



HAL
open science

La question prioritaire de constitutionnalité en France, une question “préjudicielle” singulière

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. La question prioritaire de constitutionnalité en France, une question “préjudicielle” singulière. *Revue de droit comparé* / ~~XXXXX~~, 2019, Vol. LII (n° 2 (190)), pp.59-89. <hal-02940918>

HAL Id: hal-02940918

<https://hal.science/hal-02940918v1>

Submitted on 16 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE EN FRANCE,
UNE QUESTION « PREJUDICIELLE » SINGULIERE

Xavier MAGNON
Professeur de droit public
Institut Louis Favoreu
Aix-Marseille Université

Introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, celle qui deviendra, avec la loi organique du 10 décembre 2009, la question « prioritaire » de constitutionnalité (QPC) était attendue par la doctrine constitutionnaliste française, tellement attendue d'ailleurs que l'on en attendait sans doute trop. C'est une véritable révolution juridictionnelle qui a été annoncée pour son entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Pourtant, la nouvelle voie de droit apparaît d'emblée comme présentant des spécificités qui l'éloignent des questions préjudicielles existantes en Europe. Après une brève présentation générale de cette procédure, il conviendra de proposer une lecture critique des différentes singularités qu'elle présente.

En vertu de l'article 61-1 de la Constitution :

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

Le justiciable est désormais en mesure de soulever, dans une instance en cours, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Il peut ainsi échapper à l'application de la loi dans un procès ordinaire au motif que celle-ci porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le justiciable devient un acteur dans la procédure de sanction de la régularité constitutionnelle des lois : il est à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel, même si, cette saisine est, en principe, subordonnée au passage par un double filtre, le juge du fond devant lequel la QPC est soulevée, d'une part, et la cour suprême dont il relève, Conseil d'État ou Cour de cassation, d'autre part.

La QPC est ainsi, du moins nous le supposons encore ici, une question préjudicielle. La question de constitutionnalité naît dans un litige de droit commun, le litige principal, qui oppose deux parties devant un juge « de droit commun », expression qui permet de le singulariser vis-à-vis du juge « constitutionnel ». Pour échapper à l'application de la loi dans le litige, l'une des parties peut soulever une exception, au sens procédural du terme, lui permettant de faire obstacle au déroulement normal du procès, tirée de l'irrégularité constitutionnelle de la loi. Naît de la sorte un procès incident, tiré de l'inconstitutionnalité de la loi qui doit être appliquée dans le litige

principal. Toutefois, parce que le juge de droit commun n'est pas compétent pour résoudre ce procès incident, celui-ci fera l'objet d'une question préjudicielle, transmise au juge compétent, à savoir le juge constitutionnel. Seul ce dernier pourra juger de la constitutionnalité de la loi et faire disparaître la loi inconstitutionnelle de l'ordre juridique, à charge, pour le juge de droit commun, d'en tirer les conséquences dans le procès de droit commun.

La question « préjudicielle » française, même si ce n'est pas cette dénomination qui a été retenue, nous verrons pourquoi, s'inscrit dans ce schéma générique malgré une spécificité : le juge de droit commun saisi du litige principal ne peut pas renvoyer directement au Conseil constitutionnel, il doit d'abord passer par le filtre, comme l'exige l'article 61-1 de la Constitution, des cours suprêmes de l'ordre juridictionnel dont il relève, à savoir, la Cour de cassation pour les juridictions de l'ordre judiciaire, le Conseil d'Etat pour les juridictions de l'ordre administratif. La QPC doit ainsi passer un double filtre, celui du juge saisi au fond puis celui de la cour suprême dont il relève, avant d'être examinée par le Conseil constitutionnel.

D'un point de vue procédural, la QPC est qualifiée de « moyen » par l'article 23-1 alinéa 1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel¹ et elle doit être présentée par les parties au procès dans un « écrit distinct et motivé ».

En substance, l'ordonnance de 1958 prévoit deux types de conditions pour qu'une QPC puisse être déférée devant le Conseil constitutionnel en fonction du niveau du juge du filtre. Devant les juges du fond, il est question de conditions de *transmission*, devant les cours suprêmes de conditions de *renvoi*. En vertu de l'article 23-2 de l'ordonnance, la *transmission* est subordonnée à la réunion de trois conditions :

- « 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 ».

Selon l'article 23-5 de la même ordonnance, il est procédé au *renvoi* au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation si « les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

Ces deux séries de conditions, en partie communes, tel est en l'occurrence le cas des deux premières conditions qui sont ainsi examinées, à deux reprises, par le juge de la transmission et par le juge du renvoi, méritent de brèves explications.

¹ La loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a modifié l'ordonnance de 1959.

La première condition renvoie au lien devant exister entre le procès principal, le procès « ordinaire », et le procès incident, à savoir la question de constitutionnalité. Le législateur organique a opté pour un lien souple entre les deux procès. Il suffit que la loi soit, au minimum, *applicable* au litige pour que la QPC portant sur sa constitutionnalité puisse être transmise ou renvoyer.

La deuxième condition vise à éviter que le Conseil constitutionnel n'ait à se prononcer à plusieurs reprises sur la constitutionnalité d'une même disposition législative. Ainsi, lorsqu'une disposition législative a été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision et, a ajouté ultérieurement le Conseil constitutionnel², qu'elle a été spécialement examinée, c'est-à-dire qu'elle a fait l'objet, dans la décision, d'une motivation explicite en faveur de sa conformité à la Constitution, elle ne peut être de nouveau examinée. Il n'est donc pas possible, en principe, de revenir sur une déclaration de conformité à la Constitution. L'article 23-2 prévoit toutefois une exception en cas de « changement de circonstances ». Seul un changement de circonstances justifie un nouvel examen.

Ce changement peut être aussi bien un changement de circonstances de fait qu'un changement de circonstances de droit. Pour le Conseil constitutionnel, en effet, le « changement de circonstances » doit être en effet entendu comme visant « les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »³.

Sont considérés comme des changements de circonstances de fait, des « changements dans les conditions de mise en œuvre » d'une disposition législative⁴. À propos de la contestation de dispositions législatives relatives la loi garde à vue, le Conseil constitutionnel a, par exemple, relevé en ce sens, la banalisation du « recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures » ou encore le fait « que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 »⁵. Ce sont donc bien ici des éléments de fait, tirés de l'application concrète de la loi, qui entrent en ligne de compte pour apprécier le changement de circonstances.

Les changements de circonstances de droit sont plus facilement identifiables. Il faut penser en premier lieu aux révisions constitutionnelles intervenues postérieurement à une déclaration d'inconstitutionnalité⁶. Cette situation n'est pas purement théorique, en particulier lorsque l'on rappelle que la Charte de l'environnement a été adossée à la Constitution par la révision

² CC, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], cons. 4.

³ CC, n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 13.

⁴ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et a.* [Garde à vue], cons. 15.

⁵ *Loc. cit.*, cons. 18.

⁶ A propos de l'article 4 de la Constitution dans sa rédaction consécutive à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : CC, n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme M. Le Pen* [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle], cons. 4.

constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Toutes les dispositions législatives « validées » par le Conseil constitutionnel dans l'un de ses décisions avant cette date peuvent donc de nouveau être examinées si leur sont opposées des dispositions de la Charte de l'environnement. Il peut encore s'agir d'une modification de la rédaction de la disposition législative contestée par la voie d'une QPC, après l'exercice d'un premier contrôle⁷. Dans le prolongement et la même perspective, un changement du contexte législatif dans lequel s'insère une disposition législative constitue un changement de circonstances de droit⁸. Un changement de jurisprudence du Conseil constitutionnel doit également être considéré comme constituant un tel changement de circonstances⁹.

La troisième et dernière condition varie selon que la QPC est examinée devant les juges du fond ou devant les cours suprêmes. Devant les premier, la question ne doit pas être « dépourvue de caractère sérieux ». L'exigence liée au degré d'« irrégularité » de la disposition législative contestée est faible. Il suffit d'un simple doute sur la régularité constitutionnelle de la loi pour transmettre la question. Devant les cours suprêmes, l'exigence est plus sévère car il est nécessaire que la QPC « présente un caractère sérieux ». Le double filtre prend ici tout son sens. Le sérieux de la requête est véritablement apprécié au niveau des cours suprême, ce qui témoigne d'une forte centralisation dans l'appréciation de cette condition. Cette relative rigidité est toutefois compensée par une condition alternative au caractère sérieux, à savoir le caractère nouveau de la question. Il en résulte que, même en l'absence de caractère sérieux, une QPC peut être renvoyée au Conseil constitutionnel dès lors qu'elle est une question nouvelle. Cette dernière notion doit être entendue comme recouvrant des situations dans lesquelles le Conseil constitutionnel pourra être « saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application »¹⁰.

Ce double filtre passé, le Conseil constitutionnel est saisi de la QPC sur laquelle il doit se prononcer dans un délai de 3 mois. Concernant les délais, les juges du fond doivent statuer « sans délai » sur la QPC ; les cours suprêmes ayant un délai de 3 mois pour le faire.

L'article 62 alinéa 2 de la Constitution prévoit les effets d'une censure par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative :

« 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 ».

⁷ CC, n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, M. Jean-Paul H. [*Financement des campagnes électorales et inéligibilité*], consid. 7 et 8.

⁸ CC, n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 15.

⁹ CC, n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011, M. Abderrahmane L. [*Déferrement devant le procureur de la République*], cons. 11.

¹⁰ CC, n° 2009-595 DC, *précit.*, cons. 21.

Cette disposition constitutionnelle a été explicitée par le Conseil constitutionnel dans un § de principe en vertu duquel :

« Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». 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. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de 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 ».

L'effet de principe d'une censure est donc celui de l'abrogation, la disposition législative ne disparaissant que pour l'avenir de l'ordre juridique. Cet effet de principe a été complété par le Conseil constitutionnel par une application immédiate de la censure aux instances en cours, celle qui a donné lieu à la QPC, comme toutes les autres instances en cours au moment de la censure.

Autre possibilité, le Conseil constitutionnel peut prononcer une abrogation différée, c'est-à-dire prévoir l'abrogation d'une disposition législative à une date ultérieure, après la décision de censure. Cette abrogation différée ouvre une période transitoire qui permet au législateur de modifier la loi pour prendre acte de la censure. Aussi intervient-elle lorsque le prononcé de l'inconstitutionnalité conduit à une absence de réglementation du domaine visé par la disposition législative censurée, comme ce fût le cas pour les dispositions législatives relatives à la garde à vue. Une fois ces dernières déclarées contraires à la Constitution, il n'était plus possible d'user de la garde à vue, et le Conseil constitutionnel ne pouvait poser les règles nouvelles à même de garantir des conditions de garde à vue conformes à la Constitution. Comme l'affirme fréquemment le Conseil constitutionnel, il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »¹¹ ; seul le législateur peut, en substance, intervenir pour régir le domaine couvert par la disposition législative censurée comme, par exemple, pour établir les conditions de garde à vue. Le Conseil constitutionnel n'a aucune compétence pour fixer une réglementation provisoire jusqu'à l'intervention du législateur.

¹¹ Voir sur ces différents points à propos de la garde à vue : CC, n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 30.

L'abrogation différée soulève en conséquence une question, celle de l'application de la loi durant la période qui s'écoule entre le moment où la loi est censurée par la décision et la date d'abrogation. Durant cette période, le Conseil constitutionnel a envisagé une alternative : soit la loi continue à s'appliquer, notamment en raison des « conséquences manifestement excessives » auxquelles aboutirait sa non-application, ce qui était le cas dans l'affaire de la garde à vue ; soit il demande aux juges de surseoir à statuer dans les instances en cours portant sur l'application de la disposition législative déclarée contraire à la Constitution jusqu'à l'intervention du législateur et, plus précisément, jusqu'à la date d'abrogation à laquelle le législateur est supposé être intervenu¹².

Enfin, la remise en cause « des effets que la disposition a produits » renvoie à la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire produire des effets rétroactifs à la censure¹³. Il existe déjà une rétroactivité procédurale de principe, formalisée dans le § de principe du Conseil constitutionnel et qui accompagne l'abrogation immédiate, qui concerne toutes les instances en cours. Plus précisément c'est une rétroactivité qui porte sur les situations en cours et, pour être plus précis, parmi ces situations en cours, les instances en cours. Plus largement, toutes les situations en cours peuvent être concernées par une censure, c'est-à-dire toutes les situations dans lesquelles une situation juridique est née, mais elle n'est pas encore achevée au moment de la censure. Un usager du service public, par exemple, a saisi l'administration d'une demande, avant la décision du Conseil constitutionnel, et qui n'a pas, au moment de cette décision, fait l'objet d'une réponse de la part de l'administration. La situation est en cours.

Au-delà des situations en cours, la rétroactivité peut être totale. Dans cette dernière situation, la disposition législative est censée ne jamais avoir existé. Il est alors nécessaire de rétablir les situations couvertes par la loi comme si celle-ci n'avait jamais été adoptée : soit il est possible de rétablir les situations comme si la loi n'était jamais intervenue, soit il est nécessaire d'indemniser financièrement les préjudices nés de l'application de la loi déclarée inconstitutionnelle.

La rétroactivité peut également, tout en dépassant les situations en cours, être limitée dans le temps. Il est ainsi possible de déterminer une date à laquelle les effets produits par une disposition législative seront considérés comme n'étant jamais intervenus, sans que ce soit la date de promulgation de la loi. En matière fiscale, par exemple, il est ainsi possible de prévoir une rétroactivité d'une censure d'une disposition législative instituant un impôt, permettant, par exemple, un remboursement des sommes versées en application de cet impôt mais dans le délai de prescription¹⁴. Il y a bien rétroactivité, des situations nées antérieurement à la décision de censure vont bénéficier de la censure, mais seulement certaines d'entre elles vont en bénéficier.

¹² CC, n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Crystallisation des pensions]*, cons. 12.

¹³ Voir par exemple, de manière implicite : CC, n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, cons. 9.

¹⁴ Voir par exemple : CC, no 2010-52 QPC, 14 oct. 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, cons. 9.

Ces rappels généraux doivent être lus selon une perspective critique afin de montrer en quoi et combien cette question « préjudicielle/prioritaire » est singulière en Europe dans son principe comme dans ses modalités d'exercice.

Plusieurs éléments méritent d'être évoqués à l'appui de la singularité de la QPC. Sa qualification de « prioritaire » mérite en premier lieu d'être interrogée, alors que cette voie de droit est concurrencée par une autre voie de contestation de la régularité de la loi à savoir l'inconventionnalité de la loi, c'est-à-dire l'irrégularité de la loi au regard de conventions internationales. Sa nature même de question préjudicielle pose en deuxième lieu question. Le caractère abstrait du contrôle est encore significatif en troisième lieu. En quatrième lieu, le filtre des cours suprêmes présente une singularité dans le paysage européen qui marque une tendance restrictive à l'admission de la contestation de la loi *a posteriori*. En cinquième et dernier lieu, la protection exclusive des droits et libertés que la Constitution garantit et non pas l'ensemble des dispositions constitutionnelles tend à faire de cette procédure une voie de droit subjective dans la sanction du respect de la Constitution.

- Une voie de droit concurrencée par le contrôle de conventionnalité diffus

Récente, la QPC est introduite en France dans un contexte inédit par rapport à celui existant dans les autres Etats européens qui ont fait le choix d'instituer une telle voie de droit. En effet, au moment où la question de constitutionnalité est introduite en France, il existe déjà un autre moyen de contester la régularité de la loi et ce devant l'ensemble des juridictions françaises en invoquant l'irrégularité de la loi par rapport à un traité international, on parlera de contrôle de *conventionnalité* de la loi, par opposition au contrôle de *constitutionnalité* de la loi. Cette situation est une conséquence de l'article 55 de la Constitution tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel.

En vertu de l'article 55 de la Constitution,

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Cette disposition constitutionnelle pose ainsi le principe de primauté des traités internationaux sur les lois, sans, cependant, indiquer à qui il appartient et, en particulier, à quelle juridiction, il revient de sanctionner le respect de ce principe de primauté. La lecture qui avait pu être faite par les juridictions de droit commun consistait à soutenir qu'à partir du moment où la Constitution pose le principe de primauté des traités, toute méconnaissance de ce principe de primauté est une méconnaissance, même indirecte, de la Constitution. S'ajoute à cette lecture de l'article 55 de la Constitution, la réticence traditionnelle des juges de droit commun à exercer un contrôle de la régularité des lois qui trouve son fondement juridique dans la loi des 16 et 24 août 1791 et, plus précisément, dans l'article 10 de son titre II, toujours en vigueur, en vertu duquel :

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

Toute appréciation de la régularité de la loi, que ce soit au motif de son inconstitutionnalité ou de son inconventionnalité, est interprétée comme une immixtion dans l'exercice du pouvoir législatif, formellement proscrite par la loi de 1790.

Ces deux éléments ont conduit les juges de droit commun à résoudre les conflits entre les traités internationaux et les lois, à l'instar de ce qui se faisait déjà sous la IV^{ème} République, la Constitution du 27 octobre 1946 affirmant à la fois que les traités « ont force de loi » (art. 26), tout en « ayant une autorité supérieure à celle des lois internes » (art. 28), en application de l'adage *lex posterior derogat priori*. Les traités sont ainsi considérés comme ayant la même valeur que la loi et le conflit entre un traité et une loi est résolu comme un conflit entre deux lois, en appliquant la norme la plus récente. Autrement dit, la primauté des traités n'est sanctionnée que si le traité est postérieur à la loi, si celle-ci est postérieure à celui-là, c'est la loi qui est appliquée.

Cette situation n'a pu perdurer que parce que le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité institué par l'article 61 alinéa 2 de la Constitution¹⁵, n'avait jamais eu à se prononcer sur un éventuel grief tiré de l'inconventionnalité de la loi. La question de savoir si une question de conventionnalité était une question de constitutionnalité indirecte, de violation du principe de primauté posé par l'article 55 de la Constitution, n'avait donc pas été résolue par le Conseil constitutionnel. Il le fit dans une décision du 15 janvier 1975 portant sur la constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, décision dite « *IVG* »¹⁶. Le contexte constitutionnel est significatif dans la mesure où la Constitution française, dans ses différents éléments (Constitution du 4 octobre 1958, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, plus tard... la Charte de l'environnement de 2004), ne consacre pas un « droit à la vie », potentiellement opposable à la loi relative à l'IVG. En revanche, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, ratifiée par la France en 1974, consacre dans son article 2 le droit à la vie. C'est précisément, du moins pour ce qui nous intéresse ici, ce grief qui a été soulevé à l'encontre de la loi devant le Conseil constitutionnel. Celui-ci a rejeté sa compétence pour

¹⁵ En vertu des deux premiers alinéas de l'article 61 de la Constitution : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

¹⁶ CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

apprécier un tel grief¹⁷, en affirmant en particulier qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »¹⁸. La question de la conformité à un traité international est donc une question distincte de celle de la conformité à la Constitution ; et, si le Conseil constitutionnel n'est compétent que sur les questions de constitutionnalité, le juge de droit commun l'est implicitement et nécessairement sur celles de conventionnalité. La formule du Conseil constitutionnel doit en effet être interprétée comme habilitant le juge de droit commun à contrôler la conventionnalité des lois.

La Cour de cassation a rapidement suivi le Conseil constitutionnel en se reconnaissant compétente, dans un arrêt de la chambre mixte du 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, pour écarter une loi postérieure à un traité en raison de sa contrariété avec un traité international, consacrant de la sorte une compétence de l'ensemble des juridictions judiciaires pour exercer un contrôle de conventionnalité.

Pour l'ordre administratif, la réaction se fera attendre. Ce qui n'avait dit que de manière implicite en 1975, a été réaffirmée de manière explicite par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a jugé qu'« il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales »¹⁹. De plus, il a reconnu lui-même sa compétence pour apprécier la conventionnalité des lois, en tant que juge de droit commun, dans le contentieux électoral qui lui est confié par la Constitution²⁰. Ces appels du pied insistant feront que le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, *Nicolo* se reconnaitra compétent, et avec lui toutes juridictions administratives, pour exercer un contrôle de conventionnalité des lois.

En conséquence du triptyque *IVG/Jacques Vabre/Nicolo*, coexistent en France, au moment de la révision de 2008, un *contrôle diffus de conventionnalité* des lois devant tous les juges de droit commun, mais dont est exclu le Conseil constitutionnel, et un *contrôle concentré de constitutionnalité* aux mains de ce dernier et exercé exclusivement *a priori* sur le fondement d'une saisine portée par des autorités politiques²¹. Au moment de compléter le contrôle *a priori* par un contrôle *a posteriori*, la nouvelle procédure se trouve dans une situation concurrentielle défavorable vis-à-vis du contrôle de conventionnalité. En effet, celui-ci est exercé depuis longtemps, malgré, sans doute, la faiblesse du réflexe conventionnel des avocats ; il relève de la compétence du juge de droit

¹⁷ Selon une motivation pour le moins discutable : « les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (cons. 4).

¹⁸ Cons. 5.

¹⁹ CC, n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 6

²⁰ En l'espèce à propos du contentieux de l'élection des députés, le Conseil constitutionnel étant alors un juge de l'application de la loi et non pas un juge de la régularité de la loi : CC, n° 88-1082/117 AN, 21 octobre 1988, AN Val d'Oise 5^{ème}, cons. 4 et 5.

²¹ Voir *supra* l'article 61 alinéa 2 de la Constitution déjà évoqué, note n° .

commun qui statue seul sur le grief et résout, dans le même temps, le procès principal et il ne nécessite pas de procédure supplémentaire au-delà du contentieux principal, le grief d'inconventionnalité étant pleinement intégré à celui-ci. Face à ce mécanisme, la question de constitutionnalité, telle qu'elle est prévue par le pouvoir de révision constitutionnelle en 2008, paraît beaucoup plus lourde. Au-delà du juge du fond, seront mobilisés la cour suprême de l'ordre juridictionnel dont relève ce juge du fond et le Conseil constitutionnel, ce qui multiplie les incertitudes quant au sort de la question de constitutionnalité. De plus, la durée de la procédure peut apparaître plus longue, plus chère, la question du recours aux avocats aux conseils se posant. Certes, si l'inconventionnalité n'aboutit, devant le juge de droit commun, qu'à écarter l'application de la loi dans le litige, celle-ci pouvant être appliquée dans un autre litige ; la question de constitutionnalité conduit à la disparition totale de la loi déclarée inconstitutionnelle. Il n'en reste pas moins, qu'à part les requérants institutionnels ou les associations qui ont intérêt à la disparition absolue de la loi, la plupart des justiciables ordinaires souhaitent seulement gagner leur procès en évitant que la loi dont la régularité est contestée ne leur soit appliquée.

Face à cette situation, le législateur organique, au moment d'explicitier l'article 61-1 de la Constitution, a opté pour un double mécanisme susceptible de rétablir l'équilibre entre les deux contrôles et même de donner un avantage concurrentiel à la question de constitutionnalité. Le premier moyen est un moyen en cas de conflit potentiel direct entre les deux contrôles, à savoir lorsque les deux griefs sont simultanément invoqués devant le juge. En effet, lorsque sont soulevés à la fois le grief tiré de l'inconventionnalité d'une disposition législative et celui de l'inconstitutionnalité de cette même loi, « priorité » (art. 23-2 al. 5 de l'ordonnance de 1958) dans l'examen du grief doit être donné au moyen d'inconstitutionnalité. Les deux griefs sont donc hiérarchisés, au profit du moyen d'inconstitutionnalité. Cette priorité est forte car c'est précisément cette priorité d'examen qui donne son nom à la question de constitutionnalité, dénommée « question prioritaire de constitutionnalité ». Il faut voir là l'une des justifications majeures qui a emporté la conviction des parlementaires afin qu'ils acceptent la mise en place d'un contrôle *a posteriori* de leur propre production normative²², alors que, il convient de le rappeler, par deux fois, ils avaient mis en échec des réformes en ce sens en 1990 et 1993, à savoir restituer la place de la Constitution dans l'ordre juridique interne face aux traités internationaux. Il existe une dimension nationaliste à l'institution d'une question prioritaire : rétablir la place de la Constitution dans l'examen de la régularité des lois alors que, quotidiennement, celles-ci peuvent être remises en cause, devant n'importe quel juge, parce qu'elles méconnaissent un traité international. Ce premier moyen n'est toutefois efficace que si les deux moyens sont invoqués

²² En vertu de l'article 89 de la Constitution relatif à la procédure de révision constitutionnelle, pour qu'un projet ou qu'une proposition de loi de révision constitutionnelle puisse être valablement adoptée, il est nécessaire que les deux assemblées se mettent d'accord sur le texte du projet ou de la proposition de révision. En outre, si le Président de la République le décide, il peut soumettre un projet de loi de révision constitutionnelle (adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées, on l'a vu) au Congrès, réunion des deux chambres du Parlement, qui ne pourra l'adopter qu'à la majorité des 3/5^{ème} des suffrages exprimés. Dans cette dernière hypothèse, il existe un double barrage parlementaire.

simultanément. Si le justiciable décide de ne pas soulever de moyen d'inconstitutionnalité, mais seulement un grief d'inconstitutionnalité, la priorité est inutile.

Le second mécanisme est, à nos yeux, le plus décisif. Il impose aux juges du fond saisis d'une QPC de statuer sur celle-ci « sans délai » (art. 23-2 alinéa 1 de l'ordonnance de 1958). Alors que le grief d'inconventionnalité sera apprécié au moment du jugement au fond, et que son examen dépend donc des délais pratiques de jugement, le moyen d'inconstitutionnalité est examiné sans délai. De plus, la cour suprême dispose ensuite d'un délai de 3 mois pour statuer et le Conseil constitutionnel du même délai pour apprécier la constitutionnalité de la loi. En théorie, en un peu plus de 6 mois, un justiciable peut avoir une réponse sur la régularité de la loi applicable au litige qui le concerne, quand il faudra parfois attendre plusieurs années pour un jugement au fond, portant sur le grief d'inconventionnalité. En pratique, le délai de jugement est inférieur à 6 mois, ce qui fait de la QPC une voie de droit extrêmement efficace pour le justiciable en termes de célérité.

Il existe sans doute un dernier mécanisme qui a joué en faveur de la QPC, il n'est écrit dans aucun texte normatif : il s'agit de la communication autour de la mise en place de la QPC. Le Conseil constitutionnel, selon la volonté de son président alors, Jean-Louis Debré, a en effet transmis à tous les avocats de France un CD-Rom présentant la jurisprudence du Conseil constitutionnel en les informant de la mise en place de cette procédure. Le succès pratique de la QPC, combiné à une certaine diffusion médiatique de certaines QPC, a fini de développer, chez les avocats, un réflexe constitutionnel.

- Une question préjudicielle ?

La « question préjudicielle » est une technique juridique dont les modalités d'exercice sont variables. Elle est une technique juridique qui s'inscrit dans le cadre de l'aménagement du calcul des défauts dans un système juridique donné, c'est-à-dire qu'elle représente l'une des modalités possibles permettant de garantir la régularité des comportements ou des normes sous le contrôle d'un juge dans un système juridictionnel complexe. Cet angle d'approche est fonctionnel. La question préjudicielle sera appréhendée à partir de la fonction qui lui est attribuée dans un schéma de calcul des défauts, en tant que mécanisme visant à préserver la régularité dans un système juridique donné. La démarche entreprise consistera par ailleurs à postuler, selon une démarche de type analytique, les éléments propres à identifier une question préjudicielle, sous cet angle technique, pour les confronter au régime juridique de la QPC.

La proposition²³ sera la suivante : dans un cadre juridictionnel, la mise en place d'une question préjudicielle vise à préserver la compétence exclusive d'une juridiction (le juge *a quem*) sur une

²³ Elle n'a pas vocation à être vraie ou à être plus vraie que d'autres propositions, mais à permettre une meilleure compréhension de l'objet qu'elle entend décrire.

question particulière, en permettant à d'autres juridictions (les juges *a quo*) de lui transmettre une question qui relève de cette compétence, alors que cette question est posée à l'occasion d'un litige que ces dernières doivent résoudre et qu'elles ne peuvent le faire sans que cette question l'ait été au préalable. Deux critères sont mis en évidence : *la compétence exclusive du juge a quem et le lien de dépendance strict entre le procès principal et le procès incident.*

Ce qui justifie le lien procédural, entre les juridictions incompetentes et la juridiction competente pour traiter la question, et donc la possibilité de renvoi, réside dans le fait qu'il existe un lien de dépendance entre ce que les juridictions doivent juger au fond et la question qui ne saurait être résolue que par le juge qui dispose de la compétence exclusive. Le procès principal exige que le procès incident relevant de la compétence d'une autre juridiction le soit au préalable pour pouvoir valablement résoudre le procès principal.

De plus, la question préjudicielle repose sur la volonté de préserver la compétence d'une juridiction. Or, il est possible que cette compétence affecte celle d'autres juridictions dans l'exercice de leurs compétences. Il ne faut pas que la compétence exclusive reconnue à un juge, et donc l'incompétence des autres juridictions, fasse obstacle à l'exercice des compétences de ces dernières. La saisine de la juridiction unique sera alors justifiée à chaque fois que le procès qui relève de la compétence des juges de renvoi est affecté au point qu'il ne peut être résolu sans que le procès incident ne le soit.

De ces deux critères premiers, il est possible de tirer certaines conséquences contentieuses. L'exclusivité de la compétence de la juridiction implique, par exemple, que la solution donnée à la question s'impose au juge *a quo*. En revanche, la possibilité pour le juge *a quo* de soulever d'office une question préjudicielle ne semble pas découler de l'un des deux critères retenus. Ni l'exclusivité de la compétence du juge *a quem*, ni le lien entre les deux procès n'impose de soulever la question. Le système peut réserver au juge *a quo* le soin de soulever la question, à l'inverse, le réserver au justiciable, ou encore permettre aux deux de le faire, sans qu'aucun des deux critères privilégiés ne soit affecté. Que le juge ou le justiciable soit à l'origine de la question, il appartiendra toujours au juge *a quo* d'apprécier le lien entre le procès principal et le procès incident. En conséquence, l'interdiction faite par l'article 23-1 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 au juge *a quo* de soulever d'office une QPC ne préjuge en rien de ce que celle-ci pourrait être qualifiée ou ne pas être qualifiée de question préjudicielle.

L'usage des deux critères proposés pour la résolution de la question de la nature de la QPC conduit à un constat plus que nuancé alors que la compétence du Conseil constitutionnel pour apprécier la régularité de la loi est concurrencée et que le lien entre le procès principal et le procès incident est pour le moins souple, témoignant ainsi de la *préjudicialité* relative de la QPC.

Sur le premier point, la concurrence dans l'appréciation de la régularité de la loi, il y a lieu de rappeler l'existence d'un contrôle diffus de conventionnalité. De plus, concernant le contrôle *a*

posteriori, face à la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, le juge administratif, et non le juge judiciaire d'ailleurs, se réserve une compétence pour constater l'abrogation implicite d'une loi antérieure à la Constitution. Ce contrôle, également admis par le Conseil constitutionnel dans la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²⁴ au prix d'une interprétation plus que subtile, souffre certes désormais de l'existence de la QPC. Il n'exclut pas pour autant un maintien de la compétence du juge administratif pour constater ou, si l'on évite l'euphémisme, pour contrôler la constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution qui affecteraient cette dernière dans ses dispositions qui ne sont pas des droits et libertés. Le domaine d'application de cette jurisprudence sera certes réduit ; il n'en demeure pas moins en principe²⁵.

Sur le second, au regard des conditions de renvoi et de transmission, le contraste est saisissant si l'on compare la France avec l'Italie. La comparaison est justifiée car le contrôle de constitutionnalité exercé par la voie incidente par la *Corte costituzionale* a inspiré le mécanisme français²⁶. En Italie, l'une des deux conditions de recevabilité de la question²⁷ porte sur la « *rilevanza* » de la question. Selon les termes de l'article 23 de la loi du 11 mars 1953 n° 87²⁸, il faut que, pour l'auteur du renvoi à la Cour, le jugement ne puisse « être défini indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle ». Cette condition signifie « que l'instauration du jugement constitutionnel et donc la mise en œuvre d'un mécanisme de garantie objective, ayant une signification générale (le contrôle de la légitimité constitutionnelle de la loi), sont subordonnées à une condition particulière, qui se vérifie par l'utilité de la question pour la résolution d'un litige particulier »²⁹. Le pendant de cette condition en France est fixé par l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui prévoit que la disposition contestée dans le cadre d'une QPC doit être « applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Sans qu'il soit besoin d'éclairer cette condition à partir des travaux parlementaires, il est incontestable que le lien exigé entre les deux procès est distant : il suffit que

²⁴ CC, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *précit.*, cons. 4. La formule selon laquelle « la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence » ayant été interprétée comme envisageant le conflit entre la Constitution et les lois antérieures comme un rapport d'ordre chronologique, pouvant en conséquence être résolu par le juge de droit commun.

Si le Conseil d'Etat exerçait déjà un tel contrôle avant la décision du Conseil constitutionnel (voir par exemple : CE, 27 juin 1973, *Ville de Marseille*, n° 85510), la Cour de cassation s'y est refusée (Crim., 18 nov. 1985, *Guerinot et Gibourdel*, n° 84-90152, *Bull. crim.* 1985 n° 359).

²⁵ Pour une application après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 mais avant l'entrée en vigueur de la QPC et pour une abrogation ne s'appuyant pas sur une atteinte aux droits et libertés : CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n° 305314 et 305315, inédit. Voir également, sur la même période et également à propos d'une question de compétence, mais ne constatant pas l'abrogation implicite : CE, 12 janvier 2009, *France Nature Environnement*, n° 289080, inédit.

Voire encore, de manière plus étonnante sous la même période, un refus de constater une abrogation implicite en cas d'atteinte à des droits et libertés constitutionnels : CE, 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 295637.

²⁶ Voir sur cette question : J.-J. Pardini, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, pp. 101-122.

²⁷ Rappelons ici qu'il s'agit de condition de recevabilité de la question en Italie alors que les conditions « équivalentes » en France sont des conditions de transmission et de renvoi.

²⁸ *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, G.U., n° 62, 14 marzo 1953.

²⁹ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2^{ème} édition, 1988, p. 194.

la loi soit *applicable* au litige. La mise en œuvre concrète de cette condition est incertaine et l'on ne voit pas très bien ce qu'est, concrètement, une disposition « applicable » au litige. La pratique contentieuse est venue éclairer cette dimension et, si le Conseil d'Etat s'en tient à la lecture souple imposée par l'ordonnance organique, la Cour de cassation a, *contra legem*, retenu une interprétation plus stricte de cette condition.

Dans l'appréciation de cette condition³⁰, le Conseil d'Etat a pu juger, par exemple, selon une formule générique, qu'il était nécessaire que la disposition invoquée soit « non dénuée de rapport avec les termes du litige »³¹. Cette appréciation souple du lien a également permis au Conseil d'Etat de renvoyer une QPC portant sur une disposition législative dont l'éventuelle censure n'emportait aucune conséquence sur la résolution du litige principal, avec les effets problématiques que cette solution a emporté en pratique par la suite³².

Cette distance entre le procès incident et le procès principal, voulue par le législateur, se confirme plus largement dans l'ensemble du contentieux relatif à la QPC : aucun élément du procès principal n'apparaît dans la motivation du juge constitutionnel et la déclaration de conformité à la Constitution, résultant d'un examen spécial de la disposition contestée aux griefs invoqués ou soulevés par le juge, présente un caractère absolu, c'est-à-dire qu'elle vaut pour tous les griefs potentiellement invocables à son encontre. L'appréciation par le Conseil constitutionnel d'un éventuel changement de circonstances, susceptible de recouvrir des changements de circonstances de fait, pour permettre un nouvel examen d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision *et après avoir fait l'objet d'un examen spécial par le Conseil constitutionnel*³³ apparaît bien maigre. Plus qu'un élément concret du procès constitutionnel, c'est une appréciation, éventuellement factuelle, de la possibilité de réexaminer une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution, en tant que condition de renvoi et de transmission d'une QPC. Autrement dit, c'est une condition à l'exercice du contrôle et non une modalité d'exercice de celui-ci. La prise en compte de « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative »³⁴ à condition qu'elle provienne d'une juridiction suprême³⁵ semble la part minimale de caractère concret dans la détermination de l'objet de son contrôle devant être prise en compte par le Conseil constitutionnel. S'il ne le faisait pas, il pourrait retenir une interprétation de la disposition législative qui lui est déférée qui ne serait pas celle effectivement appliquée en pratique, avec le

³⁰ Voir sur ce point en général : *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, Procédures, 2^{ème} édition, p. 190 et s.

³¹ Voir par exemple : CE, 20 juin 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída*, n° 357798.

³² CE, 14 avril 2010, *Vivianne L.*, n° 329290.

³³ Cette dernière condition, non issue de l'article 23-2 de l'ordonnance organique, a été ajoutée par le Conseil constitutionnel : CC, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*, Rec., p. 128, cons. 4.

³⁴ CC, n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption par une personne seule]*, cons. 2.

³⁵ CC, n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*, cons. 9.

Cette dernière condition pouvant être contestée en opportunité au regard des risques évoqués après.

risque corrélatif de prononcer une déclaration de conformité ou de non conformité à la Constitution d'une disposition législative en s'appuyant sur une interprétation de celle-ci autre que celle retenue par les juges d'application de la loi.

Cette dernière remarque conduit à insister sur le caractère abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

- Une contrôle abstrait issu d'un procès concret

L'une des conséquences possibles pour le juge constitutionnel de la mise en place d'une question préjudicielle est la modification de la nature du contrôle qui n'est plus seulement un contrôle abstrait de norme à norme, la norme législative étant confrontée à la norme constitutionnelle, mais un contrôle plus concret. Encore faut-il s'entendre sur ce qu'est le caractère concret du contrôle. Une question préjudicielle naît d'une situation concrète, d'un procès de droit commun, qui se caractérise par l'application d'une norme en principe générale et abstraite à une situation particulière concernant des personnes en particulier. Il faut ensuite s'interroger dans quelle mesure cette naissance concrète d'une question préjudicielle de constitutionnalité emporte des conséquences sur le jugement de constitutionnalité qui en découle. Le juge constitutionnel peut, par exemple, prendre en compte l'interprétation de la disposition législative telle qu'elle résulte de son application concrète dans le cadre des litiges dans lesquels elle a vocation à s'appliquer. Plus précisément encore, il pourrait prendre en compte la solution potentiellement apportée au litige à l'origine de la QPC pour apprécier la constitutionnalité de la disposition contestée devant lui. La constitutionnalité serait alors appréciée à partir des conséquences que l'application d'une disposition législative peut avoir dans un litige. Plus largement encore, la manière dont les organes d'application de la loi l'interprètent, en dehors des juges, à savoir l'administration ou les destinataires quels qu'ils soient, pourrait également être prise en compte. De manière générique, toute interprétation de la loi qui s'appuie sur son application ou son interprétation concrète pour en apprécier la conformité à la Constitution marque une dimension concrète du contrôle de constitutionnalité. En tout état de cause, la question préjudicielle semble impliquer de manière naturelle une concrétisation du contrôle.

Au regard de cette présentation générique, l'exercice du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC ne témoigne pas d'une concrétisation significative du contrôle mais plutôt d'une concrétisation périphérique.

D'emblée, il convient de relever que le dossier au fond, qui matérialise l'existence du procès principal, n'est pas transmis au Conseil constitutionnel. Celui-ci n'est saisi que du mémoire QPC. Il n'y a donc pas, techniquement, de possibilité de translation d'éléments concrets du litige dans le procès de constitutionnalité. C'est un choix du législateur organique que d'inscrire d'emblée le procès constitutionnel dans une dimension objective, loin des contingences des procès principaux. Cette dimension objective du procès constitutionnel tend à maintenir le caractère

abstrait du contrôle, comme dans le cadre du contrôle *a priori*. Le Conseil constitutionnel ne saurait donc se nourrir des éléments au fond du dossier, faute d'en disposer. Cette tare originelle de la QPC dans la perspective d'une concrétisation du contrôle, si elle éloigne le juge constitutionnel du procès principal, ne saurait toutefois le couper de l'application concrète des dispositions législatives contestées dans le cadre de la QPC. Nous ne reviendrons pas ici sur deux autres éléments déjà abordés, qui témoignent du caractère abstrait du contrôle (l'absence d'éléments du litige principal dans la décision et la déclaration générale de conformité à la Constitution). Il s'agira seulement de mettre en évidence une prise en compte modérée de l'application concrète de la loi, principalement à travers l'appréciation du changement de circonstances et de la possibilité de contester l'interprétation constante d'une disposition législative par les cours suprêmes.

Sur le premier point, il faut tout d'abord relever que l'appréciation du changement de circonstances n'est pas en lien direct avec le contrôle de constitutionnalité de la loi, il autorise seulement l'exercice d'un nouveau contrôle sur une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution. La concrétisation du contrôle ne porte donc sur la possibilité de pouvoir l'exercer et non pas sur son exercice. Elle est déjà relative. Elle n'en existe pas moins lorsque le Conseil constitutionnel prend en compte l'application effective de la loi pour constater l'existence d'un changement de circonstances de fait. La décision du 30 juillet 2010, déjà évoquée, sur la garde à vue, qui demeure d'ailleurs relativement isolée, témoigne de manière significative d'une telle approche. Le Conseil constitutionnel évoque d'abord de manière générique les « changements dans les conditions de (la) mise en œuvre (de la loi qui) ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale » (cons. 15). L'application de la loi et, plus exactement, les changements dans l'application concrète de la loi sont relevées à l'appui du changement de circonstances. Cette appréciation s'appuie en particulier sur des éléments d'ordre statistique et factuels : « la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle » (cons. 16), « entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 » (cons. 17), « plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 » (cons. 18). Le caractère concret, non pas du contrôle de constitutionnalité mais de l'appréciation d'un changement de circonstances, est indéniable.

Sur le second point, le Conseil constitutionnel accepte de contrôler la constitutionnalité d'une disposition législative à partir de la « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative »³⁶, à condition qu'elle provienne d'une juridiction suprême³⁷. La jurisprudence sur cette question demeure souple puisqu'il suffit d'un seul arrêt

³⁶ CC, n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption par une personne seule], cons. 2.

³⁷ CC, n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile], cons. 9.

d'une cour suprême pour constater l'existence d'«une interprétation jurisprudentielle constante»³⁸. Elle permet au juge constitutionnel d'apprécier la conformité à la Constitution d'interprétations jurisprudentielles dès lors que celles-ci sont susceptibles d'être rattachées à des dispositions législatives particulières. Elle a fait l'objet de vives critiques de la part de la Cour de cassation, au moment de sa mise en place, en la personne de son premier président, Vincent Lamanda, qui y a vu une possibilité de remise en cause du monopole interprétatif de la loi par la juridiction suprême. Il reste que cette critique paraît s'appuyer sur des bases théoriques plus que fragiles. Sous cet angle, il semble en effet inévitable que le Conseil constitutionnel doit, lorsqu'il exerce un contrôle sur une disposition législative, la contrôler selon l'interprétation consolidée qu'en retient la cour suprême de l'ordre juridictionnel concerné. A partir du moment où, précisément, le rôle du juge de cassation consiste à centraliser les interprétations législatives, l'on ne voit pas comment le juge constitutionnel pourrait contrôler la loi sans contrôler l'interprétation qui en est donnée par les juges suprêmes. Il faut rappeler ici la distinction entre l'énoncé et la norme, celle-ci étant la signification de celui-là : la norme est la signification d'un énoncé. En d'autres termes, l'interprétation s'impose toujours dès lors que l'on se retrouve face à un énoncé normatif. Sur un même énoncé, l'on voit mal comment le Conseil constitutionnel pourrait ne pas prendre en compte la manière dont il est interprété par l'organe qui, dans le système, est chargé de garantir, au sein de l'ensemble de l'ordre juridictionnel au sommet duquel elle se trouve, l'unité de l'interprétation de la loi. En poursuivant sous cet angle, l'attitude du Conseil constitutionnel dans un certain mouvement de concrétisation de son contrôle est inévitable et consubstantielle au bon fonctionnement de la procédure QPC. Il est difficile d'y voir une véritable tendance active à la concrétisation.

Pour qu'il en soit ainsi, il aurait fallu que le Conseil constitutionnel aille plus loin. Réserver l'application de cette jurisprudence aux interprétations des cours suprêmes n'est pas totalement convaincant. Il peut exister des lois appliquées, en pratique, selon l'interprétation consolidée de plusieurs juridictions du fond, sans jamais que la Cour de cassation ne se soit prononcée sur celle-ci. A ceux qui y verraient une hypothèse d'école, il n'en reste pas moins que la situation pourrait se produire et que l'on voit mal comment la loi pourrait être interprétée *in abstracto*. La question de la prise en compte de l'application de la loi par l'administration marquerait également une tendance vers la concrétisation du contrôle, l'application par l'administration d'une disposition législative permettant ce concrétiser la manière dont est interprétée une disposition législative par un organe d'application de celle-ci. En tant que juge de renvoi, le Conseil d'Etat a toutefois expressément refusé qu'il en soit ainsi³⁹. Au-delà de l'administration, il serait également possible de concevoir la prise en compte de l'interprétation consolidée qu'ont les destinataires d'une norme. *Quid* par exemple d'une pratique commerciale, constante et partagée par l'ensemble des commerçants dans un domaine particulier, qui témoigne d'une certaine interprétation d'une disposition du code du commerce et qui serait contraire à la Constitution. En vertu de sa

Cette dernière condition pouvant être contestée en opportunité au regard des risques évoqués après.

³⁸ CC, n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, cons. 3.

³⁹ CE, 9 juillet 2010, *SARL Veneur*, n° 340142.

jurisprudence, le Conseil constitutionnel refuserait d'exercer un contrôle de cette pratique. Pour autant, pourrait-il faire comme si elle n'existait pas ? Sur le plan de l'interprétation des dispositions législatives contestées, le Conseil constitutionnel assure le service minimum, le moins coûteux d'ailleurs pour lui en pratique, dès lors qu'il est plus facile d'identifier l'interprétation d'une cour suprême, que celles des juridictions du fond, de l'administration et/ou des destinataires des normes.

- Le filtre des cours suprême

Inédit en Europe, le filtre des cours suprêmes semble traduire une double tendance dans la mise en place de la question de constitutionnalité : à la fois une confiance réduite dans la capacité des juges du fond à gérer la QPC et, de manière corrélative, une certaine sur-confiance dans les juridictions suprêmes et une volonté de réduire le nombre de QPC renvoyées au Conseil constitutionnel. D'un point de vue positif, cependant, pour le justiciable, en termes de visibilité, le passage du verrou des cours suprême laisse à penser qu'il aura d'autant plus de chance de voir la disposition législative censurée ou faire l'objet d'une réserve d'interprétation, à savoir une interprétation de la loi conforme à la Constitution, que la QPC aura passé le filtre de la cour suprême. En pratique en effet, le taux de censure des dispositions législatives ayant fait l'objet d'un renvoi est de l'ordre de 40 % environ (non-conformité totale et partielle et réserves d'interprétation⁴⁰). L'avantage de la visibilité est toutefois très relatif compte tenu des brefs délais de jugement.

Sur le premier point, la centralisation du filtre devant les cours suprêmes, celle-ci tend à accroître leur pouvoir dans l'interprétation de la loi comme dans l'interprétation de la Constitution. Les pratiques des cours suprêmes qui en témoignent sont relativement nombreuses. En tout état de cause, l'appréciation du caractère sérieux de la question oblige ces juridictions à exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi, sans toutefois que ce contrôle n'aboutisse directement à une censure. La seule conséquence de ce contrôle réside dans le renvoi ou l'absence de renvoi de la question au Conseil constitutionnel.

A titre d'illustration du pouvoir des cours suprêmes, ces dernières peuvent, par exemple, refuser de renvoyer une QPC en déclarant la disposition législative contestée comme étant conforme à la Constitution⁴¹, y compris parfois en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente du Conseil constitutionnel⁴². Un tel brevet n'a qu'une autorité relative de chose jugée, mais elle n'en

⁴⁰ Pour les tableaux de 2010 à 2015, voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2015-les-5-ans-de-la-qpc-au-conseil-constitutionnel-quelques-chiffres.143503.html>.

⁴¹ Voir par exemple, face au grief tiré du droit au maintien des conventions légalement conclues, l'affirmation selon laquelle la question ne présente pas un caractère sérieux car l'atteinte à ce droit « répond à un motif d'intérêt général et sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fonds suffisantes (Cass., 18 juin 2010, n° 09-71209).

⁴² Voir par exemple : CE, 4 octobre 2010, n° 341845.

constitue pas moins un message fort adressé aux juges du fond sur les chances de succès du renvoi de la question.

La cour suprême peut encore procéder à une interprétation de la disposition législative contrôlée conforme à la Constitution, désamorçant de la sorte l'irrégularité potentielle, pour ne pas renvoyer la question au Conseil constitutionnel⁴³. Cette approche pacificatrice est problématique dans la mesure où une telle interprétation, contrairement à celle qui pourrait être proposée par le Conseil constitutionnel dans une réserve d'interprétation, n'a qu'une autorité relative de chose jugée et non pas absolue. En pratique, l'interprétation neutralisante n'apparaît pas non plus, contrairement, là aussi, aux réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, sur *Legifrance*⁴⁴ sous la disposition législative en question.

La cour suprême peut enfin, en application des critères posés par le Conseil constitutionnel, refuser la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, catégorie générique de principes constitutionnels non écrits dont l'existence est reconnue par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et refuser de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne présente pas un caractère nouveau⁴⁵. Les cours suprêmes interprètent ainsi directement la Constitution.

Le filtre témoigne en second lieu de la volonté de réduire le volume de QPC renvoyées au Conseil constitutionnel, sans faire peser sur lui le rôle de filtre. Si l'on porte un regard sur les juridictions constitutionnelles étrangères, ce sont elles qui font le tri sur les questions qui leur sont renvoyées, en France, avec le filtre des cours suprêmes, ce rôle de filtre est externalisé. Il n'en témoigne pas moins d'une mise en place d'une réforme constitutionnelle à reculons. Par ce double filtre, la loi demeure relativement préservée d'une remise en cause devant le juge constitutionnel ou, pour le moins, elle ne sera renvoyée au Conseil constitutionnel que dans les cas où un examen de sa régularité constitutionnelle est pleinement justifié.

Par ailleurs, cette volonté de maîtriser les flux devant le Conseil constitutionnel s'accompagne par ailleurs d'une absence quasi-totale du renforcement du service juridique du Conseil constitutionnel depuis la QPC. Alors que le Conseil constitutionnel fait face à un flux contentieux supplémentaire considérable, 762 décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* depuis 1959 pour 638 décisions QPC rendues depuis le 1^{er} mars 2010⁴⁶, aucune augmentation significative du personnel du service juridique du Conseil constitutionnel n'a été enregistrée.

⁴³ CE, 30 mai 2012, n° 357694.

⁴⁴ *Legifrance* est le site internet officiel qui publie tout le droit français en vigueur et, lorsque des dispositions législatives ont fait l'objet d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, celle-ci est explicitée sous la disposition législative qui en a fait l'objet.

⁴⁵ CE, 30 mai 2012, *GFA Fielhouse-Cardet*, n° 355287.

Voir également, sans utilisation des critères du Conseil constitutionnel, rejetant l'existence d'un PFRLR et jugeant de l'absence de caractère sérieux de la question : Cass., crim., 4 décembre 2012, n° 12-86347.

⁴⁶ Au 29 juin 2018.

- Une protection exclusive des droits et libertés que la Constitution garantit

Autre choix restrictif, la limitation des moyens invocables aux seuls droits et libertés que la Constitution garantit. Elle soulève plusieurs questions.

Elle témoigne tout d'abord du contexte particulier dans lequel la QPC est née, à savoir la concurrence du contrôle de conventionnalité des lois. Alors que celui-ci se déploie essentiellement, voire exclusivement sur le terrain du respect des droits fondamentaux, la défense du respect de la Constitution ne se justifiait que dans ce même domaine. La QPC en tire une dimension subjective. Elle est instrument de défense des droits fondamentaux des justiciables plutôt qu'une voie de droit de défense de la régularité constitutionnelle en général. Dans l'esprit, elle s'apparente au recours direct en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou au recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel espagnol, plutôt qu'au renvoi préjudiciel existant en Allemagne et en Espagne.

En outre, la formule utilisée tend à interdire tout contrôle de conventionnalité dans le cadre de la QPC⁴⁷, et donc tout abandon de la jurisprudence *IVG* dans ce cadre, à moins, bien sûr, de réviser la Constitution. « Que la Constitution garantit » ne saurait être interprété, de manière littérale ou même selon la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle, comme signifiant « que les traités internationaux garantissent ». Est ainsi maintenue la dichotomie radicale entre un contrôle de conventionnalité exclusivement confié aux juridictions de droit commun, du moins en principe, et un contrôle de constitutionnalité aux mains du seul juge constitutionnel, sous réserve, là aussi de quelques exceptions.

Enfin, la formule est assez souple pour laisser une large marge d'appréciation au Conseil constitutionnel quant à la qualification des « droits et libertés que la Constitution garantit ». La formule selon laquelle il s'agit des droits et libertés que la Constitution « garantit » est plus large que celle qui aurait consisté à affirmer que la Constitution « consacre ». Autrement dit, les principes jurisprudentiels dégagés par le Conseil constitutionnel rattachés à une disposition constitutionnelle écrite sont couverts par cette formulation. Tel est le cas en particulier du droit à un recours juridictionnel effectif rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en vertu duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

En pratique, l'appréciation par le Conseil constitutionnel de ce qui est ou ce qui n'est pas un « un droit ou une liberté que la Constitution garantit » soulève parfois la discussion. Tel est le cas, par exemple, du principe de libre administration, qui a été reconnu comme étant un « droit ou

⁴⁷ Ce qui est aujourd'hui l'état du droit, voir, qui réaffirme la portée de la jurisprudence *IVG* dans le cadre du contrôle *a priori* et *a posteriori* : CC, n° 2010-605 DC, 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*, cons. 11 et 16. Dans le cadre d'une QPC : CC, n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*, cons. 11.

liberté... »⁴⁸. Ce principe, qui consacre une autonomie normative sans aucun contenu matériel au profit de entités décentralisées de la République, c'est-à-dire des collectivités territoriales, est ainsi jugé comme étant un droit ou liberté. Les collectivités territoriales ont un droit subjectif à la défense de leur autonomie normative contre l'Etat. Le principe de parité, formulé par l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution sous la forme suivante « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales », n'est en revanche pas considéré comme entrant dans le domaine d'application de l'article 61-1 de la Constitution⁴⁹. La parité n'est pas un « droit à » la parité. Le Conseil constitutionnel neutralise un grief qui potentiellement obligerait le législateur à agir dans un sens déterminé. De manière logique, du moins en pratique, le Conseil constitutionnel a également refusé de reconnaître le principe de consentement à l'impôt, consacré par l'article 14 de la Déclaration de 1789, comme étant invocable dans le cadre de la QPC⁵⁰.

Dans le prolongement, il faut mentionner la manière dont le Conseil constitutionnel a indirectement rattaché aux « droit et libertés... » des griefs tels que l'incompétence négative ou ceux tirés de la violation des objectifs de valeur constitutionnelle. Si ces deux griefs ne peuvent pas être invoqués en eux-mêmes, ils peuvent l'être à l'appui de la violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit⁵¹. Ce rattachement indirect peut sembler relativement logique. Il interroge cependant. L'incompétence négative renvoie en effet à la situation dans laquelle le législateur n'a pas épuisé toute l'étendue de sa compétence, nous sommes loin d'un droit ou d'une liberté. Les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent être identifiés comme des concrétisations jurisprudentielles de disposition constitutionnelle expresse (comme le pluralisme des courants d'idée et d'expression tiré de l'article 11 de la Déclaration de 1789 sur la liberté de communication et d'expression) ou comme de pures créations jurisprudentielles (comme la sauvegarde de l'ordre public) formalisés dans une catégorie générique de principes jurisprudentiels, à savoir les « objectifs de valeur constitutionnelle ». Dans la mesure où ils complètent une disposition constitutionnelle expresse et, surtout, s'ils ont une formulation qui renvoie à celle d'un droit ou d'une liberté, il n'est pas choquant qu'ils puissent être invocables, surtout s'ils sont rattachés à un droit ou à une liberté.

Pour conclure, sans doute certains trouveront ces critiques sévères. Au nom d'un certain pragmatisme, l'on peut soutenir que la QPC fonctionne aujourd'hui en France malgré ces singularités. La QPC fait partie du paysage juridictionnel français et le Conseil constitutionnel semble bénéficier aujourd'hui d'un flot continu d'un peu plus de 70 QPC par an. Cette efficacité

⁴⁸ CC, n° 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion de communes]*, cons. 4.

⁴⁹ CC, n° 2014-461 QPC, 24 avril 2015, *Mme Christine M., épouse C. [Mise en mouvement de l'action publique en cas d'infraction militaire en temps de paix]*, cons. 6.

⁵⁰ CC, n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, cons. 4.

⁵¹ Voir, à propos de l'incompétence négative : CC, n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, cons. 2.

Des objectifs de valeur constitutionnelle : CC, n° 2011-175 QPC, 7 octobre 2011, *Société TRAVAUX INDUSTRIELS MARITIMES ET TERRESTRES et autres [Contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante]*, cons. 9.

comptable ne doit cependant pas masquer d'autres difficultés pratiques qui mériteraient de plus amples développements : la faiblesse de la motivation des décisions, les incertitudes liées à l'application des décisions de censure dans le temps, la composition et le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel...