassation font référence à des décisions QPC : le 25 janvier 2011, la chambre criminelle reprend un considérant de la décision n° 2010-40 QPC du Conseil constitutionnel relative aux peines prononcées lors d'une conduite sous influence de l'alcool, lors d'un arrêt relatif aux peines prononcées en cas de conduite sous l'emprise de stupéfiants¹⁷⁸. Le 10 mars 2011, Bertrand Mathieu¹⁷⁹ relève que la 2^e chambre civile de la Cour de cassation¹⁸⁰ s'inspire de la décision n° 2010-8 QPC en renvoyant une question sur le fondement du caractère sérieux au regard du droit d'agir qui découle de l'article 4 de la DDHC et du principe constitutionnel d'égalité. Le Conseil d'Etat, quant à lui, dans une décision du 1^{er} juin 2011¹⁸¹ reprend l'argumentation du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-118 QPC relative aux biens des sections de communes pour rejeter le moyen. Dans une décision du 28 septembre 2011¹⁸², Bertrand Mathieu¹⁸³ explique que le Conseil d'Etat renvoie la question de la constitutionnalité de la loi sur l'hospitalisation d'office dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 1990 parce qu'il prend en compte la jurisprudence QPC récente du Conseil constitutionnel en la matière. La jurisprudence QPC est donc utilisée aussi bien pour rejeter des QPC que pour en transmettre ce qui témoigne de la volonté de collaboration des juridictions du filtre, ce qui renforce la protection de droits et améliore la qualité des lois.

¹⁷⁵ Cass. Crim., 22 juin 2011, n° 11-90.053

¹⁷⁶ Cass. Crim., 7 juin 2011, n° 11-90.034

¹⁷⁷ CE, 7 avril 2011, n° 347270

¹⁷⁸ Cass. Crim., 25 janvier 2011, n° 10-90.119

¹⁷⁹ MATHIEU (B.), Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité. 5 février – 25 avril 2011, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 20, 16 mai 2011, 604

¹⁸⁰ Cass. 2^e civ., 10 mars 2011, n° 10-40.075

¹⁸¹ CE, 1^{er} juin 2011, n° 344791

¹⁸² CE, 28 septembre 2011, n° 348858

¹⁸³ MATHIEU (B.), Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité. 22 juillet – 18 novembre 2011, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 49, 5 décembre 2011, 1372

Il est assez paradoxal que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation décident d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, par le biais de leur pouvoir de filtrage et d'analyse du caractère sérieux, alors qu'ils ont toujours refusé de jouer ce rôle. En effet, le Conseil d'Etat dans sa décision Arrighi de 1936 et la Cour de cassation dans un arrêt de 1833, ont expressément jugé que la loi ne pouvait être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité. Pourtant, il faut bien constater que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont, aujourd'hui, les juges de la constitutionnalité de droit commun. Cependant, cela ne fait pas d'eux des juges constitutionnels notamment parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de prononcer des déclarations d'inconstitutionnalité. Cela peut-être discutable au regard de ce que prévoyait le législateur organique mais du point de vue de l'effectivité du mécanisme de la QPC, cela n'est pas forcément regrettable. Ainsi, comme l'explique Marie-France Mazars¹⁸⁴, renvoyer une question « *en ayant la certitude que la disposition est bel et bien conforme à la Constitution* », quitte à faire un contrôle de proportionnalité, pour que le Conseil constitutionnel se prononce sur celle-ci « *serait renoncer au rôle de filtre* ». Si des reproches peuvent être justifiés pour certaines questions sensibles, il faut également mettre l'accent sur des décisions remarquables dans des domaines divers où l'appréciation du caractère sérieux n'était pas controversée et pouvait légitimement se poser : cristallisation des pensions, garde à vue, loi « anti-Perruche », hospitalisation sans consentement, transferts de charges et de compétences pour les collectivités territoriales, représentativité syndicale, motivation des arrêts de cour d'assises, composition des tribunaux maritimes commerciaux, réparation du préjudice en cas de faute inexcusable de l'employeur par exemple. Ainsi, au vu de l'analyse de la jurisprudence relative au caractère sérieux, il semble finalement que les juridictions du filtre se soumettent sans trop de réticence au mécanisme de la QPC. Cette analyse dévoile également les relations qui existent entre le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

¹⁸⁴ MAZARS (M-F), QPC : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ?, *RDT*, 2010, p. 622

Section 2 - Mise en perspective générale de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans l'ordre juridique national : du rapprochement des offices des juges à la recomposition de l'architecture juridictionnelle ?

Le bilan des décisions des juges du filtre au mois de septembre 2011 révèle que le Conseil d'Etat a traité 289 QPC au total dont 84 de transmission. La Cour de cassation, quant à elle, a jugé 826 QPC et en a transmis 149. Les transmissions, sont le plus souvent motivées par le caractère sérieux, le caractère nouveau n'est que très peu utilisé. Il est donc intéressant d'utiliser ces décisions (plutôt que celles de non transmission qui peuvent avoir d'autres fondements que l'absence de caractère sérieux) pour montrer que le taux de renvoi est plus faible du côté de la Cour de cassation. Cela confirme donc que le filtrage devant la Cour de cassation est plus strict que devant le Conseil d'Etat. Toutefois, il faut relativiser ces chiffres, en effet, après analyse des décisions du Conseil constitutionnel (jusqu'au mois d'octobre 2011), 23% des décisions transmises par le Conseil d'Etat sont suivies par le Conseil constitutionnel et 26% des décisions transmises par la Cour de cassation sont suivies par le Conseil constitutionnel. Certes, cela révèle également que le filtrage est plus strict du côté judiciaire mais que l'écart n'est pas si manifeste. Dès lors, les différences de jurisprudence (relative au filtrage et au caractère sérieux) entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas de conséquence si significative. La QPC instaure une nouvelle forme de dialogue entre le Conseil constitutionnel et les ordres juridictionnels classiques, administratif et judiciaire représentés notamment par leurs juridictions suprêmes, et entraîne la soumission de ces juridictions aux juges du Palais Montpensier dans ce domaine. Cette nouvelle configuration entraîne nécessairement une réflexion sur l'architecture juridictionnelle française (§ 2) mais conduit également à s'interroger sur l'éventuel rapprochement entre ordre judiciaire et ordre administratif (§ 1).

§ 1 - Un nouveau tracé des frontières entre ordres juridictionnels ?

La QPC enrichit l'office des juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et leur fait exercer les mêmes fonctions de filtre. Les décisions rendues dans ce cadre soulignent des ressemblances notamment dans les méthodes de contrôle utilisées par les juges de la loi bien que la portée de ces similitudes reste encore à déterminer (A). Par ailleurs, les décisions des juges des référés montrent, quant à elles, une certaine indépendance de ce juge particulier vis-à-vis du mécanisme QPC appliqué par les autres juridictions (B).

A. Le rapprochement entre ordre judiciaire et ordre administratif ?

La question du renvoi par la Cour de cassation, de QPC portant sur l'interprétation de la loi, n'est pas totalement tranchée et reste susceptible d'évoluer. Ainsi, non seulement, l'analyse du caractère sérieux serait élargie à l'interprétation de la loi, mais cela permettrait également de se conformer à l'attitude du Conseil d'Etat. Dès 2010, quelques renvois portant sur l'interprétation de la loi ont pu être constatés comme le souligne Bertrand Mathieu¹⁸⁵.

¹⁸⁵ MATHIEU (B.), Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan, *Pouvoirs*, n° 137

Ainsi, le 14 septembre 2010, la chambre criminelle renvoie deux QPC portant sur l'interprétation de la loi bien que cela ne soit pas précisé¹⁸⁶. Etais-ce volontaire ou non ? Jean Barthélémy et Louis Boré¹⁸⁷ expliquent qu'il est extrêmement difficile de distinguer la loi de son interprétation et utilisent plusieurs exemples pour le démontrer : en effet, la Cour de cassation refusait de renvoyer la question de la motivation des arrêts de cour d'assises estimant que cela contestait son interprétation¹⁸⁸ alors que les auteurs considèrent que ce sont bien « *les articles 353 et 357 du code de procédure pénale semblent bien imposer le système des questions auxquelles il est répondu par oui ou par non* ». A l'inverse, la Cour a renvoyé la question de la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil¹⁸⁹ et le Conseil constitutionnel a considéré que c'était l'appréciation de cet article qui lui était renvoyée¹⁹⁰. Un peu plus tard, certaines décisions de la Cour de cassation transmettent des questions portant sur l'interprétation de la loi mais sur le fondement du caractère nouveau (et non du caractère sérieux). Ainsi, le 19 janvier 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation accepte de transmettre la question de la motivation des arrêts de cour d'assises en estimant que cette question « *fréquemment invoquée devant la Cour de cassation* », « *présente un caractère nouveau* »¹⁹¹. Un nouveau pas est franchi le 15 mars 2011 lorsque la chambre criminelle analyse l'interprétation de la loi par rapport aux exigences constitutionnelles. Elle précise expressément que la disposition contestée « *telle qu'interprétée par la chambre criminelle ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* »¹⁹². Certes elle en déduit que l'interprétation qu'elle fait de la loi est conforme mais elle accepte de la soumettre à un contrôle, en l'occurrence le sien. Le même raisonnement est repris dans une décision du 6 avril 2011, dans laquelle la question posée est relative à une « *interprétation constante* » de la Cour de cassation de l'article 480-1 du code de procédure pénale. La Cour de cassation réfute l'argument mais après l'avoir analysé au lieu de le rejeter immédiatement pour absence de caractère sérieux¹⁹³. La prochaine étape aurait-elle été un renvoi si l'interprétation n'apparaissait pas conforme à la Constitution ? Le raisonnement adopté dans plusieurs arrêts d'assemblée plénière du 20 mai 2011 permet d'en douter. En effet, la question portait sur une interprétation constante de la Cour de cassation des articles 7 et 8 du code de procédure pénale. La Cour ne refuse pas d'analyser le moyen au motif qu'il serait non sérieux mais au contraire l'apprécie de manière très poussée et va jusqu'à estimer que « *la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* »¹⁹⁴. Dès lors, elle semble accepter de soumettre son interprétation de la loi à la Constitution à condition que ce soit elle qui effectue ce contrôle. Elle s'érige en juge constitutionnel et refuse la suprématie du Conseil constitutionnel, du moins sur ce point. Pourtant, Bertrand Mathieu¹⁹⁵ relève qu'après cette décision, plusieurs chambres de la Cour de cassation ne suivent pas tout à fait ce raisonnement. D'une part, la 3^e chambre civile a expressément accepté, le 30 juin 2011, de renvoyer une question portant sur l'interprétation de la loi¹⁹⁶. Peut-être que le refus de renvoyer est une volonté de l'assemblée plénière et que les

¹⁸⁶ Cass. Crim., 14 septembre 2010, n° 10-90.090 et n° 10-90.091

¹⁸⁷ BARTHELEMY (J.) et BORE (L.), Juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi, *Constitutions*, 2011, n°1, p. 69

¹⁸⁸ Cass., 19 mai 2010, n° 09-82.582, n° 09-87.307, n° 09-83.328 ; Cass. Plénière, 9 juillet 2010, n° 09-87.297, n° 09-88.414

¹⁸⁹ Cass., 8 juillet 2010, n° 10-10.385

¹⁹⁰ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC et Cass. 1^{ère} Civ., 20 févr. 2007, n° 06-15.647

¹⁹¹ Cass. Crim., 19 janvier 2011, n° 10-85.159 et n° 10-85.305

¹⁹² Cass. Crim., 15 mars 2011, n° 10-90.126

¹⁹³ Cass. Crim., 6 avril 2011, n° 10-85.470

¹⁹⁴ Cass. Plénière, 20 mai 2011, n° 11-90.025

¹⁹⁵ MATHIEU (B.), Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité. 26 avril – 22 juillet 2011, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 35, 29 août 2011, 915

¹⁹⁶ Cass. 3^e Civ., 30 juin 2011, n° 11-40.017

chambres isolément ne souhaitent pas suivre cette position. D'autre part, il semble qu'il y ait plus de souplesse et que la Cour de cassation s'inscrive dans la théorie du droit vivant, c'est-à-dire qu'elle accepte de considérer que l'interprétation constante qu'elle donne d'une loi, devient une « norme vivante » qui doit être soumise au contrôle. En effet, dans un arrêt du 31 mai 2011¹⁹⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation explique la différence qui existe entre la « portée effective d'une interprétation jurisprudentielle constante » et « l'interprétation prêtée par le demandeur » à un jugement, sous entendant donc qu'elle accepterait de renvoyer la question si elle portait réellement sur une interprétation constante et si elle était sérieuse en reprenant la formulation adoptée par le Conseil constitutionnel, ce qui témoigne l'acceptation de la position de ce dernier. Ainsi, certaines chambres de la Cour de cassation semblent finalement adopter la même attitude que le Conseil d'Etat sur ce point, ce qui commence à mettre fin au déséquilibre existant jusqu'à présent sur ce point.

En outre, l'analyse du caractère sérieux dans le cadre de la QPC révèle les ressemblances qui existent dans les méthodes de contrôle et de ce fait montre que la frontière entre les deux ordres juridictionnels n'est pas si étanche qu'il n'y paraît. En effet, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation utilisent par exemple la combinaison de normes pour apprécier si la question est sérieuse ou non. Il s'agit de prendre en compte d'autres dispositions que celle(s) invoquée(s) mais qui ne lui sont pas détachables pour apprécier le caractère sérieux de la question. Ainsi, dans un arrêt du 8 juin 2010¹⁹⁸, le Conseil d'Etat analyse l'article L. 33-7 du code des postes et communications électroniques en combinaison avec l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales. De même, le 28 juillet 2011¹⁹⁹, il analyse l'article 65 de la loi du 23 décembre au regard de l'article L. 112-1 du code de l'urbanisme (cité par l'article en cause) et de l'article L. 112-2 du même code (non cité). La Cour de cassation, interrogée sur la conformité des articles L. 2324-2 et L. 2324-15 du code du travail à la Constitution, utilise la lecture combinée de ces articles à l'article L. 2324-14 pour conclure à l'absence de sérieux de la question²⁰⁰. De manière plus générale, les deux juridictions replacent la loi dans son contexte. Elles n'étudient pas uniquement la disposition législative contestée mais prennent en compte le cadre normatif dans lequel s'inscrit la loi au cours de leur analyse du caractère sérieux ce qui revient à effectuer une combinaison plus globale de normes. Jean-Baptiste Perrier²⁰¹ explique en effet, que la Cour de cassation replace la loi dans son ensemble dans la mesure où « le regard porté sur la seule disposition contestée est parfois insuffisant pour permettre d'apprécier le sérieux de la question soulevée ». Il montre alors que la Cour de cassation regarde l'existence de garanties apportées par le juge²⁰², ou de voies de recours²⁰³ par exemple. Le Conseil d'Etat adopte le même raisonnement. Par exemple, dans deux décisions du 9 mai 2011²⁰⁴ et du 15 juin 2011²⁰⁵, le juge montre que les mesures en question étant des mesures de police, « doivent être précédées » conformément à « l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux relations des citoyens avec l'administration », « d'une information préalable du propriétaire qui doit être mis à même de présenter des observations sur les mesures que l'administration envisage de prendre ; que ces mesures sont susceptibles d'être déférées au juge administratif, notamment par les voies du

¹⁹⁷ Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 11-13.256

¹⁹⁸ CE, 8 juin 2010, n° 327062

¹⁹⁹ CE, 28 juillet 2011, n° 349382

²⁰⁰ Cass. Soc., 18 novembre 2011, n° 11-400.68

²⁰¹ PERRIER (J-B.), Le non-renvoi des questions prioritaires par la Cour de cassation, *RFDA*, 2011, p. 711

²⁰² Cass. Crim., 22 septembre 2010, n° 10-90.099, Cass. Crim., 19 octobre 2011, n° 10-88.193

²⁰³ Cass. Crim., 23 novembre 2010, n° 10-81.309

²⁰⁴ CE, 9 mai 2011, n° 346785

²⁰⁵ CE, 15 juin 2011, n° 347581

référé-liberté ou du référé-suspension ; qu'elles sont ainsi accompagnées de garanties de procédure et de fond de nature à en assurer la conformité aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Dans une autre décision du 26 juillet 2011²⁰⁶, un article du code de la route était contesté sur le fondement de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme relatif à la garantie des droits. Le Conseil d'Etat explicite alors les différents recours possibles et démontre ainsi que l'atteinte n'est pas fondée. L'analyse du caractère sérieux ne porte donc pas uniquement sur la disposition législative invoquée mais parfois également sur le contexte normatif ou juridique dans lequel elle s'intègre. Par ailleurs, les deux juridictions du filtre, prennent en considération les buts ou les objectifs de la loi pour apprécier le caractère sérieux d'une question comme cela a pu être montré précédemment.

Les similitudes des méthodes d'appréciation présentées ne sont certainement pas exhaustives ni nouvelles et ne sont pas uniquement dues à la QPC. En effet, il semble normal que les juges de l'interprétation de la loi adoptent les mêmes méthodes de contrôle, d'autant que lors de la mise en place de la justice déléguée au Conseil d'Etat, les juges administratifs se sont inspirés de l'exemple judiciaire. Toutefois, la QPC le révèle d'une manière singulière, peut-être parce que les décisions sont plus courtes et médiatiques. En outre, la QPC montre que les domaines du droit public et du droit privé se recoupent. Elle amène par exemple les juges à se prononcer sur des dispositions qui ne relèvent, a priori, pas de leur compétence et cette analyse portant sur le caractère sérieux consiste en une appréciation du fond de la question, ce qui n'est pas négligeable. Ainsi, le 26 juillet 2011²⁰⁷, le Conseil d'Etat statue sur la constitutionnalité de l'article 1153 du code civil (applicable à l'administration fiscale). Le 23 août 2011, alors qu'il doit statuer sur une circulaire, il renvoie une question portant sur la garde à vue et des articles du code de procédure pénale²⁰⁸. A l'inverse, la Cour de cassation pu être saisie de questions relevant du code général des collectivités territoriales²⁰⁹ ou de la fonction publique²¹⁰. Les deux juridictions sont également saisies des mêmes domaines : beaucoup de QPC portent sur le code général des impôts et sont posées indifféremment au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. L'exemple de l'hospitalisation sans consentement, relevé par Annabelle Pena²¹¹, confirme ce raisonnement et montre que les juges peuvent, cette fois-ci, se prononcer sur les mêmes questions : en effet, la première QPC sur ce sujet²¹² a été renvoyée par le Conseil d'Etat²¹³ sur le fondement du caractère sérieux alors qu'elle s'était déjà posée devant le juge judiciaire, la Cour d'appel de Paris, qui n'avait pas jugé la question sérieuse²¹⁴. Puis, la question de l'hospitalisation d'office s'est ensuite posée devant les deux juridictions qui ont toutes les deux demandé au Conseil constitutionnel de statuer sur la conformité de l'article L. 3213-4 du code de la santé publique²¹⁵. A l'inverse, c'est la Cour de cassation qui a renvoyé la question de la cession gratuite de terrain (article L. 332-6-1, 2°, e,

²⁰⁶ CE, 26 juillet 2011, n° 347547

²⁰⁷ CE, 26 juillet 2011, n° 349043

²⁰⁸ CE, 23 août 2011, n° 349752

²⁰⁹ Cass. 2° Civ., 21 octobre 2010, n° 10-15.126 ; Cass. Com., 7 décembre 2010, n° 10-40.044 ; Cass. Crim, 1^{er} juin 2011, n° 11-81.369

²¹⁰ Cass. Soc., 11 juillet 2011, n° 11-40.031

²¹¹ PENA (A.), Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, *RFDA*, 2011, p. 951

²¹² Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC

²¹³ CE, 24 septembre 2010, n° 339110

²¹⁴ Paris, 4 juin 2010, décis. de refus de transmission, RG n° 10/03972 (QPC).

²¹⁵ CE, 6 avril 2011, n° 346207 et Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2011

du code de l'urbanisme)²¹⁶ alors que le juge administratif avait déjà eu à analyser cette disposition mais sur le terrain de la conventionnalité (il avait d'ailleurs déclaré les dispositions conventionnelles²¹⁷). Certes ces domaines sont partagés entre compétence du juge administratif et du juge judiciaire, il est donc normal que tous deux aient à se prononcer sur ces dispositions. Mais, si les mêmes méthodes d'analyse sont appliquées aux mêmes textes mais par des juges différents, il faut alors se demander si ces juges sont réellement différents (du moins dans certains domaines). La QPC et l'analyse du caractère sérieux permettent donc de révéler les similitudes qui existent entre le juge administratif et le juge judiciaire même si de nombreuses dispositions du code de procédure pénale et du code de commerce restent largement soumises à l'appréciation du juge judiciaire. Ainsi, les ressemblances restent peut-être encore marginales et doivent être mises en perspective avec les autres éléments du filtrage (appréciation de l'applicabilité au litige, du caractère nouveau, des droits invocables...) pour réellement voir si la QPC contribue au rapprochement des offices des juges. Toutefois, le plus intéressant n'est pas la constatation des recoupements existants mais surtout la possibilité, qui n'existait pas auparavant, de confier au juge constitutionnel, la résolution de ces questions qui se posent dans les deux ordres juridictionnels. Cela permettra l'unification de la jurisprudence sur ces points et sera bénéfique pour le justiciable puisque la réponse sera identique du côté judiciaire et administratif. A cet effet, les juridictions du filtre devront jouer le jeu du caractère sérieux en renvoyant le plus de questions susceptibles d'intéresser l'ordre administratif et l'ordre judiciaire et se soumettre aux décisions du Conseil constitutionnel. Cette solution est inédite en France, même si certaines décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont également pu contribuer à une unification jurisprudentielle.

B. La singularité de l'office du juge administratif des référés en urgence

Les véritables divergences relatives à l'appréciation du caractère sérieux se trouvent peut-être entre les juges des référés et les juges du fond. En effet, le juge des référés administratifs a plus de latitude que le juge du fond quant au sérieux de la question. Si d'ordinaire, les juges n'en viennent pas à l'analyse de la QPC (et a fortiori du caractère sérieux) si la requête au préalable n'est pas recevable ou si le mémoire relatif à la QPC n'est pas distinct, écrit et motivé par exemple, le juge des référés a lui un argument de plus qui concerne l'urgence. Ainsi, l'absence d'urgence devant le juge des référés (suspension ou liberté) peut empêcher l'examen de la QPC et donc du caractère sérieux. Le Conseil d'Etat²¹⁸ estime en effet que « *la condition d'urgence n'étant pas satisfaite, il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité* ». Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Dans l'ordonnance du 16 juin 2010, Mme Diakité²¹⁹, le Conseil d'Etat se penche sur les conditions de renvoi de la QPC mais le Conseil constitutionnel s'étant déjà prononcé sur les dispositions législatives en cause, il n'en vient pas à l'examen du caractère sérieux. En revanche, dans une ordonnance du 21 octobre 2010²²⁰, il estime qu'« *en l'état de l'instruction (...) la question de constitutionnalité soulevée, qui n'est pas nouvelle, n'apparaît pas présenter un caractère*

²¹⁶ Cass. Plénière, 25 juin 2010, n° 10-400.08

²¹⁷ CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, n° 211510

²¹⁸ CE ref., 13 avril 2011, n° 348364 (référé-liberté), CE ref., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014 (référé-suspension)

²¹⁹ CE ref., 16 juin 2010, *Mme Diakité*, n° 340250

²²⁰ CE ref., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527

sérieux ». La formulation est donc différente de celle retenue habituellement. Dans les autres cas, la question présente ou ne présente pas un caractère sérieux. Ici, elle n'apparaît pas présenter un caractère sérieux. L'analyse de ce critère serait-elle donc réduite au vu du temps dont dispose le juge pour statuer et au vu des éléments qui ont pu lui être présentés ? Il semble en tout cas qu'elle ne soit pas similaire à celle du Conseil d'Etat en formation collégiale ni à celle des juges des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ce qui singularise d'autant plus l'office du juge des référés. Cependant, il n'existe qu'une décision en référé se prononçant sur le caractère sérieux d'une QPC et aucune du côté judiciaire, il est donc encore difficile d'en tirer des conclusions. Il en est de même concernant l'impact de la QPC sur l'architecture juridictionnelle française.

§ 2 - Un nouveau tracé des rapports de force entre juge constitutionnel et juges du filtre ?

La mise en place du mécanisme de la QPC a considérablement renforcé la place du Conseil constitutionnel. Toutefois, le rôle de filtre et d'analyse du caractère sérieux des QPC confié au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation leur confèrent également une notoriété particulière. Les rapports de force demeureront-ils équilibrés (A) ou se déplaceront-ils au profit de telle ou telle juridiction (B) ?

A. Le maintien d'un équilibre institutionnel

Le renforcement de la place du Conseil constitutionnel dans l'ordre juridique interne est lié au filtrage. En effet, plus ce dernier sera strict, moins le Conseil constitutionnel pourra se prononcer sur les questions de constitutionnalité de la loi et moins il pourra diffuser son raisonnement. Or, la question de l'évolution du filtrage dépendra également de la légitimité du Conseil constitutionnel notamment du fait sa composition. Cette question est d'ores et déjà cruciale et risque de se poser plus concrètement dans les prochaines années. Bien que les modalités de recrutement aient été améliorées avec la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 en soumettant les nominations des membres du Conseil constitutionnel par le Président de la République aux avis des commissions des lois du Parlement, le progrès est timide comme le note Dominique Rousseau²²¹. De plus, bien qu'actuellement tous les membres (à l'exception des membres de droit) aient une formation juridique, tous ont travaillé dans des cabinets ministériels et plusieurs d'entre eux ont été ministre. Or c'est cette connivence entre le monde politique et juridique qui semble déplaire aux magistrats judiciaires. Si celle-ci n'existait pas, il est possible que la Cour de cassation éprouve moins de réticence à transmettre des questions portant sur l'interprétation de la loi bien qu'elle soit très attachée à ce pouvoir. Ou inversement, une nouvelle composition qui pourrait inclure plus d'anciens membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, conduirait peut-être à laisser plus de liberté à ces juridictions notamment vis-à-vis des réserves d'interprétation. En effet, les juges de l'interprétation de la loi sont le Conseil et la Cour de cassation. Le Conseil constitutionnel est, quant lui, le juge de l'interprétation de la Constitution. Pourtant, la technique des réserves d'interprétation lui permet d'interpréter la loi et donc d'empiéter sur l'office des autres juges,

²²¹ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 9 éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010

ce qui semble poser problème à la Cour de cassation. Il est peu probable que le Conseil constitutionnel abandonne cette faculté même si celle-ci est moins utilisée lors des QPC (14%) que lors des décisions DC (30-35%). En Belgique, la Cour constitutionnelle recourt à la technique de l'interprétation conciliante. « Elle formule alors une réponse « bipolaire », dans un arrêt « interprétatif » » comme l'expliquent Jacques Van Compernelle et Marc Verdussen²²² ce qui laisse plus de liberté au juge de l'interprétation de la loi lors du retour de la question. Des positions plus souples sur ce point permettraient peut-être une meilleure coopération et plus de renvois de la part des juges du filtre. Cela renforcerait la position de chacun dans leurs offices respectifs.

En outre, la question du filtrage (et donc du caractère sérieux) dépend du nombre de QPC qui seront posées dans les années à venir. Pour l'instant sur les 1115 décisions du tableau croisé du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, 568 décisions de transmission ont été rendues en 2010 sur 10 mois contre 547 sur 9 mois en 2011. Les chiffres sont presque identiques quoiqu'ils révèlent une certaine hausse pour l'année 2011. Un maintien d'un nombre de décisions élevé conduirait les juges du filtre à analyser le caractère sérieux, sur lequel ils ont le plus de marge d'appréciation, de manière plus stricte pour ne pas encombrer le Conseil constitutionnel. Si le filtrage venait encore à être contesté, une solution plus simple que la modification de la composition du Conseil constitutionnel pourrait être l'augmentation du nombre de membres. L'actuel Conseil constitutionnel français comprend neuf membres auxquels s'ajoutent les deux anciens Présidents de la République Valéry Giscard d'Estaing et Jacques Chirac, mais bien souvent ces derniers ne siègent pas lors des décisions QPC et après examen du tableau des décisions du Conseil constitutionnel, il s'avère que la moyenne des membres siégeant pour les décisions QPC s'élève à 8,5. Or une étude réalisée par le Sénat²²³ révèle que ce nombre est inférieur à la plupart des autres pays européens également dotés d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori. Ainsi, « l'effectif des autres cours constitutionnelles est plus important : il s'établit à douze en Belgique et en Espagne, à treize au Portugal, à quatorze en Autriche, à quinze en Italie et en Pologne, et à seize en Allemagne ». La cour constitutionnelle allemande comprend même deux chambres. L'augmentation du nombre de membres en France permettrait peut-être de pouvoir traiter plus d'affaires et donc d'autoriser un filtrage plus lâche et moins critiquable. Du reste, elle permettrait d'éviter le risque de blocage en cas de récusation²²⁴. En effet, la règle du quorum est fixée à sept membres et aucune règle ne prévoit le remplacement du membre récusé, donc si seuls sept membres siègent, une récusation suffit à bloquer la procédure.

B. L'éventualité d'un déséquilibre institutionnel

L'analyse du caractère sérieux (non sérieux en l'occurrence) par les juridictions du filtre permet également de contourner la procédure d'avis contentieux et d'obtenir par ce biais, plus rapidement et à l'initiative des parties (contrairement à la procédure d'avis contentieux qui est une procédure de juge à juge) une interprétation de la loi par les

²²² VAN COMPERNELLE (J.) ET VERDUSSEN (M.), La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°14, mai 2003.

²²³ Service des études juridiques du Sénat, *Étude de législation comparée n° 179 - La composition des cours constitutionnelles* [en ligne], novembre 2007, Disponible sur <http://www.senat.fr/lc/lc179/lc1790.html>, consulté le 11 janvier 2012

²²⁴ CARTIER (E.), La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ?, *Petites affiches*, 5 mai 2011, n° 89, p. 22

juridictions suprêmes. Ce détournement du mécanisme de la QPC renforce la place des juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif dans la mesure où cela leur permet d'imposer leur point de vue plus rapidement et avec une autorité relative de la chose jugée (et non un simple avis). La QPC profiterait-elle donc aux juridictions du filtre et conduirait-elle à confirmer le rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et a fortiori le dualisme juridictionnel ?

Cependant, si ces juridictions continuaient de profiter de leur pouvoir du filtre notamment par le biais du caractère sérieux, cela pourrait se retourner contre elles. Pascale Deumier²²⁵ le souligne à propos de la Cour de cassation. Si celle-ci continuait de résister en trouvant des parades fondées sur le caractère sérieux pour éviter d'envoyer de questions portant sur l'interprétation de la loi, « *une nouvelle intervention du législateur ne serait pas à exclure* ». Si la saisine directe du Conseil constitutionnel, comme en Allemagne, ne semble pas envisageable en France, d'autres solutions seraient possibles. En Autriche, la Cour constitutionnelle peut s'autosaisir de certaines questions. Une telle application en France semble peu probable dans la mesure où elle porterait sérieusement atteinte à l'assise des juridictions suprêmes des ordres juridictionnels. Les propositions de lois des sénateurs Hyst et Masson pourraient alors trouver un second souffle, la suppression du caractère sérieux, du second filtre ou la possibilité de contester une décision de non-transmission ne sont pas inconcevables. Elles propulseraient le Conseil constitutionnel au sommet de l'organisation juridictionnelle d'une manière inédite en France. Malgré tout, ce n'est pas vers cette tendance que semblent s'orienter les dernières décisions. Les arrêts les plus récents, bien que révélant encore des résistances des juridictions du filtre et notamment de la Cour de cassation, témoignent de beaucoup plus de souplesse qu'auparavant.

En définitive, le caractère sérieux des QPC devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation soulève des questions quant à la définition de ce critère. Les réponses n'ont pas été les mêmes devant ces juges mais ces divergences s'atténuent peu à peu pour révéler au contraire une concordance dans l'analyse du caractère sérieux aussi bien au niveau des méthodes utilisées que des domaines examinés. Cette constatation entraîne nécessairement une réflexion quant aux offices respectifs des juges du filtre et du Conseil constitutionnel et quant au rang qu'ils occupent dans l'ordre juridictionnel français. L'Etat de droit, selon la formule de Carré de Malberg, semble réussir à trouver sa place dans l'Etat légal, bien qu'il ait trois garants, d'autorité inégale. Toutefois, la réduction du nombre de QPC posées au fur et à mesure de l'épuisement des scories législatives françaises ou à l'inverse l'augmentation du nombre de QPC posées pourraient venir modifier cet équilibre. Ces évolutions doivent être anticipées et impliquent inévitablement une réflexion quant à la composition du Conseil constitutionnel. Néanmoins, l'autorité et l'assise que les juridictions suprêmes ont acquises au fil des siècles semblent difficiles à remettre en cause et ne permettent peut-être pas l'instauration d'une véritable Cour suprême incarnée par le Conseil constitutionnel ou du moins pas dans l'immédiat, d'autant que cette rénovation de l'architecture juridictionnelle française s'inscrit dans un contexte d'eupéanisation du droit dans lequel il ne faut pas oublier le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière pourrait également prétendre, à l'avenir, à un rôle de Cour suprême.

Restent donc en suspens les questions relatives à l'office du juge des référés et de son analyse du caractère sérieux et celle de la confirmation de l'acceptation du renvoi des

²²⁵ DEUMIER (P.), QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi), *RTD Civ.*, 2010, p. 508

questions portant sur l'interprétation de la loi par la Cour de cassation. Des réponses pourront être apportées plus ou moins rapidement par les juges en question. En revanche, les réflexions quant au paysage juridictionnel français nécessiteront plus que des décisions rendues par les différents juges concernés pour aboutir à une solution concrète et nécessiteront une approche plus complète du mécanisme de la QPC, en s'attachant notamment à étudier les autres critères du filtrage et les retours de QPC.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 9 éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010
- TÜRK (P.), *Les institutions de la Ve République*, 4^e éd., Paris, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2011

Ouvrages spécialisés :

- « La question prioritaire de constitutionnalité », Revue *Pouvoirs*, n° 137, 2011, 250 p.

Articles de doctrine :

- AKANDJI-KOMBE (J-F.), Question prioritaire de constitutionnalité et droit social, Premier bilan et perspectives, *RDT*, 2010, p. 628
- AKANDJI-KOMBE (J-F.), MAZARS (M-F), QPC : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ?, *RDT*, 2010, p. 622
- BARTHELEMY (J.) et BORE (L.), Juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi, *Constitutions*, 2011, n°1, p. 69
- BON (P.), Premières questions, premières précisions, *RFDA*, 2010, p. 679
- CARTIER (E.), La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ?, *Petites affiches*, 5 mai 2011, n° 89, p. 22
- DEUMIER (P.), QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage), *RTD Civ.*, 2010, p. 504
- DEUMIER (P.), QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi), *RTD Civ.*, 2010, p. 508
- DISANT (M.), La QPC en matière de droit public : entre effervescence et continuité, *Petites affiches*, 12 mai 2011, n° 94, p. 3
- GEFFRAY (E.), Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel, *RFDA*, 2011, p. 789
- JAN (P.), Chronique QPC : Question prioritaire de constitutionnalité (mars-octobre 2010), *Petites affiches*, 17 décembre 2010 n° 251, p. 10
- LEBOT (O.), Le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat validé... par le Conseil d'Etat, *Petites affiches*, 28 juillet 2010 n° 149, p. 11

- LIEBER (S-J.), BOTTEGHI (D.), DAUMAS (V.), La question prioritaire de constitutionnalité vue de Conseil d'Etat, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, p. 101
- LIEBER (S-J.), BOTTEGHI (D.), Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? *AJDA*, 2010, p. 1355
- MATHIEU (B.), Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité. *La Semaine Juridique Edition Générale*, mars 2010 – novembre 2011
- PENA (A.), Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, *RFDA*, 2011, p. 951
- PERRIER (J-B.), Le non-renvoi des questions prioritaires par la Cour de cassation, *RFDA*, 2011, p. 711
- ROBLOT-TROIZIER (A.), Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, Vers la mutation du Conseil d'Etat en juge constitutionnel de la loi, *RFDA*, 2011, p. 691
- ROUSSEAU (D.), La QPC se cherche ! , *Gazette du Palais*, 18 mai 2010 n° 138, p. 13
- VAN COMPERNOLL (J.) et VERDUSSEN (M.), La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°14, mai 2003
- ZAGREBELSKY (G.), La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, *Constitutions*, 2010, p. 9

Sites internet :

- Site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>
- Site du Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/>
- Site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>
- Site de legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- Site du Sénat : www.senat.fr

Table des matières

Section 1 - Rétrospective comparée de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : de la controverse à la collaboration ?.....	648
§ 1 - <i>Les difficultés créées par la subjectivité du caractère sérieux</i>	648
A. La réticence initiale de la Cour de cassation et le refus de l'analyse du caractère sérieux	649
B. La résistance des juridictions et l'analyse excessive du caractère sérieux	650
§ 2 - <i>La collaboration révélée par les éléments objectifs de l'analyse du caractère sérieux</i>	652
A. La conventionnalité au service de l'appréciation du caractère sérieux	652
B. La jurisprudence DC et QPC au service de l'appréciation du caractère sérieux	654
 Section 2 - Mise en perspective générale de l'analyse du caractère sérieux par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans l'ordre juridique national : du rapprochement des offices des juges à la recomposition de l'architecture juridictionnelle ?	657
§ 1 - <i>Un nouveau tracé des frontières entre ordres juridictionnels ?</i>	657
A. Le rapprochement entre ordre judiciaire et ordre administratif ?.....	657
B. La singularité de l'office du juge administratif des référés en urgence	661
§ 2 - <i>Un nouveau tracé des rapports de force entre juge constitutionnel et juges du filtre ?</i>	662
A. Le maintien d'un équilibre institutionnel	662
B. L'éventualité d'un déséquilibre institutionnel.....	663
 Bibliographie.....	666
Table des matières	668

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

THESES, OUVRAGES ET MONOGRAPHIES

- ADAM (J.-M.), *La linguistique textuelle*, Paris, Armand Colin, 2011.
- ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, traduction J. RIVERO, Oxford University Press, 2010.
- ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.
- ALVAZZI DEL FRATE (P.), *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin, G. Giappichelli, 2005.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de Justice constitutionnelle et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de Justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, BDP, tome 192, 1998, Préface de B. PACTEAU.
- BACQUET-BREHAN (V.), *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude d'une norme dépourvue de sanction*, Thèse, Paris II, 2003, publiée avec le sous-titre modifié *Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 120, 2005, Préface de CL. GOYARD.
- BALAT (J.-C.), *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, PUF, 1983, Préface de D. LÉVY.
- BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Economica, Classiques, 1985.
- BAYARD (F.), *Etude comparée des effets des décisions des Cours constitutionnelles*, Thèse, Aix-Marseille III, 1997, dactylographiée.
- BEATTY (D.), *The Ultimate Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006.
- BÉCHILLON (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996, Préface de P. BON.
- BEHRENDT (Ch.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruylant-LGDJ, 2006.
- BELLEY (J.-G.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et Société, n° 16, 1996.
- BENIGNI (M.), *Le caractère sérieux dans les décisions de transmission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Rapport de recherche de M2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, 2012.
- BERENGER (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012.
- BEZBAKH (P.) et HERARDI (S.) (dir.), *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2000.
- BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002.
- BLANQUER (J.-M.), *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse, Paris II, 1993, dactylographiée.
- BLÉRY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2000.
- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique, Essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Réunis, traduits et présentés par O. JOUANJAN, avec

- la collaboration de W. ZIMMER et O. BEAUD, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000.
- BONNET (J.), *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Thèse, droit public, Montpellier I, 2007, dactylographiée.
- BONTEMPS (C.) (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996.
- BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2005.
- BOURCIER (D.) et MACKAY (P.) (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1992.
- BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2004.
- BÜCK (V.), *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France – Espagne*, LGDJ, Paris, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 106, juillet 2002, Préface de M. DELMAS-MARTY.
- CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MERKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010.
- CAPITANT (H.) (Travaux de l'Association), *L'effectivité des décisions de justice*, Journées françaises, tome XXXVI, Economica, 1985.
- CAPITANT (H.) (Travaux de l'Association), *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000.
- CARCASSONNE (G.) et DUHAMEL (O.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, coll. A savoir, Paris, Dalloz, 2011.
- CAYLA (O.) et RENOUX-ZAGAME (M.-F.) (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, vol. 29, 2006.
- COMMAILLE (J.) et JOBERT (B.) (dir.), *Les métamorphoses de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1999.
- CONAC (G.), DELPEREE (F.), PACTET (P.) et TURPIN (D.), *Constitution et justice*, AIDC, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.
- CONAC (G.) et MAUS (D.) (dir.), *L'exception d'inconstitutionnalité. Expériences étrangères, situation française*, Paris, Edition STH, 1990.
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL et CONSEIL D'ETAT, Actes du Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ, Montchrestien, Paris, 1988.
- CONSEIL D'ETAT, Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012.
- COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1998.
- COPPENS (P.) et LENOBLE (J.) (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, préface E. PICARD, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000.
- COSTE (C.), *La violation de la Constitution. Réflexions sur les violations de la constitution relatives aux pouvoirs publics en France*, Thèse, Paris II, 1981.
- COUR DE CASSATION ET LABORATOIRE D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La Documentation française, 1994.
- COUR DE CASSATION ET GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE (colloque organisé par), *La Cour de cassation et la*

- Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre à Aix en Provence, PUAM, Paris, 1995.
- DEL MORO (Th.), *Contribution à l'étude des modalités d'interprétations concurrentes de la Constitution du 4 octobre 1958*, Thèse, Toulouse I, 2002, dactylographiée.
- DELALOY (G.), *Le pouvoir judiciaire*, PUF, coll. Droit et Justice, 2005.
- DELON (D.), *La jurisprudence source de droit*, Thèse, Paris II, 1980, dactylographiée.
- DERRIEN (A.), *Les juges français de la constitutionnalité. Etude sur la construction d'un système contentieux (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme)*, Thèse, Bordeaux-Montesquieu IV, 2000, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, coll. Bibliothèque européenne, 2003.
- DESAULNAY (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009.
- DI MANNO (Th.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens soulevés d'office*, Paris – Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1994.
- DI MANNO (Th.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1997, Préface de L. FAVOREU.
- DISANT (M.), *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.
- DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, 2011.
- DOUCET (M.) et VANDERLINDEN (J.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destins*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DRAGO (G.), *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica, coll. Droit public positif, PUAM, 1991, Préface de Y. Gaudemet.
- DRAGO (G.) (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Actes du Colloque du 4 octobre 2006, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2011.
- DREYER (E.), *Droit pénal général*, Paris, Litec, 2010.
- DUBOIS (J.), GIACOMO (M.), GUESPIN (L.) ET ALII, *Grand dictionnaire : Linguistique & Science du langage*, Paris, Larousse, 2007.
- DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, traduction française, PUF, coll. Léviathan, 1996.
- EISENMANN (Ch.) (Textes réunis par Ch. LEBEN), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon-Assas, 2002.
- EVEILLARD (G.), *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 62, 2007.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.) et VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du 2^e colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Economica, PUAM, 1987, Préface d'A. TUNC.
- FAVOREU (L.), GAÑA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 4^e éd., 2007.

- FAVOREU (L.) et MASTOR (W.), *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011.
- FERRAND (F.), CHAINAIS (C.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 30^e éd., 2010.
- FOYER (J.), *De l'autorité de chose jugée*, Thèse, Paris, 1954.
- FRANCK (C.), *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, LGDJ, Paris, BDP, tome 114, 1974.
- FRANGI (M.), *L'application des décisions du Conseil constitutionnel et des principes constitutionnels par la Cour de cassation, de 1975 à 1985*, Mémoire, DEA de Droit public général, Aix-Marseille, 1986, dactylographié.
- FRANGI (M.), *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, PUAM, 1992.
- FRYDMAN (B.) et MEYER (M.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012.
- GARAPON (A.), *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- GARNER (B.-A.), *A dictionary of modern legal usage*, New York, Oxford University Press, 2^e éd., 1995.
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.
- GAUDEMET (Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Etude critique*, Les Editions du CRIDON, 2011.
- GAUDIN (H.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix-en-Provence, PUAM, Paris, Economica, 2001.
- GAVEN (J.-C.), *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique, 1789-1791*, thèse droit Toulouse, 2003, dactylographiée, 2 vol.
- GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éditions STH, 1988.
- GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983.
- GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 24^e éd., 2010.
- GOESEL - LE BIHAN (V.), *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010.
- GRZEGORCZYK (C.) MICHAUT (F.) et TROPER (M.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992.
- GUARNIERI (C.) et PEDERZOLI (P.), *La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Michalon, 1996.
- GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduction V. CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz-Sirey, 2010.
- GUERRIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique*, Paris, La Découverte, 3^e éd., 2002
- GUILLERMET (C.-J.), *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Bibliothèque de droit, 2006.
- GUILLIEN (R.), *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Cadoret, 1931.
- GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.) et DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, 10^e éd., 2009.
- GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Lexisnexis, 5^e éd., 2010.
- HAMON (F.) et WIENER (C.), *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2011.

- HAMON (L.), *Les juges de la loi. Naissance d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987.
- JACOB (R.) (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996.
- JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2001.
- JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, LGDJ, coll. Systèmes, 2010.
- JEAMMAUD (A.) (dir.), *Les Juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Actes du Colloque de mai 1990 organisé par le Centre de recherche critique sur le Droit (CERCRID), Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1991.
- JEULAND (E.), *Droit processuel (Une science de la reconstruction des liens de droit)*, LGDJ, coll. Manuel, 2007.
- JEULAND (E.) et CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, 7^e éd., 2011.
- JOXE (P.), *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides, 2010.
- JUGAULT (J.), *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, Thèse, Rennes, 1969.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1979, traduction O. BEAUD, PUF, Léviathan, 1996.
- KRYNEN (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 191.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010.
- LEMAIRE (E.), *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, PUF, 2010.
- LENAERTS (K.), *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- LENOBLE (J.), *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994.
- LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité*, Actes de la journée d'étude du 10 février 2003 à Metz, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et Justice, 2004.
- LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972.
- LUCHAIRE (F.), *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987.
- LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Cerf, Les Presses de l'Université de Laval, coll. Passages, 2001.
- MAC CORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996.
- MAGNON (X.), BERNAUD (V.), FOUCHER (K.), MIGNARD (J.-P.) et RENOUX (T.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Pratique et contentieux*, Litec, 2011.
- MARGUENAUD (J.-P.) (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La Documentation française, 2001.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, Actes de l'atelier du III^e congrès de l'Association française des constitutionnalistes, 1998.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.
- MAUGÛE (Ch.) et STAHL (J.-H.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011.
- MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 112, 2003, Préface de D. ROUSSEAU.

- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix, PUAM, 1997.
- MEUNIER (J.), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1994, Préface de M. TROPER.
- MEYER (B.), *Maîtriser l'argumentation*, Paris, Armand Colin, 2^e éd., 2011.
- MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 287, 1997.
- MONTALIVET (P. de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006.
- MONTESQUIEU (C.-L. de), *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1993.
- MORETEAU (O.) et VANDERLINDEN (J.), *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2004.
- MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse, Toulouse, 1998, dactylographiée.
- MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, tomes I et II.
- NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965.
- OST (F.), *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.
- OST (F.), *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, 1988.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) et GÉRARD (Ph.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983.
- PACTEAU (B.), *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, Léviathan, 2003.
- PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2001, Préface de G. ZAGREBELSKY et avant-propos de L. FAVOREU.
- PERELMAN (Ch.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999.
- PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1978.
- PERELMAN (Ch.) et OLBRECHTS-TYTECA (L.), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2008.
- PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 14^e éd., 2010.
- PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990.
- PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Defresnois, coll. Thèses, tome 35, 2009.
- PINI (J.), *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, Thèse, Aix-Marseille III, 1997, dactylographiée.
- PINON (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*, LGDJ, 2003.
- PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003.
- PLOUVIER (L.), *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1975, Préface de M. WAELBROECK.

- PONTHOREAU (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994.
- QUINART, (E.), « L'application par la juridiction administrative des décisions QPC du Conseil Constitutionnel (1er mars 2010 - 31 décembre 2011) », Mémoire de recherche Master 1, IEP de Lille, sous la direction du professeur Michel LASCOMBE, 130 p.
- RAIMBAULT (P.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, BDP, tome 256, 2009.
- REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, PUAM, Paris, Economica, 1992.
- RENOUX (Th.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1984, Préface de L. FAVOREU.
- RIBES (D.), *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Aix-Marseille, 2005, dactylographiée.
- RICOEUR (P.), *Le conflit d'interprétation. Essai d'herméneutique*, Seuil, Paris, 1969.
- RICOEUR (P.), *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Seuil, Paris, 1986.
- ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1992, Préface de G. VEDEL.
- ROUSSEAU (D.), *La Justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 3^e éd., 1998.
- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^e éd., 2006, Préface de G. VEDEL.
- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2010, Préface de G. VEDEL.
- ROUSSEAU (D.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais/Lextenso éditions, coll. Guide pratique, 2010.
- RUIZ-FABRI (H.) et SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pédone, 2008.
- SALAS (D.), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, 2000.
- SCHNAPPER (D.), *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.
- SCHUTTER (O. de), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformations du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- SEVERINO, (C.), *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, Paris, 2003.
- SILEM (A.) et ALBERTINI (J.-M.) (dir.), *Lexique d'économie*, Paris, Dalloz, 2006.
- SOURIS (P.), *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- STAMATIS (C.), *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995.
- STIRN (B.), *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, préface G. VEDEL, LGDJ, 5^e éd., 2006.
- SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 8^e éd., 2006.
- TEITGEN-COLLY (C.), *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2011.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009.
- TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, PUF, coll. Les voies du droit, 1993.
- TROPER (M.), *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011.
- TÜRK (P.), *Les institutions de la Ve République*, 4^e éd., Paris, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2011.
- TURPIN (D.), *Contentieux constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1994.

TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique – Modelli di giustizia costituzionale : saggi di critica metodologica*, Bononia University Press, 2009.

VAUTROT-SCHWARTZ (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009.

VERZIJJ (J.), *Les bases des jugements au cours de l'histoire*, Conférence à la Faculté de Paris, les 3 et 4 décembre 1953, Les cours du droit, Paris, 1953.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, rééd. 1998.

VOGEL (L.) (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Droit global law, Panthéon-Assas, 2005.

XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, BDP, tome 179, 1995.

ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET NOTES

AGUILA (Y.), « La justice administrative en Europe », *La Lettre de la Justice administrative*, juillet 2007, n° 16, p. 1.

AKANDJI-KOMBE (J.-F.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social, Premier bilan et perspectives », *Revue droit du travail*, 2010, p. 628.

AKANDJI-KOMBE (J.-F.) et MAZARS (M.-F.), « QPC : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *Revue droit du travail*, 2010, p. 622.

ALLART (L.), « La question prioritaire de constitutionnalité, voie d'accès des collectivités territoriales au juge constitutionnel ? », *Communication lors du VIIIe congrès de l'AFDC*, Nancy, 16-18 juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/>.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" », *RFDA*, 2002, p. 124.

ANTOINE (M.), « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », *BEC*, 1993, vol. 151, n° 1, p. 87.

ARRIGHI (J.), STAHL (J.-H.) et HELMLINGER (L.), « Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 383.

ARVIS (B.), « Précisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur l'application dans le temps des décisions QPC », *AJDA*, 2011, p. 2352.

ATIAS (C.), « Crise de la motivation judiciaire ? », *Cycle droit et technique de cassation*, 2005,

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._atias_1_8108.html.

AUBY (J.-B.), « Rédaction des jugements », *DA*, juin 2012, repère 6.

AUVRET (P.) et AUVRET-FINCK (J.), « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », in *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum J. Waline, Paris, Dalloz, 2002, p. 403.

BADINTER (R.), « Avant-propos », in *La question prioritaire de constitutionnalité en débat, Constitutions*, janvier 2010, p. 1.

BADINTER (R.), « Rétrospective et prospective », in *La question prioritaire de constitutionnalité – Premier bilan et prospective*, *JCP G*, 2010, suppl. n° 48, p. 11.

BAILLON-PASSE (Ch.), « Questions pratiques sur... la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge a quo », *LPA*, 19 février 2010, n° 36, p. 3.

- BARAK (A.), « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans la démocratie », *RFDC*, 2006, n° 66, p. 227.
- BARRANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit à un recours effectif », *Constitutions*, 2010, p. 241.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « Premier bilan de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *Constitutions*, 2010, p. 251.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « L'ordre constitutionnel », *Constitutions*, 2010, p. 252.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, p. 553.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « Juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 69.
- BARTHÉLEMY (J.) et BORÉ (L.), « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2011, p. 553.
- BÉCHILLON (D. de), « De quelques incidences du contrôle ordinaire de la conventionnalité internationale des lois sur la structure du système juridique français (Malaise dans la Constitution) », *RFDA*, 1998, p. 225.
- BÉCHILLON (D. de), « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 109.
- BÉCHILLON (D. de), « La question de constitutionnalité peut-elle être "prioritaire" » ?, *JCP G*, 2010, I, p. 550.
- BÉCHILLON (D. de), « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité », *JCP G*, 2010, I, p. 676.
- BÉCHILLON (D. de), « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », in La question prioritaire de constitutionnalité, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33.
- BENETTI (J.), « La genèse de la réforme », *AJDA*, 2010, p. 74.
- BERAUD (J.-M.), « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *Revue droit du travail*, 2010, p. 564.
- BERGEL (J.-L.), « Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique », *RRJ*, 2005, p. 2649.
- BERNAUD (V.), « QPC et contentieux du travail », *RJS*, 2010, p. 339.
- BERNAUD (V.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail », *Droit social*, 2011, p. 141.
- BERNAUD (V.), Vers un renouvellement du droit constitutionnel du droit du travail par les "décisions QPC" », *Droit social*, 2011, p. 1011.
- BERNAUD (V.) et PETIT (F.), « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité en droit du travail : "la porte étroite" » ?, *D.*, 2010, p. 2264.
- BERTHIER (L.), « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA*, 2008, p. 245.
- BERTHIER (L.) et CAIRE (A.-B.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice », *RFDA*, 2009, p. 677.
- BILLIAU (M.), « Quel rôle pour la Cour de cassation au XXIème siècle », in *Justice et droits fondamentaux, Etude offerte à J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 31.

- BLACHER (Ph.), « La question prioritaire de constitutionnalité en questions... », *LPA*, 18 mars 2010, n° 55, p. 3.
- BLACHER (Ph.), « QPC : censure vaut abrogation », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 14.
- BOCCARA (D.), « Curiosité du différé de l'inconstitutionnalité », *GP*, 19 janvier 2012, n° 19, p. 5.
- BON (P.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas de l'Espagne », *RFDA*, 2004, p. 690.
- BON (P.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas du Portugal », *RFDA*, 2004, p. 696.
- BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.
- BON (P.), « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679.
- BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 11.
- BORE (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2002, I, p. 104.
- BORZEIX (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDJ*, 2010, n° 4, p. 981.
- BOUDON (J.), « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, 2010, I, n° 40.
- BOURDOISEAU (J.), « Questionnements sur la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, *LPA*, n° spécial, 25 janvier 2007, p. 6.
- BRAIBANT (G.), « Monisme(s) ou dualisme(s) », *RA*, 2000, n° spécial, n° 2, p. 7.
- BRAIBANT (G.), « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, p. 1428.
- BRETON (P.), « L'argumentation comme lien social », in FRYDMAN (B.) et MEYER (M.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 90.
- BRIHI (R.), « La QPC et le droit syndical », *JCP S*, 2011, 1268.
- BRIMO (S.), « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDJ*, 2011, n° 5, p. 1189.
- BUGADA (A.), « La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail », *JCP S*, 2011, 1265.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), « De l'art de changer de cap – Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 335.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *RFDA*, 2009, p. 787.
- CALVES (G.), « Le juge constitutionnel entre droit et politique. Une brève présentation de la querelle des "principes neutres" », *Jus Politicum*, 2010, n° 5.
- CANIVET (G.), « Administration des cours suprêmes et filtrage des affaires », *BICC*, 15 mars 2003.
- CANIVET (G.), « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessité et réalisations », in *Internormativité et réseaux d'autorités*, Actes du Colloque tenu à Toulouse le 24 octobre 2004, *LPA*, 5 octobre 2005, n° 199, p. 45.
- CANIVET (G.), « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », in *De tous horizons*, *Mélanges X. BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005, p. 11.

- CAPPELLO (A.), « L'absence de motivation des arrêts des cours d'assises et le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2011, p. 371.
- CARCASSONNE (G.), « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 137.
- CARTON (O.), « Les rapports financiers entre l'Etat et les collectivités territoriales : de la mésestimate administrative à la guérilla politique ? », *RLCT*, 1er juin 2010, n° 58, p. 56.
- CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.), « De l'usage de la gomme, comme du crayon, par le Conseil constitutionnel face aux malfaçons législatives », *Constitutions*, 2011, p. 316.
- CASSIA (P.), « Premières QPC devant la Cour de cassation. Précisions sur le régime transitoire applicable aux instances en cours », *JCP G*, 2010, I, p. 370.
- CESARO (J.-F.), « La QPC sociale, l'Eldorado des causes perdues ? », *JCP S*, 2011, 1266.
- CHARRIER (C.), « L'obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », *Cahiers droit européen*, 1998, p. 79.
- CHIAVARRIO (M.), « L'effet des décisions des juridictions constitutionnelles à l'égard des juridictions ordinaires », *Droit pénal italien, 13^e journées juridiques franco-italiennes*, Paris (8-10 octobre 1987), *RIDC*, n° spécial, vol. IX, 1987, p. 413.
- CROZE (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de P. MALAURIE*, Paris, Defresnois, 2005, p. 181.
- DAOUD (E.) et DESPLANQUES (M.), « Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique inconstitutionnelle », *Constitutions*, 2012, p. 320.
- DARGENT (L.), « QPC : Régime transitoire applicable aux instances en cours », *D.*, 2010, p. 26.
- DE LAMY (B.), « Absence de motivation des arrêts d'assises, la Cour de cassation se donne raison », *RSC*, 2011, p. 190.
- DECHEPY (J.), « L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de droit. Essai de synthèse », *Revue pénitentiaire*, 2012, p. 53.
- DE LEVAL, (G.), RIGAUX, (M.F.), HOREVOETS, (CH.), « La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge a quo » in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 264.
- DELPÈRE, (F.), BAETENS SPETSCHINKY, (M.), « La saisine de la Cour d'arbitrage », in *Standing to raise constitutional issues : comparative perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 93-114.
- DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA*, 2002, p. 1.
- DEROSIER (J.-P.), GREN (M.) et MACAYA (A.), « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel ? », *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, p. 43.
- DERRIEN (A.), « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 41.
- DEUMIER (P.), « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civil*, 2010, p. 505.
- DEUMIER (P.), « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civil*, 2010, p. 508.
- DEUMIER (P.), « Les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation – Etude des travaux préparatoires », *Principes de justice, Mélanges J.-F. BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 125.
- DEUMIER (P.), « Une summa divisio des raisonnements des juges administratif et judiciaire ? », in *De l'intérêt de la summa division droit public – droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 199.

- DI MANNO (Th.), « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.) (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, PU de Saint-Étienne, 2003, p. 185.
- DISANT (M.), « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle en perspectives », *RFDA*, 2011, p. 2015.
- DOMENACH (J.), « Autonomie des collectivités territoriales et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *RLCT*, octobre 2011, n° 72, p. 48.
- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136.
- DRAGO (G.), « Vers la question prioritaire de constitutionnalité, une Constitution proche du citoyen », *JCP G*, 2010, I, p. 2.
- DRAGO (G.), « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011.
- DUCAMIN (B.), « Le style des décisions du Conseil d'Etat, les réactions d'un public cultivé », *EDCE*, 1984-1985, p. 129.
- DUFOUR (O.), « La question prioritaire de constitutionnalité : quelques points en débat », *LPA*, 7 octobre 2009, n° 200, p. 3.
- DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.
- DUMORTIER (G.), LANDAIS (C.), VIALETTES (M.) et STRUILLLOU (Y.), « L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité », *Droit social*, 2012, p. 258.
- DURAND (B.), « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? », *Cahiers aixois d'histoire des droits d'outre-mer français*, 2007, n° 3, p. 11.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP S*, 2012, 1050.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) et GAY (L.), « A qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? Rapport pour la France », *AJJC*, tome XX, 2004, p. 245.
- FAVOREU (L.), « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ, 1988, p. 145.
- FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitutionnalisation du droit », *RFDC*, 1990, p. 72.
- FAVOREU (L.), « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *RFDC*, 1990, n° 4, p. 581.
- FLAMENT (L.) et GALVAN (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : schéma procédural », *JCP S*, 2010, 1182.
- FOSSIER (T.), « Comprendre les refus de transmission de QPC par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions*, 2012, p. 95.
- FRAISSE (R.), « QPC et interprétation de la loi », in *Un an de QPC*, *LPA*, 5 mai 2011, p. 5.
- FRAISSE (R.), « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 77.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le modèle perelmanien au regard des méthodes d'enseignement du droit », in FRYDMAN (B.) et MEYER (M.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 218.
- FROMONT (M.), « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la QPC », *ADE*, 2009, vol. VII, à paraître.
- GAÏA (P.), « Les interactions entre les jugements de la CEDH et du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1996, n° 28, p. 725.
- GAUDEMET (Y.), « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions », *RFDA*, 1990, p. 744.

- GAUDIN (H.), « Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ? », Aix-en-Provence, PUAM, Economica, 2001, p. 159.
- GAURIAU (B.), « Droit syndical et question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S*, 2010, 1354.
- GEFFRAY (E.), « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 789.
- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.
- GERVIER (P.), « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2012, n° 1, p. 90.
- GIVERDON (C.), « Rédaction des jugements. Motifs et dispositifs », *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 508.
- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 227.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, p. 269.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.
- GRIDEL (J.-P.), « Le filtrage par la Cour de cassation. Etat fin février 2012 », *BICC*, 1er mai 2012.
- GUILLAUME (M.), « QPC : textes applicables et premières décisions », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 47.
- GUILLAUME (M.), « La question prioritaire de constitutionnalité, Justice et cassation », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010, www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf
- GUILLAUME (M.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 49.
- GUILLAUME (M.), « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une cour suprême ? », *JCP G*, 2012, I, p. 722.
- HALPERIN (J.-L.), « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, p. 33.
- HÉBRAUD (P.), « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, 5^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Paris, PUF, 1969, p. 23.
- HEDARY (D.), « La charte de l'environnement : une mine à QPC ? », *Constitutions*, 2011, p. 407.
- HUGLO (Ch.), « QPC – Le rôle utile des praticiens dans la mise en œuvre de la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP G*, 2010, I, p. 547.
- HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in PERELMAN (Ch.) et FORIES (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 69.
- JEAMMAUD (A.), « L'ordre, une exigence en droit ? », in *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 21.
- JEAMMAUD (A.) et SERVERIN (E.), « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civil*, 1993, p. 91.
- JOLIVET (G.), « Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S*, 2010, 1353.
- JOUANJAN (O.), « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA*, 2004, p. 676.
- JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, www.juspoliticum.com.

- KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.
- KRYNEN (J.), « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi en France avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *RHD*, 2008 (2), p. 161.
- LABAYLE (H.), « La Cour de justice des communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs », *RFDA*, 2004, p. 663.
- LAFFAILLE (F.), « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- LALLET (A.) et DOMINO (X.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2011, p. 386.
- LAMPUÉ (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 5.
- LAMY (B. de), « Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *RDP*, n° 3, 2002, p. 783.
- LAMY (B. de), « Les incidences possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *Revue de science criminelle*, 2009, p. 154.
- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, p. 1183.
- LARONZE (F.), « Droit syndical : remarques sur une éventuelle réforme de la réforme à la lumière des arrêts du 18 mai 2011 », *JCP S*, 2011, 1518.
- LAVRIC (S.), « Question prioritaire de constitutionnalité : mesures d'application », *D.*, 2010, p. 19.
- LAVRIC (S.), « Circulaire de présentation de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 564.
- LECOURT (R.), « Juge constitutionnel et juge communautaire : une parenté ? », *France-Forum*, n° 252/253, 1989, p. 18.
- LEGROS (R.), « Considérations sur les motifs », in PERELMAN (C.) et FORIES (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 7.
- LELIÈVRE (F.), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2009, p. 2446.
- LEVADE (A.), « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, p. 564.
- LÉVY (D.), « L'efficacité de la QPC. Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA*, 2011, p. 1251.
- LÉVY (D.), « La question prioritaire de constitutionnalité : de la culture de la loi à la culture de la Constitution », in *Conseil constitutionnel et QPC : une révolution*, La Documentation française, Collection Regards sur l'actualité, février 2011, n° 368, p. 20.
- LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.
- LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.) et DAUMAS (V.), « La QPC vue du Conseil d'Etat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 112.
- LIET-VEAUX (G.), « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? », *RA*, 1975, p. 27.
- LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G*, 1975, I, 2681.
- LIPARI (N.), « Jurisdiction constitutionnelle et juridiction civile en Italie », *RIDC*, vol. 9, 1987, p. 385.
- LOKIEC (P.) et PORTA (J.), « Droit du travail : relations individuelles de travail, juin 2010-février 2012 », *D.*, 2012, p. 901.
- LONQUEUE (Ch.), « La défense des collectivités territoriales », *AJCT*, 2012, p. 190.
- LUCHAIRE (F.), « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », *RIDC*, 1981, n° 2, p. 285.

- MAC CORMICL (N.), « Argumentation et interprétation en droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant et PUAM, 1995, p. 213.
- MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quels bénéfices pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 761.
- MALAURIE (P.), « Le style des "Cours suprêmes" françaises : une recherche constante de l'équilibre », *JCP G*, 2012, I, 1126.
- MARINO (G.), « Cour de cassation, juge du droit ? », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 28.
- MARTENS (P.), « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », in *Liber amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 283.
- MARTIGNON (A.), « La négociation catégorielle », *JCP S*, 2011, 1207.
- MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de droit », *JCP G*, 2009, I, p. 602.
- MATHIEU (B.), « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat – A propos des arrêts rendus par le Conseil d'Etat les 14 et 16 avril 2010 », *JCP G*, 2010, I, p. 465.
- MATHIEU (B.), « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G*, 2011, I, p. 670.
- MATHIEU (B.), « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité – 4 novembre 2010 – 4 février 2011 », *JCP G*, 2011, I, p. 192.
- MATHIEU (B.), « Jurisprudence relative à la QPC », *JCP G*, 2011, I, p. 604.
- MATHIEU (B.), « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité – 22 juillet – 18 novembre 2011 », *JCP G*, 2011, I, 1372.
- MATHIEU (B.), « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 57.
- MATHIEU (B.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Coexistence-Autorité-Conflits-Régulation », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 45.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), « La jurisprudence constitutionnelle des juridictions administratives et judiciaires », *JCP G*, 1997, I, 4066.
- MATSOPOULOU (H.), « La motivation des arrêts de la cour d'assises et les exigences du procès équitable », *JCP G*, 2010, I, 2318.
- MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.*, 2011, chron. p. 529.
- MAZIAU (N.), « Les "bonnes raisons" de la Cour de cassation (à propos des arrêts de l'assemblée plénière rendus le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *D.*, 2011, p. 1775.
- MAZIAU (N.), « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 2811.
- MEIER (E.) et BOUCHERON (G.-H.), « Les aspects procéduraux et les effets de la question prioritaire de constitutionnalité », *Droit fiscal*, n° 12, 25 mars 2010.
- MESTRE (J.-L.), « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *RFDC*, n° 15, 1993, p. 451.
- MESTRE (J.-L.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la IIe République », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 291.

- MEUNIER (J.), « Contraintes et stratégie en droit constitutionnel », in TROPER (M.) et ALII (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005, p. 187.
- MILET (M.), « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, 1999, n° 49-6, p. 783.
- MILLET (F.-X.), « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2010, n° 6, p. 1729.
- MOLFESSIS (N.), « La protection constitutionnelle », *Justices*, 1996, n° 4, p. 17.
- MOLFESSIS (N.), « La procédure civile et le droit constitutionnel », in Cour de cassation, *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 245.
- MOLFESSIS (N.), « La jurisprudence supra constitutionnelle », *JCP G*, 2010, I, p. 1039.
- MOLFESSIS (N.), « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », in La question prioritaire de constitutionnalité, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 83.
- MOOR (P.), « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe – Mélanges offerts à M. FROMONT*, Presses universitaires de Strasbourg, 2002, p. 319.
- MUIR-WATT (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 53.
- NADAL (J.-L.), « La Constitution et le juge judiciaire », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, p. 345.
- NERON (S.), « Des errements suscités par la loi du 20 août 2008 : à propos des syndicats catégoriels et du représentant de la section syndicale », *JCP S*, 2010, 1451.
- PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, p. 122.
- PARDINI (J.-J.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 101.
- PARIENTE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité, un an après : retour sur une superproduction juridique », *Droit ouvrier*, 2011, p. 297.
- PAULIAT (H.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de propriété : une jurisprudence insuffisamment protectrice ? », *Revue juridique de l'économie publique*, mars 2012, Etude 2, n° 9, p. 5.
- PENA (A.), « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2011, p. 951.
- PERDRIAU (A.), « Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G*, 1986, I, 3257.
- PERDRIAU (A.), « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP G*, 1994, I, 3768.
- PERDRIAU (A.), « Des "arrêts brevissimes" de la Cour de cassation », *JCP G*, 1996, I, 3943.
- PERRIER (J.-B.), « Précisions sur les conditions de recevabilité de la QPC », *AJ pénale*, 2010, p. 387.
- PERRIER (J.-B.), « La Cour de cassation face à la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC*, 2010, p. 793.
- PERRIER (J.-B.), « Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711.
- PETIT (F.), « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S*, 2010, 1352.
- PFERSMANN (O.), « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 17.
- PHILIPPE (X.), VIDAL-NAQUET (A.) et LE BOT (O.), « Les délibérations du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 85.

- PICARD (E.), « Droits fondamentaux », in RIALS (S.) et ALLAND (D.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 544.
- PISSALOUX (J.-L.), « QPC et compensation financière des transferts et extension de compétences », *DA*, août 2011, n° 8-9, p. 30.
- PIWNICA (E.), « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 169.
- POIRMEUR (Y.), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.) et MOLFESSIS (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 295.
- PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 748.
- PORTA (J.), « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.*, 2012, p. 901.
- PRADEL (J.), « De la motivation des arrêts d'assises », *D.*, 2009, p. 2778.
- PREBENSEN (S.-C.), « Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1123.
- PRETOT (X.), « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *JCP S*, 2010, 1023.
- PUIG (P.), « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civil*, 2010, p. 66.
- PUIG (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civil*, 2010, p. 517.
- RADE (C.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ? », *Droit social*, 2010, p. 873.
- RAYNOUARD (A.) (dir.), « Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? », Bruylant, coll. Droit et Justice, n° 53, 2004, p. 81.
- RENOUX (Th.), « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges P. PACTET*, Dalloz, 2003, p. 835.
- RICCI (R.), « L'ordonnancement d'un système juridique par la recherche de la cohérence : l'apport des études comparatives de jurisprudence », in DOAT (M.), LE GOFF (J.) et PEDROT (Ph.) (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PU de Rennes, coll. L'univers des normes, 2007, p. 195.
- RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, p. 37.
- ROBERT (J.-H.), « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », *Droit pénal*, 2011, comm. 95.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat : vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.
- ROUHETTE (G.), « L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard des juridictions civiles », 13^e journées juridiques franco-italiennes, Paris (8-10 octobre 1987), *RIDC*, n° spécial, vol. IX, 1987, p. 399.
- ROUHETTE (G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé », in Drago (G.), François (B.) et Molféssis (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Actes du Colloque de Rennes des 20 et 21 septembre 1996, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 141.
- ROUSSEAU (D.), « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », *Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 885.

- ROUSSEAU (D.), « La Démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 73.
- ROUSSEAU (D.), « Toujours "Vive la QPC" ? Oui ! », *GP*, 27 mai 2010, p. 16.
- ROUSSEAU (D.) et ROUX (J.), « Droit constitutionnel processuel », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 1455.
- ROUX (J.), « La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution (à propos de l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007) », *RDP*, 2007, p. 1031.
- ROUX (J.), « QPC et interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives : le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? », *LPA*, 8 juillet 2011, p. 8.
- ROZES (S.), « Un nouveau profil pour les juges », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 435.
- SAGALOVITSCH (E.), « Des effets de la QPC sur les arrêts de règlement », *AJDA*, 2011, p. 705.
- SAINT-BONNET (F.), « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du Roi », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 86.
- SALAS (D.), « Procès », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, coll. Quadrige, 2003, p. 717.
- SALLES (D.), « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009.
- SARGOS (P.), « Points communs et divergences des deux ordres de juridiction », *AJDA*, 1990, p. 585.
- SARGOS (P.), « QPC, la parole à la Cour de cassation... », *D.*, 2010, p. 1336.
- SAVY (R.), « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chron., p. 105.
- SCHMITT (S.), « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, p. 72.
- SEBAN (D.), « La QPC, un outil précieux pour les collectivités territoriales », *Gazette des communes*, 10 janvier 2011, p. 9.
- SEGALA DE CARBONNIÈRES (S.), « Pavane pour une infraction défunte : l'offense à chef d'Etat étranger (1819-2004), entre théorie et pratique », in *L'offense. Du « torrent de boue » à l'offense au chef de l'Etat*, *Claj*, n° 26, 2010, PULIM, Université de Limoges
- SERIZAY (B.), « La QPC et la protection sociale », *JCP S*, 2011, 1269.
- SILANCE (L.), « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in PERELMAN (C.) et FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 219.
- SOMMACO (V.), « De quelques effets de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les discours des cours et tribunaux en matière de protection de la liberté individuelle », *GP*, 29 juin 1999, doctrine, p. 943.
- SPILIOTOPLOULOS (E.), « Contrôle diffus et dualité de juridictions sont-ils conciliables ? Le cas de la Grèce », *AJJC*, 1985, p. 98.
- STIRN (B.), « Le filtrage selon le Conseil d'Etat », *JCP G*, 2010, n° 48 (numéro spécial), p. 48.
- STRUILLOU (Y.), « Rapport Le droit à réintégration du salarié protégé en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement, Cass. soc., 18 novembre 2011, n° 11-40.068, QPC », *RJS*, 2/12, p. 90.
- SUDRE (F.), « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, *Mélanges P. LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 821.
- SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, 335.

- SUDRE (F.), « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges J.-C. GAUTRON*, Pédone, 2004, p. 207.
- SYMZCAK (D.), « La comptabilité de la saisine prioritaire avec la Convention européenne des droits de l'homme », *ADE*, 2009, vol. VII, à paraître.
- TEISSIER (A.), « La QPC sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ? », *JCP S*, 2012, 1267.
- TEXIER (P.), « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, Travaux de l'Association H. Capitant, 2000, p. 5.
- THIELLAY (J.-P.), « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 772.
- TILLI (N.), « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori », *RDP*, 2010, p. 1591.
- TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *RTD civil*, 1974, p. 487.
- TOURNAUX (S.), « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD civil*, 2011, p. 45.
- TRABUCCHI (A.), « L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la CJCE », *RTDE*, 1974, p. 56.
- TROPER (M.), « La motivation des décisions constitutionnelles », in PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du Centre National de Recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 287.
- TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 31.
- TROPER (M.), « Le pouvoir des juges constitutionnels », *La Vie des idées*, 2010.
- TUSSEAU (G.), « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 5.
- VAN COMPERNOLLE (J.) et VERDUSSEN (M.), « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *JT*, 8 avril 2000, p. 302.
- VERDUSSEN (M.), « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in DELPEREE (F.), FOUCHER (P.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 177-195.
- VAN COMPERNOLLE (J.) et VERDUSSEN (M.), « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, p. 117.
- VAN WELKENHUYZEN (A.), « L'attribution des pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *JT*, 1974, p. 577.
- VARICEL (M.), « Le renforcement jurisprudentiel de l'interdiction du travail le dimanche », *Revue droit du travail*, 2011, p. 383.
- VARIIAUTORIS, « La question prioritaire de constitutionnalité en débat », *Constitutions*, janvier 2010, p. 21.
- VARIIAUTORIS, « La question prioritaire de constitutionnalité. Premier bilan et prospective », *JCP G*, 2010, suppl. n° 48.
- VEDEL (G.), « L'unité du droit. Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit, Mélanges R. DRAGO*, Economica, 1996, p. 1.
- VENEZIA (J.-C.), « La loi, le juge et la Constitution », in *Mélanges J. BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 505.
- VERDUSSEN (M.), « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en Belgique : quelques écueils », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine des citoyens*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 109.
- VERDUSSEN (M.), VAN COMPERNOLLE (J.), « La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 297-304.

- VERPEAUX (M.), « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, 1989, n° 9, p. 40.
- VERPEAUX (M.), « La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique », *AJDA*, 2009, p. 1474.
- VERPEAUX (M.), « Les QPC : la troisième fois est la bonne », in *Conseil constitutionnel et QPC : une révolution ?*, La Documentation française, Collection Regards sur l'actualité, février 2011, n° 368, p. 8.
- VERPEAUX (M.), « Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 806.
- VERPEAUX (M.), « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 13.
- VERPEAUX (M.) et LANDOT (E.), « Chronique QPC et droit des collectivités territoriales », *RLCT*, avril 2011, p. 46, juillet 2011, p. 50 et novembre 2011, p. 36.
- VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 965.
- VIDAL-NAQUET (A.), « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 67, p. 535.
- VIGNEAU (D.), « La guerre des "trois" aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif "anti-Perruche" », *D.*, 2012, p. 323.
- VIGNON-BARRAULT (A.), « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, *LPA*, n° spécial, 2007, p. 22.
- VIGOUROUX (C.), « Les modalités d'examen de constitutionnalité pour la QPC », in *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, p. 25.
- VIGUIER (J.), « La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et 1993 », *RDP*, 1994, p. 969.
- WACHSMANN (P.), « Des chameaux et des moustiques : réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Droits et libertés en questions – Billets d'humeur en l'honneur de D. Loschak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 277.
- WACHSMANN (P.), « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.
- WARLOMONT (R.), « L'autorité du précédent judiciaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation en Belgique et en France », *Annales de droit et de science politique*, 1951, p. 69.
- WELAMSON (L.), « La motivation des décisions des cours suprêmes », *RIDC*, 1979, p. 513
- ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 9.
- ZAPPI (S.), « Le ministère de l'intérieur condamné pour entrave au droit d'asile », *Le Monde*, 16 janvier 2001, p. 11.
- ZENATI (F.), « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.*, 2002, chron., p. 22.
- ZENATI (F.), « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, n° 575, 15 avril 2003, p. 3.
- ZOLLER (E.), « Etude comparative du contrôle de constitutionnalité des lois en France et aux Etats-Unis », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 507.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE (Notes)

- CE (ord.) 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, Rec. 12, *AJDA* 2001, p. 589, note J. Morri et S. Slama, *DA* 2001, n° 102.
- CE Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, Rec. 18, concl. L. Touvet, *RFDA* 2001, p. 378, concl. L. Touvet et p. 861, note M. Verpeaux, *CJEG* 2001, p. 161, concl. L. Touvet, *AJDA* 2001, p. 153, chron. M. Guyomar et P. Collin, *DA* 2001, n° 155, obs. L. Touvet, *LPA* 12 février 2001, n° 30, note N. Chahid-Nouraï et C. Lahami-Dépinay.

- CE Sect. 28 février 2001, *Casanovas*, Rec. 107, RFDA 2001, p. 399, concl. P. Fombeur, AJDA 2001, p. 971, note I. Legrand et L. Janicot, D. 2002, p. 2229, obs. R. Vandermeeren.
- CE (ord.) 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, Rec. 167, DA 2001, n° 1555-3°.
- CE 30 décembre 2002, *Carminati*, req. n°240430, AJDA 2003, p. 1065, note O. Le Bot.
- CE 26 février 2003, *M. Joël X.*, req. n°241385, LPA 28 juin 2005, n° 127, p. 12, note L. Domingo.
- CE 11 mai 2009, *M. Hocine Z.*, req. n° 327356, AJDA 2010, p. 58, note F.-X. Fort.
- CE (ord.) 16 juin 2010, *Mme Diakitè*, req. n°340250, AJDA 2010, p. 1230, obs. S. Brondel et p. 1662, note O. Le Bot.
- CE (ord.) 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, req. n°343527.
- CE (ord.) 19 novembre 2010, *M. Benzoni*, req. n°344014.
- CE (ord.) 15 décembre 2010, *Ministre de l'Education nationale, de la recherche et de la vie associative*, req. n°344729, AJDA 2010, p. 2453, obs. R. Grand.
- CE (ord.) 7 mars 2011, *Ecole normale supérieure*, req. n°347171, AJDA 2011, obs. S. Brondel.
- CE 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs, Fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, req. n°340512, AJDA 2011, p. 1527, note M.-C. de Montecler, AJDA 2012, p. 1047, note C. Groulier.

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE (Notes)

- Cass. soc. 5 janvier 2011, n° 10-40.049 QPC, RJS 4/2011, n° 448.
- Cass. soc. 18 janvier 2011, n° 09-69.199, JCP S 2011, 1065, note P. Morvan.
- Cass. soc. 15 février 2011, n° 10-40.063 QPC, RJS 5/2011, n° 492.
- Cass. soc. 2 mars 2011, n° 10-60.214, JCP S 2011, 1418, note A. de Martignon.
- Cass. assemblée plénière 20 mai 2011, n° 11-90.033 QPC, D. 2011, p. 1426, note D. Chagnollaud, D. 2011, p. 1775, chron. N. Maziau, D. 2011, p. 2231, obs. J. Pradel.
- Cass. soc. 22 juin 2011, n° 11-40.022 QPC, RJS 11/2011, n° 879.
- Cass. soc. 5 octobre 2011, n° 11-40.052 QPC, JCP S 2011, 1562, note D. Asquinazi-Bailleux.
- Cass. soc. 5 octobre 2011, n° 11-40.053 QPC, RJS 01/2012, n° 25.
- Cass. soc. 6 octobre 2011, n° 11-40.056 et n° 11-40.057 QPC, JCP S 2011, 1582, note F. Dumond.
- Cass. soc. 20 octobre 2011, n° 11-60.203 QPC, D. 2011, p. 2733, note B. Ines.
- Cass. soc. 16 novembre 2011, n° 11-40.071 QPC, JCP S 2012, 1028, note D. Chenu
- Cass. soc. 18 novembre 2011, n° 11-40.067 QPC, JCP S 2012, 1183, note J.-Y. Kerbourc'h.
- Cass. soc. 18 novembre 2011, n° 11-40.068 QPC, JCP S 2012, 1074, note L. Draï.
- Cass. soc. 30 novembre 2011, n° 11-40.072 QPC, JCP S 2012, 1088, note B. Gauriau.

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE (Notes)

- Conseil constitutionnel 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, JORF, 11 décembre 2009, p. 21381, AJDA 2010, p. 80, étude A. Roblot-Troizier.
- Conseil constitutionnel 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Cristallisation des pensions*, JORF, 29 mai 2010, p. 9728.
- Conseil constitutionnel 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Loi dite « Anti Perruche »*, JORF, 12 juin 2010, p. 10847.

Conseil constitutionnel 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC, *Article 575 du code de procédure pénale*, JORF, 24 juillet 2010, p. 13727.

Conseil constitutionnel 6 août 2010, n° 2010-20/21 QPC, *Loi relative aux libertés et responsabilités des universités*, JORF, 7 août 2010, p. 14615, AJDA 2010, p. 1557, obs. S. Brondel et AJDA 2011, p. 1791, note M. Verpeaux.

Conseil constitutionnel 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC, *Cession gratuite de terrain*, JORF, 23 septembre 2010, p. 17292.

Conseil constitutionnel 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, RJS 5/2011, n° 448, JCP S 2011, actualités 152.

Conseil constitutionnel 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC, JCP S 2011, actualités 201.

Conseil constitutionnel 22 juillet 2011, n° 2011-148/154 QPC, RJS 10/2011, n° 807, Revue droit du travail 2011, p. 645, note M. Varicel.

LEGISLATION

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF, 1^{er} juillet 2000, p. 9948.

Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, JORF, 11 août 2007, p. 13468.

Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF, 22 juillet 2009, p. 12184.

TRAVAUX PARLEMENTAIRES

SAUVÉ (J.-M.) et STIRN (B.), 1^{er} septembre 2010, *Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après six mois d'application*, rapport d'information AN, n° 2832 du 5 octobre 2010, p. 51.

DEPUIS LA RÉALISATION DE CE RAPPORT, ONT ÉTÉ SOUTENUS ET VALIDÉS DANS LE CADRE DU MASTER 2 « DROIT PUBLIC GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX PUBLIC », LES TRAVAUX SUIVANTS D'ÉTUDIANTS AYANT PARTICIPÉ À CE PROGRAMME DE RECHERCHE :

BENIGNI (M.), *Analyse croisée des conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Mémoire de M2 (Droit public général et contentieux publics) sous la direction du professeur Emmanuel Cartier, Université Lille 2, septembre 2012, 98 p.

MARTINS (V.), *QPC et Parlement : un législateur sous contraintes ?*, Mémoire de M2 (Droit public général et contentieux publics), sous la direction de Mme Pauline Türk, Université Lille 2, septembre 2012, 98 p.

Table des matières

<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	17
PARTIE I - L'IMPACT DE LA QPC SUR LE PROCÈS : UNE RÉARTICULATION DU PROCÈS ET DE SES ACTEURS	31
CHAPITRE 1 : une redéfinition dynamique des rapports entre les acteurs du procès 33	
Section 1 : Les enseignements à tirer des outils de mesure de cette redéfinition	33
§ 1 : Les enseignements à tirer des questionnaires adressés aux acteurs de la QPC	33
A) La réalité contentieuse de l'intérêt pour la QPC	33
B) Quelques opinions sur les effets et l'efficacité de la QPC	34
1) Les antagonismes sur la question de l'auto saisine du conseil constitutionnel et du filtre ...	35
2) Une déstabilisation inversement proportionnel au degré d'intérêt ou de pratique, au regard de la question sur la modification de l'office du juge par la pratique de la question prioritaire :	35
§ 2 : Les enseignements à tirer des tableaux de jurisprudences croisées sur la réception de la QPC et sa pratique par les acteurs du procès	36
A) Présentation générale de la méthode, de l'outil et des difficultés rencontrées dans sa réalisation et sa mise en œuvre (P. Türk)	36
1) La méthode et la pertinence du tableur comme outil d'analyse	36
2) Les difficultés rencontrées	36
3) Les résultats obtenus : les données exploitables (approche statistique et analytique)	37
B) Les différents tableaux de jurisprudence et les analyses statistiques qui en ressortent ..	37
1) Le tableau consacré aux décisions du Conseil constitutionnel (P. Türk)	37
1- Qui est à l'origine des questions prioritaires traitées par le Conseil constitutionnel ?	39
2- Quel est le taux d'abrogation des dispositions transmises au Conseil constitutionnel par voie de QPC ?	40
3- Ce taux varie-t-il selon l'ordre juridictionnel de renvoi ?	40
4- Quelles sont les proportion, fréquence et circonstances du recours à l'abrogation avec effet différé ?	41
5 - L'oralité est- elle assurée devant le Conseil constitutionnel ?	42
6 - Quelles sont les dispositions constitutionnelles les plus souvent invoquées ? Et quelles sont les plus efficaces, c'est-à-dire celle qui ont, concrètement, le plus souvent permis aux requérants d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité ?	42
7- Dans quels domaines interviennent prioritairement les QPC ?	42
8 - Concernant le rapport du Conseil constitutionnel au législateur, quelle est la fréquence du recours à la « réserve d'opportunité » ?	42
9- Qu'en est il de la participation effective des 11 membres du Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC ?	43
10 - Les techniques de contrôle sont-elles les mêmes que dans le cadre du contrôle a priori ? ..	43
2) Le tableau consacré aux arrêts du Conseil d'État (P. Türk)	44
3) Le tableau consacré aux arrêts de la Cour de cassation (V. Durand)	48
a) Données relatives à la Cour de cassation dans son ensemble	50
1. Les données statistiques générales	50
2. La répartition chronologique	50
3. Le degré de filtrage	51
5. Les justiciables acteurs de la QPC	53
6. Les droits et libertés invoqués	54
7. Les dispositions critiquées et la matière concernée	54
b) Données par Chambre de la Cour de cassation	56
1. L'intégration progressive de la structure de la Cour de cassation	56
2. Le contentieux de la QPC devant les Chambres de la Cour de cassation	56

Section 2 : Le positionnement tactique et stratégique des acteurs du procès face à la QPC.....	58
§ 1 : Les juridictions et les magistrats ordinaires	59
A) Les magistrats ordinaires : entre stratégies défensives de la loi et stratégies régulatrices du procès.....	59
1) Deux approches de la liaison entre le litige et le procès incident	59
2) Une stratégie de régulation pour un office enrichi	60
3) La défense de la loi et ses aménagements par le juge	62
B) La place singulière mais ambiguë du ministère public	65
1) Les aspects formels de l'intervention du Ministère public	69
a) La forme écrite ou orale de l'avis.....	69
b) Le particularisme du contentieux civil.....	69
c) Le particularisme du contentieux pénal.....	70
2) La portée substantielle de l'intervention du Ministère public.....	70
a) Le sens de l'avis	70
b) Le contenu de l'avis	71
c) La portée de l'avis	71
C) Une voie d'action peu attractive devant certaines juridictions : l'exemple des juridictions financières	73
1) Une voie de recours peu attractive devant les juridictions financières	74
a) Les nombreux instruments juridictionnels en matière financière.....	75
b) Le faible nombre de QPC soulevées devant les juridictions financières.....	77
2) L'absence de spécificités procédurales de la QPC en matière financière	78
a) L'introduction de la QPC devant les juridictions financières.....	79
b) La procédure et la décision devant les juridictions financières	80
1- La procédure devant les juridictions financières.....	80
2- La décision des juridictions financières.....	81
§ 2 : Les justiciables et leurs avocats : des tactiques offensives innovantes.....	81
A) La variété de la « clientèle » du Conseil constitutionnel.....	81
B) L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel.....	86
1) Une nouvelle pratique qui élargit la gamme des moyens d'intervention de l'avocat.....	86
2) La place de l'avocat dans le contentieux de la QPC.....	88
3) L'avocat tacticien dans le recours à la QPC	88
4) La QPC comme moyen stratégique au service d'un client ou d'un groupe d'intérêts.....	89
C) Les justiciables publics : l'exemple atypique des collectivités territoriales	91
1) La dimension politique principale des questions posées par les collectivités.....	92
2) L'utilisation politique de la QPC.....	95
D) Les détournements de QPC.....	97
1) La production d'un quasi avis contentieux au bénéfice du justiciable.....	97
a) Le détournement de QPC comme moyen de faire interpréter plus vite la loi par le Conseil d'État....	97
b) Le détournement de QPC comme moyen d'accélérer l'accès au juge suprême	98
c) La QPC, avec la complicité du juge suprême comme moyen d'interprétation de la loi, même en cas de rejet de la question.....	99
2) L'affaire Melki : un usage tactique original de la QPC : le témoignage de l'avocat de M. Melki.....	102
§ 3 : Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives	105
A) Les stratégies défensives	105
1) Le Secrétariat général du Gouvernement, défenseur attitré de la loi	105
a) Une incidence limitée de la QPC sur ses fonctions et sa structure	106
b) Des modalités d'intervention asymétriques en amont du renvoi au Conseil constitutionnel.....	106
c) Une fonction d'avocat de la loi lors du renvoi au Conseil constitutionnel	107
d) L'élaboration commune d'une stratégie de défense de la loi	110
e) La gestion des effets dans le temps de la décision de QPC : pendant la QPC et en aval.....	112
2) Les administrations centrales, défenseurs par nature de la loi : l'exemple de la DAJ des ministères financiers.....	114

a) Une incidence limitée de la QPC sur les fonctions et la structure de la DAJ.....	115
1- Une organisation centralisée ambitieuse témoignant d'une véritable politique de gestion des QPC.....	115
2- Une valorisation subséquente de la fonction juridique au sein de l'appareil administratif ministériel.....	116
3- Une relation privilégiée avec le SGG qui conserve in fine la maîtrise de la stratégie.....	117
b) Une participation active à la fonction de défense de la loi.....	117
c) L'anticipation délicate des incidences financières et juridiques des décisions QPC.....	118
B) Les stratégies préventives : l'incidence de la QPC sur la prévention du risque d'inconstitutionnalité par les pouvoirs publics.....	119

CHAPITRE 2 : une reconfiguration novatrice du procès autour du contrôle de constitutionnalité..... 123

Section 1 : Quelles spécificités du procès constitutionnel ?..... 124

§1 : La motivation des décisions juridictionnelles relatives à la QPC au prisme de l'efficience..... 125

A) L'efficience de la QPC a priori assurée par la motivation.....	128
1) Un style rédactionnel classique gage de rationalité.....	128
2) Un effet persuasif de l'outillage juridique.....	130
B) L'efficience de la QPC en réalité limitée par la motivation.....	133
1) L'hétérogénéité qualitative de la motivation.....	133
2) Des palliatifs insuffisants.....	137

§2 : L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès... 141

A) La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : un enjeu fondamental négligé	142
1) Un enjeu traité à l'origine de manière confuse.....	142
2) Un traitement prétorien tardif par le Conseil constitutionnel.....	146
B) Les déclarations d'inconstitutionnalité comportant une abrogation différée.....	150
C) Le principe de la remise en cause des effets passés par la déclaration d'inconstitutionnalité.....	153
1) Le principe : une rétroactivité processuelle d'ordre public.....	154
2) Les exceptions à la rétroactivité processuelle d'ordre public.....	155
a) Le refus de rétroactivité.....	155
b) La rétroactivité restreinte.....	156
c) La rétroactivité différée avec suspension des instances en cours.....	157
d) La rétroactivité potentielle sur « réserve d'opportunité ».....	158
e) La rétroactivité élargie.....	159
D) Une capacité de modulation critiquable dans sa mise en oeuvre.....	160
1) Un exercice non soumis au principe du contradictoire.....	160
2) L'usage potentiellement inconséquent de cette capacité par le Conseil : la décision 10 QPC du 2 juillet 2010.....	162
3) Le risque d'interprétation discordante des effets définis par le Conseil : l'exemple de la résurrection de l'arrêt Perruche.....	163
4) Le risque de discordance dans l'articulation des effets des contrôles de la loi : les péripéties de la garde à vue.....	167

§3 : L'articulation complexe de la QPC avec les autres procédures : l'exemple des procédures d'urgence en contentieux administratif..... 169

A) L'appréhension de la QPC par le juge de l'urgence.....	170
1) L'arrêt Diakité, premier exemple d'articulation entre la QPC et les procédures d'urgence.....	170
2) L'extension de l'office du juge du référé liberté comme juge de la loi.....	173
B) Le juge de l'urgence et la QPC : quelques éléments de réflexion.....	178
1) La QPC et le référé suspension.....	178
2) La QPC et la notion de liberté fondamentale.....	180

Section 2 : Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ?	184
§1 : Les ambivalences de la procédure de contrôle	187
A) Une procédure de contrôle subjective ou objective ?	187
1) Le choix de l'objectivisme.	187
2) Les apories de l'objectivisme.	189
B) Une procédure de contrôle prioritaire ou subsidiaire ?	192
1) Subsidiarité au regard des contrôles de conventionnalité	192
2) Subsidiarité au sein du contrôle de constitutionnalité.	194
§2 : Les insuffisances de la technique de contrôle	197
A) L'insuffisance de la technique de pondération : quelle proportionnalité ?	198
1) Inhérence de la pondération.	198
2) Carence dans la pondération	200
B) L'insuffisance de la technique de motivation : quelle légitimité ?	203
1) Exigence de motivation.	203
2) Carence de la motivation.	205
 <u>Conclusion partie I</u>	 209

PARTIE II-L'IMPACT DE LA QPC SUR L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE :UNE MUTATION DU DUALISME JURIDICTIONNEL AU SEIN D'UNE STRUCTURE TERNAIRE211

CHAPITRE 1 :un réagencement dynamique des rapports entre juridictions	215
Section 1 : Diversité et complexité des nouvelles frontières juridictionnelles	216
§1 : Les juridictions suprêmes dans l'ordre interne	217
A) Les juridictions suprêmes et le juge du fond	217
B) Les juridictions suprêmes entre elles.....	218
C) Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel.....	219
§2 : Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel dans l'ordre externe : la place ambiguë du droit européen	221
A) La séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge du filtre.....	223
1) L'inconventionnalité n'est pas un motif de changement de circonstances	223
2) Le contrôle de conventionnalité : étape de l'examen du caractère sérieux de la question	224
B) L'exclusion du droit de l'Union.....	225
1) L'incompétence du Conseil constitutionnel à l'égard de la loi de transposition fidèle à la directive	225
a) Des lois tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive.....	225
b) Le refus d'étendre son incompétence aux lois tirant les conséquences nécessaires d'un règlement	226
2) Le refus de contrôler la violation manifeste d'une directive par la loi de transposition	227
3) L'indifférence de l'incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union	228
a) L'étape préalable de la caractérisation des droits équivalents	228
b) La marge d'appréciation du législateur	229
c) L'influence annoncée des droits fondamentaux de l'Union.....	230
C) L'internormativité matérielle relative du droit constitutionnel avec la CEDH.....	231
1) La détermination des droits équivalents par le Conseil constitutionnel.....	232
a) Le droit protégé par la Convention EDH n'est pas constitutionnellement garanti	233
b) Le droit protégé par la Convention EDH n'est constitutionnellement garanti que partiellement....	234
c) Le droit protégé par la Convention EDH est constitutionnellement garanti.....	236
2) Le changement de la qualité du dialogue entre le Conseil et la Cour EDH.....	240
Section 2 : Un réagencement source d'ambiguïté pour les juridictions suprêmes...	244
§1 : Les juridictions suprêmes renforcées dans leur office de cour suprême	244
A) Un office confirmé.....	244

B) Un office enrichi de manière asymétrique	245
1) Un contrôle de constitutionnalité effectif pour les décisions de non-renvoi	245
a) Un contrôle diffus limité au caractère sérieux de l'inconstitutionnalité	245
b) Le décorticage des textes à l'occasion de l'examen de recevabilité	248
c) L'identité des technique de contrôle de constitutionnalité	251
2) Un contrôle de constitutionnalité limité pour les décisions de renvoi	258
§ 2 : Les juridictions suprêmes infériorisées de manière inégale dans leur rapport à la loi	260
Section 3 : l'enjeu de l'interprétation : le conseil constitutionnel interprète authentique de la loi ?	265
§ 1 : Les facteurs permissifs	266
A) L'utilisation des réserves d'interprétation dans les décisions QPC et dans les décisions de filtrage	266
1) La transposition de la technique des réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori	267
a) La reprise à l'identique de la typologie des réserves d'interprétation	267
b) La reprise à l'identique de la méthode d'identification des réserves d'interprétation	269
2) Le renouvellement des fonctions des réserves d'interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori	271
a) L'extension de la fonction de préservation de la sécurité juridique	271
b) La rénovation de la fonction de dialogue du Conseil constitutionnel avec les autorités d'application	273
B) La transmission des QPC au CC pour cause d'interprétation non-conforme ou l'emprise du droit vivant	275
1) L'interprétation de la loi pénale par le Conseil constitutionnel : la position sibylline de la Chambre criminelle	275
a) La spécificité de la question dans le champ pénal	275
b) Le refus traditionnel d'un contrôle du « droit vivant »	277
1- Un refus affirmé par la Chambre criminelle en mai 2010	278
2- Un refus renouvelé par la Chambre criminelle	279
c) L'acceptation émergente d'un contrôle du « droit vivant »	280
1- La Chambre criminelle : juge et partie	281
2- L'ouverture relative de la Chambre criminelle	282
2) L'appréciation du caractère sérieux opéré par la Cour de cassation à l'aune de la théorie du droit vivant : l'exemple de l'article 815-17 du Code civil	286
a) L'arrêt de l'action en partage, un moyen légalement prévu	289
1- Un moyen garanti	289
2- Un moyen opérant	290
b) La faculté de demander l'attribution préférentielle du logement, un moyen jurisprudentiellement admis	292
1- La recevabilité de la demande	292
2- Le traitement de la demande	293
§ 2 : Les facteurs de résistance	295
A) La culture judiciaire et l'office de la Cour de cassation	295
1) Les conséquences historiques de la QPC	296
a) Les conséquences du double contrôle de constitutionnalité : le Parlement retrouvé	296
b) « La querelle de l'interprétation » (1083)	299
2) L'office constitutionnel du juge	301
a) Le juge judiciaire, juge naturel de la constitutionnalité	301
b) Le juge administratif et la constitutionnalité du droit	303
B) La difficile hiérarchisation des normes de valeur constitutionnelle : le cas du droit de l'environnement en QPC ?	304
1) QPC et enjeux nouveaux	305
a) Une remise en cause de la relative discrétion du juge constitutionnel en matière de droits de l'environnement	305
b) L'impossible hiérarchie entre les droits fondamentaux et droits environnementaux antagonistes ?	307

c) Figures d'agencement et d'opposition en matière de QPC environnementale.....	308
2) <i>Hypothèses de mises en perspectives de normes contradictoires dans le cadre d'une QPC environnementale</i>	309
a) L'hypothèse du remplacement de la vieille règle devenue désuète par une nouvelle norme.....	309
1- La liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'intégration.....	310
2- Le droit de propriété et les principes de précaution et de réparation.....	310
3- La liberté d'aller et venir et l'ensemble des prescriptions constitutionnelles environnementales.....	312
b) L'hypothèse de l'éclipse la vieille règle démodée par la nouvelle norme.....	313
1- Le droit au travail.....	313
2- Le droit au progrès.....	314
c) L'hypothèse où la nouvelle norme ignore les vieilles règles qu'elle bafoue.....	315

CHAPITRE 2 : l'incidence de la QPC sur le dualisme juridictionnel : le paradigme évolutionniste de l'office juridictionnel..... 317
Section 1 : Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation..... 319

Sous-Section 1 : les spécificités dans l'appréciation par chaque cour suprême des caractères nouveaux et sérieux de la question..... 324

§1 : Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence de la Cour de cassation..... 324

A) La première Chambre civile de la Cour de cassation.....	324
1) <i>Les décisions étrangères aux critères de nouveauté et de sérieux</i>	325
a) Les critères de recours quasi systématique.....	326
1- L'applicabilité du texte.....	327
2- L'absence de précédent.....	328
b) Les critères d'usage exceptionnel.....	329
1- La nature de la question posée.....	329
2- La nature de la norme contestée.....	330
2) <i>Les décisions mettant en œuvre les critères alternatifs de nouveauté et de sérieux</i>	332
a) Le caractère nouveau, cause exceptionnelle de transmission.....	332
b) Le caractère sérieux, cause régulière de transmission.....	334
1- Les questions dépourvues de caractère sérieux.....	335
2- Les questions considérées comme sérieuses.....	337
B) La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation.....	340
1) <i>L'examen du caractère sérieux de la QPC</i>	343
2) <i>Le caractère sérieux utilisé au soutien de la délimitation des dispositions pertinentes dans le cadre de la QPC</i>	346
a) Les dispositions constitutionnelles invoquées.....	346
b) Les dispositions critiquées.....	349
C) La troisième Chambre civile de la Cour de cassation.....	353
1) <i>Le caractère sérieux de la QPC</i>	357
a) Les arrêts de transmission.....	357
b) Les arrêts de non transmission.....	359
2) <i>Le caractère nouveau de la QPC</i>	359
D) La Chambre commerciale de la Cour de cassation.....	360
1) <i>L'examen du caractère sérieux de la QPC</i>	363
a) Les décisions de renvoi.....	363
b) Les décisions de non-lieu à renvoi.....	365
2) <i>L'examen du caractère nouveau de la QPC</i>	367
E) La Chambre sociale de la Cour de cassation.....	368
1) <i>Le rejet du caractère nouveau</i>	370
2) <i>Le caractère sérieux</i>	371
F) La Chambre criminelle de la Cour de cassation.....	375

1) Le caractère sérieux	377
a) Les arrêts de transmission.....	380
b) Les arrêts de non transmission	382
2) Le caractère nouveau.....	385
G) L'Assemblée plénière de la Cour de cassation	386
1) L'examen du caractère sérieux de la QPC.....	388
a) Les arrêts du 20 mai 2011.....	388
b) Les arrêts rendus entre mai et juillet 2010.....	390
1- Les décisions de non-lieu à renvoi	390
2- Les décisions de renvoi.....	391
2) L'examen du caractère nouveau de la QPC.....	392
§2 : Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat	393
A) Eléments de définition du caractère nouveau ou sérieux vu du Conseil d'Etat.....	393
1) La question nouvelle.....	393
2) La question sérieuse	394
B) Forme et longueur de la motivation de l'appréciation du caractère sérieux / nouveau	395
C) Qualité et pertinence de la motivation sur le caractère sérieux / nouveau.....	396
D) Méthodes et champs de l'appréciation effectuée par le Conseil d'Etat	398
E) La maîtrise des fondements constitutionnels nécessaires à l'appréciation	400
F) La question de la prise en compte des motifs tirés de l'inconventionnalité de la disposition législative	402
<u>Sous-section 2 : Les convergences et divergences dans l'appréciation portée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur les caractères sérieux et nouveau des QPC : tableaux de comparaison</u>	404
Section 2 : Une « convergence évolutive » dans la pratique de la QPC par les juridictions suprêmes ?.....	409
<u>Conclusion partie II</u>	414
Conclusion générale.....	419
Annexes.....	423
Bibliographie générale	669
Table des matières	691

ERRATUM (pp. 9-10)

AUTEURS

- **Delphine AUTEM**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Privé).
- **Aurélien BAUDU**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Boris BERNABÉ**, Professeur d'histoire du droit, Université de Franche-Comté, CRJFC (Besançon) – Centre Georges Chevrier (Dijon) (associé).
- **Romain BOUCQ**, Maître de conférences associé à l'Université de Lille 2, CERAPS (Centre d'Études et de Recherches Administratives, Politiques et Sociales).
- **Emmanuel CARTIER**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public), Directeur de l'ERDP.
- **Gaël CHANTEPIE**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit).
- **Audrey DARSONVILLE**, Professeur à l'Université d'Auvergne, Centre Michel de l'Hospital.
- **Thomas DELANLSSAYS**, Doctorant à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Edouard DUBOUT**, Professeur à l'Université Paris Est, SDIE (Sources du Droit, Institutions, Europe).
- **Valérie DURAND**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.
- **David GALATI**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Manuel GROS**, Professeur à l'Université de Lille 2, Doyen honoraire, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Geoffroy HILGER**, Doctorant à l'Université de Lille 2, CRDP- Équipe René Demogue (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit).
- **Arnaud JAUREGUIBERRY** Doctorant à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Centre de Droit européen.
- **Anne JENNEQUIN**, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Centre Éthique et Procédures.
- **Catherine MINET-LETALLE**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.

- **Christophe MONDOU**, Maître de conférences à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Marc PICHARD**, Professeur à l'Université de Lille 2, CRDP-LERADP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Privé).
- **Corinne ROBACZEWSKI**, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Centre Éthique et Procédures.
- **Solange SEGALA DE CARBONNIÈRES**, Maître de conférences à l'Université de Valenciennes, IDP (Institut du Développement et de la Prospective).
- **Isabelle THUMEREL**, Maître de conférences à l'Université du Littoral Côte d'Opale, Laboratoire de Recherche Juridique.
- **Gilles TOULEMONDE**, Maître de conférences - HDR à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Pauline TÜRK**, Maître de conférences - HDR à l'Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).
- **Bertrand WARUSFEL**, Professeur de droit public, ERDP – CERDP, Université de Lille 2
- **Frank ZERDOUMI**, Docteur en Droit public, Université de Lille 2, CRDP-ERDP (Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit- Équipe de Recherche en Droit Public).

**« La question prioritaire de constitutionnalité »
Etude sur le réagencement du procès et de l'architecture
juridictionnelle française**

Résumé

**Etude financée par le GIP Mission « Droit et Justice »,
placée sous la direction de
Emmanuel CARTIER,
Professeur à l'Université Lille 2
PRES- Université Lille Nord de France
Centre de recherche *Droits et Perspectives du droit* (EA 4487)**

L'introduction de la QPC dans le droit français depuis le 1^{er} mars 2010 constitue à n'en pas douter une véritable révolution dans la manière de concevoir la fonction de juger et dans la façon dont le procès sera conçu à l'avenir. Une analyse de cette nouvelle procédure à moyen terme (18 mois) nécessitait par conséquent une remise en perspective de l'ordre juridictionnel qui prend appui sur un réagencement certain de l'architecture du procès dans ses différentes composantes : les parties au procès ; les temporalités du procès (sursis à statuer ; urgence ; réouverture de l'instance, etc.) ; les moyens des parties et leur articulation tactique et stratégique avec les motifs des décisions juridictionnelles ; la représentation des sources du droit au sein desquelles la jurisprudence a dû être resituée et où la question de l'articulation du droit constitutionnel avec les droits communautaire et conventionnel se pose de manière évidente, compte tenu notamment du principe de coopération loyale des juridictions internes et de la primauté du droit communautaire.

Cette reconfiguration du procès et de l'architecture juridictionnelle laisse aussi envisager, à plus ou moins long terme, la possibilité d'une remise en cause de la spécificité de notre système français : le dualisme de juridictions. En effet, derrière un certain nombre de divergences quant à l'exercice du filtrage par les deux juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire, semble se profiler une véritable « convergence évolutive », phénomène bien connu des biologistes, transposé ici au droit et à sa pratique, caractérisé par l'émergence progressive de ressemblances entre espèces différentes soumises aux mêmes contraintes environnementales.

C'est par une analyse raisonnée et rigoureuse de la jurisprudence croisée des deux ordres juridictionnels des deux premières années et par un éclairage comparé mené par deux équipes associant publicistes et privatistes dans des disciplines clés (droit pénal, droit civil, droit constitutionnel, droit administratif, droit communautaire), praticiens (enseignants-chercheurs exerçant la profession d'avocat) et magistrats, que certaines conclusions ont pu être établies et certaines orientations dessinées.

Cette analyse qui prend aussi appui sur les cas belge et italien, les plus proches du système de contrôle de constitutionnalité *a priori* que nous avons introduit en France, a par ailleurs été enrichie par une étude sur le terrain des pratiques issues des mondes judiciaire et administratif pour lesquelles une série d'entretiens a été menée dont les données furent croisées avec les résultats de questionnaires adressés aux praticiens du droit et aux magistrats.

Les conclusions de cette étude attestent de l'importance de la dimension processuelle et du jeu des acteurs d'une procédure à l'origine conçue sans véritables perspectives évolutives, à droit constant dans un cadre juridictionnel préexistant ayant ses contraintes et ses logiques propres. Elles éclairent par ailleurs la façon dont certains systèmes relativement anciens et ancrés dans la culture juridique nationale, tels le dualisme juridictionnel français et la singularité de l'office des juridictions suprêmes, peuvent s'adapter à la novation tout en produisant eux-mêmes de nouvelles voies de préservation de leur identité.