

\*\*\*

INSTITUT D'ÉTUDES JUDICIAIRES

**EXAMEN D'ENTRÉE À L'E.F.A.C.S.**

**NOTE DE SYNTHÈSE**

Durée : 5 h

*Ce sujet comporte 55 pages.*

Sur la base du dossier ci-joint, rédigez en **cinq pages maximum**, une note de synthèse sur la **Question Prioritaire de Constitutionnalité**.

**DOCUMENT 1** : La Cour de cassation envoie la QPC se faire voir à Luxembourg, Didier Ribes, 21 avril 2010, BFDC.

**DOCUMENT 2** : Colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, 22 septembre 2010, Extrait.

**DOCUMENT 3** : Cass. Ass. Plén. 29 juin 2010 N°10-40002.

**DOCUMENT 4** : La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? Jean-Louis HALPÉRIN, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité), juillet 2010.

**DOCUMENT 5** : CJUE 22 juin 2010, Extraits.

**DOCUMENT 6** : La question prioritaire de constitutionnalité, Vie publique, 19 janvier 2010.

**DOCUMENT 7** : La QPC, une révolution qui continue, La revue parlementaire, Dominique ROUSSEAU, Professeur à Paris 1 Panthéon Sorbonne, et Julien BONNET, Professeur à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne, Mars 2011.

**DOCUMENT 8** : QPC et contrôle de conventionnalité : épilogue devant la Cour de justice de l'Union européenne, Sébastien MARCIALI, Droit de l'Union européenne, 3 juillet 2010.

**DOCUMENT 9** : La QPC, un an après : une réforme positive, à approfondir, Médiapart, 28 Février 2011.

**DOCUMENT 10** : La question prioritaire de constitutionnalité, Marc Guillaume, in « justice et cassation » revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, 2010.

**Total : 10 documents**

## DOCUMENT 1

### **La Cour de cassation envoie la QPC se faire voir à Luxembourg**

La Cour de cassation n'arrive décidément pas à transmettre une question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ! Dans un arrêt du 16 avril 2010, elle saisit la Cour de justice de l'Union européenne de la conformité de la loi organique du 10 décembre 2009 au droit de l'Union européenne :

"L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'UE signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2 et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union?"

En l'espèce, la QPC posée était la suivante: "l'article 78-2, al. 4 du Code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française?".

Cette disposition avait bien été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel le 5 août 1993, mais la Cour retient un changement de circonstances : la signature par la France du traité de Lisbonne.

La Cour estime que "les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE avant de transmettre la question de constitutionnalité; que si le Conseil constitutionnel juge la disposition attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la CJUE d'une question préjudicielle [...]. De même, [...] la Cour de cassation ne pourrait pas non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union. »

Cet arrêt donnera sans aucun doute lieu à de nombreux commentaires tant sa lecture est source d'interrogations, pour ne pas dire de stupéfaction !

Comment ne pas rejoindre Guy Carcassonne et Nicolas Molfessis dans leur première analyse de la décision ? "La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité", Le Monde, vendredi 23 avril 2010, p. 15.

21 avril 2010 – Didier Ribes – BFDC.org

## **DOCUMENT 2**

QPC - Premier bilan et prospective : l'appréciation des conditions de recevabilité  
Exposé introductif dans le cadre du colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation le 22 septembre 2010. Table ronde n°1 : L'appréciation des conditions de recevabilité, présidée par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.

### **Colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation**

**22 septembre 2010**

#### **Table ronde n°1 : L'appréciation des conditions de recevabilité présidée par Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'État**

#### **Exposé introductif**

Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,  
Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,  
Mesdames, Messieurs,

Je souhaite tout d'abord exprimer le plaisir qui est le mien de participer à ce colloque consacré à la question prioritaire de constitutionnalité. A côté de la démarche entreprise par l'Assemblée nationale pour évaluer l'application de la loi organique du 10 décembre 2009 au regard des objectifs fixés par le Constituant et le législateur organique, il est tout à fait heureux que dans le même lieu – l'Assemblée nationale - les trois juridictions qui sont à des titres divers conjointement responsables du bon fonctionnement de ce nouveau mécanisme, puissent également échanger avec la doctrine, le barreau et un large public dans une perspective globale, qui prenne en considération l'ensemble des aspects de ce sujet. Le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, sous lequel est placé cet événement et la participation d'éminents représentants de ces cours et de l'Université témoignent de cette démarche.

La première table ronde, que j'ai l'honneur de présider, est consacrée à la question de « l'appréciation des conditions de recevabilité », titre sous lequel sont regroupés trois thèmes, à savoir la condition de non déclaration de constitutionnalité, les dispositions susceptibles d'être contestées et, enfin, les rapports entre inconstitutionnalité et inconvencionnalité.

Ce dernier thème ne se rattache sans doute pas immédiatement aux conditions de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité mais, tout comme les deux autres, il constitue un aspect déterminant dans la mise en œuvre de ce nouveau mécanisme et il renvoie avec une grande acuité à l'appréciation positive que l'on peut tirer des six premiers mois –presque sept- d'application de la loi organique.

Les trois sujets qui vont être abordés au cours de cette table ronde sont en effet parmi ceux qui avaient suscité les plus vifs débats lors des travaux d'élaboration et du vote de cette loi. Or l'on peut constater, aujourd'hui, que les questions auxquelles ces débats avaient conduit ont pour une large part été résolues et que, pour le surplus, de sérieux éléments de réponse ont commencé d'être apportés à celles qui demeurent pendantes.

### **1.-La condition de non déclaration de constitutionnalité.**

Il en va ainsi, tout d'abord, de la condition de non déclaration de constitutionnalité qui sera présentée par le professeur Drago. Cette condition tient à l'exigence 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, sauf changement des circonstances ».

Ces dispositions avaient pu susciter deux séries d'interrogations lors de l'élaboration de la loi organique. La première tenait à la portée de la condition de déclaration de conformité dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel : en particulier, cette condition pourrait-elle être opposée en cas d'invocation de l'inconstitutionnalité sur un fondement différent de celui examiné par le Conseil constitutionnel ? Qu'advient-il, par ailleurs, des lois organiques que le Conseil constitutionnel examine en toutes leurs dispositions ?

La seconde série d'interrogations suscitées par ces dispositions tenait à la notion de « changement de circonstances » : cette notion n'était-elle pas par trop ambiguë ? Serait-elle appréciée par le Conseil constitutionnel en tenant compte des changements de circonstances de fait ou seulement de droit ou, autrement dit, le Conseil serait-il juge uniquement de la loi ou aussi de l'application de la loi ?

Si des interrogations et des incertitudes demeurent sans aucun doute, d'importants débuts de réponse ont néanmoins commencé d'être apportés à ces premières questions.

Le professeur Drago les analysera de manière détaillée, mais il me paraît important de souligner que le Conseil d'Etat a, pour sa part, confirmé par exemple que la condition de conformité préalable n'est pas considérée comme remplie, lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré une disposition législative conforme à la Constitution dans le dispositif de l'une de ses décisions, sans toutefois l'avoir « expressément examiné » dans les motifs. Il a également jugé que l'appréciation d'une déclaration de conformité préalable doit s'entendre au regard de la disposition contestée et non des motifs contrôlés par le juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, confirmé que, dès lors qu'une disposition législative a été spécialement examinée dans l'une de ses précédentes décisions, la condition de conformité préalable est alors opposable, indépendamment de la motivation et des motifs de cette décision.

S'agissant de la notion de changement de circonstances, le Conseil constitutionnel a utilement précisé, dans sa décision du 3 décembre 2009 statuant sur la conformité à la Constitution de la loi organique, qu'elle devait être entendue comme incluant l'évolution des circonstances de droit et de fait. Il a ainsi affirmé que le contrôle de constitutionnalité des lois au regard des droits et libertés que la Constitution garantit prend effectivement en considération l'application concrète de la loi, ce qu'il a confirmé par sa décision *Daniel W et autres* sur le régime de la garde à vue.

### **2. - Les dispositions susceptibles d'être contestées.**

En ce qui concerne la question des dispositions susceptibles d'être contestées, qui sera développée par Mme le professeur Levade, il est vrai que la notion de « disposition législative » qui figure également à l'article 23-1 de l'ordonnance, prêtait peut-être moins à hésitation.

Elle n'en a pas moins déjà reçu d'utiles précisions. Le Conseil d'État a ainsi jugé que la procédure de QPC ne permet pas d'interroger le Conseil constitutionnel, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle, même en vue de son application dans un litige, ni davantage de contester la conformité à la Constitution d'une disposition réglementaire. Le Conseil d'État a aussi jugé qu'une loi autorisant la ratification d'un traité, qui n'a pas d'autre objet que de permettre cette ratification, n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et qu'elle n'est, par sa nature même, pas susceptible de porter atteinte à des droits et

libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution.

La rédaction de cette même décision, qui souligne que l'application au litige de la disposition législative contestée est appréciée « au sens et pour l'application » de l'ordonnance du 7 novembre 1958, illustre en outre l'interprétation autonome de cette autre condition retenue par le Conseil d'Etat. Une telle interprétation est non seulement conforme à l'esprit de la loi organique, mais elle permet aussi, si nécessaire, un « repérimétrage » des dispositions transmises au Conseil constitutionnel dans le sens de la plus grande sécurité juridique possible quant à la portée de la réponse apportée par le Conseil constitutionnel à la question posée.

De même, les dispositions abrogées peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité selon la jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et l'interprétation que le juge donne de la loi est, au moins pour Conseil d'Etat, inséparable de la loi elle-même et peut donc elle aussi être contestée devant le Conseil constitutionnel.

Ces questions, et d'autres encore, telles que celle de la disposition entachée d'incompétence négative, seront analysées de manière approfondie par Mme le professeur Levade.

### **3. - Inconstitutionnalité et inconstitutionnalité.**

Quant au troisième thème de cette table ronde, « inconstitutionnalité et inconstitutionnalité », qui sera présenté par Madame le ministre Noëlle Lenoir, il est à l'évidence celui qui a suscité les débats les plus vifs, principalement en relation avec trois interrogations.

La première de ces interrogations était celle de savoir si le contrôle de conventionnalité, à la pratique duquel les justiciables et les avocats étaient accoutumés, n'était pas susceptible de freiner l'essor de la QPC. Tel n'a manifestement pas été le cas. En moins de six mois, l'ordre juridictionnel administratif, par exemple, a ainsi été saisi de plus de 600 questions et, parmi celles traitées, en a renvoyé plus de 30 au Conseil constitutionnel.

La deuxième interrogation en lien avec ce thème tenait à l'articulation que ferait le Conseil constitutionnel entre ses propres décisions et la jurisprudence des cours européennes, en particulier celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions rendues par le Conseil, d'une part, sur le régime dit de « cristallisation » des pensions et, d'autre part, sur la loi dite « anti-Perruche » - en particulier sur la question de l'application immédiate de la loi- ont mis en évidence l'attachement de celui-ci à « éviter toute solution qui serait incompatible ou, a fortiori, radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour »

La troisième interrogation portait sur la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec le principe de primauté du droit de l'Union européenne. Elle a pris une acuité particulière avec les désormais célèbres décisions *Melki* et *Abdeli* du 16 avril 2010 par lesquelles la Cour de cassation a renvoyé cette question, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne.

Il existait indéniablement sur ce point un « angle mort » dans le texte de la loi organique, qui avait été souligné à plusieurs reprises, notamment par le Conseil d'Etat. Les incertitudes qui en résultaient ont néanmoins été progressivement dissipées. La décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, en premier lieu, a expressément défini et délimité l'empire respectif du contrôle de constitutionnalité et de celui de conventionnalité, en rappelant que le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité ne restreignait pas la compétence de la juridiction saisie « de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ». La décision du 12 mai 2010 a, ensuite, expressément confirmé que « le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité » et « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France ». Il a rappelé à cette occasion que le juge saisi d'une QPC pouvait prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et ainsi suspendre immédiatement tout effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits des justiciables tirés des engagements

européens de la France et garantir l'efficacité de la décision juridictionnelle. De même les textes afférents à la QPC ne font pas obstacle à l'application de l'article 267 du TFUE sur les questions préjudicielles. En ce qui concerne l'ordre administratif, le Conseil d'État a, par sa décision du 14 mai 2010, précisé les compétences des juges saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité pour assurer l'effectivité du droit de l'Union. Il a rappelé que ceux –ci peuvent à tout moment, lorsque l'urgence le commande, faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union et qu'ils disposent également de la possibilité de poser à tout instant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a, enfin, par sa décision du 22 juin 2010, jugé le mécanisme de la QPC compatible avec le droit de l'Union en s'appuyant sur l'interprétation de la loi organique qui résultait de ces décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Elle a ainsi achevé de répondre aux principales interrogations qui avaient pu être soulevées lors du vote de la loi organique, même si l'arrêt de la Cour soulève d'autres questions, comme celle, par exemple, tenant aux modalités du contrôle, par le Conseil constitutionnel, de dispositions législatives qui procéderaient de la transposition fidèle d'une directive. Mme Noëlle Lenoir évoquera l'ensemble de ces points de manière plus circonstanciée.

Il existait il y a six mois des questions, voire des divergences sérieuses, sur les trois thèmes de notre table ronde, comme il existait d'ailleurs des doutes et des interrogations sur l'application qui pourrait être faite des autres critères du filtre qui seront examinés aujourd'hui.

Mais nul n'aurait alors prédit qu'en seulement six mois autant de questions auraient été résolues et que la question prioritaire de constitutionnalité serait ainsi en voie d'atteindre les objectifs qui lui avaient été assignés. Le mérite essentiel du succès obtenu revient au Conseil constitutionnel auquel il faut rendre un hommage appuyé pour avoir relevé les multiples défis résultant de la réforme majeure opérée par le Constituant et le législateur organique.

La clef du succès de la réforme réside aussi, je le crois, du point de vue de la juridiction administrative, dans une approche ouverte, prudente et responsable de la mission qui lui a été confiée. Cette approche se traduit par la volonté de respecter la loi, c'est-à-dire toutes les lois, y compris notre loi fondamentale et nos engagements européens, sans opposer ces lois entre elles, ni les dénaturer, sans non plus perdre de vue la boussole qu'est notre Constitution, mais en s'efforçant de faire produire à chaque loi tous ses effets et en veillant de surcroît à articuler ces lois entre elles. L'approche de la juridiction administrative se traduit aussi par la volonté de ne pas préempter l'interprétation de la loi - qu'il s'agisse de la Constitution ou de la loi organique - qui doit être donnée par le Conseil constitutionnel et de faire en sorte que ce dernier exerce pleinement son rôle régulateur.

En clair, le succès de la question prioritaire de constitutionnalité met tout particulièrement en évidence la nécessité d'un dialogue harmonieux entre les juges. Dans des systèmes de normes entrecroisées, en particulier de normes nationales et européennes, qui se superposent sans être totalement similaires ou parfaitement coordonnées entre elles, dans ce système de « miroirs inversés », selon l'expression du professeur Auby, il pourrait être aisé de se faire « briseur de miroirs » – je n'oserais dire, « briseur de rêves », car le droit est affaire de norme, de projet et de volonté et non pas de rêves-. Mais cela ne serait pas servir la loi, ni l'intérêt général, ni non plus assumer notre office de juge. Cette remarque quant à notre responsabilité de juge excède bien sûr notablement le seul sujet de la question prioritaire de constitutionnalité et elle vaut pour l'intégralité de notre office : il nous appartient de mettre, dans le respect de la loi, de la cohérence ou de l'harmonie, chaque fois que c'est raisonnablement possible, entre des normes relevant d'ordres juridiques différents, qui ne s'accorderaient pas immédiatement et spontanément entre elles.

Je salue l'initiative de ce colloque, qui participe du nécessaire dialogue entre juges et avec les interlocuteurs et partenaires de la justice et je laisse la parole au professeur Dominique Rousseau, l'animateur de notre table ronde, ainsi qu'aux trois intervenants que je remercie tous pour leur participation.

## DOCUMENT 3

### **Cass Ass. Plén. 29 juin 2010 N°10-40002**

LA COUR (...):

Vu l'arrêt avant dire droit du 16 avril 2010 posant deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ;

Vu l'arrêt de la CJUE du 22 juin 2010 ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément aux articles L. 23-6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, R. 461-2, R. 461-4 et R. 461-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 28 juin 2010, où étaient présents : M. Lamanda, premier président, Mmes Favre, Collomp, MM. Lacabarats, Louvel, Charruault, Loriferne, présidents, M. Falcone, conseiller rapporteur, M. Bargue, conseiller, M. Domingo, avocat général, M. Costerg, greffier ;

Sur le rapport de M. Falcone, conseiller, assisté de M. Borzeix, auditeur au Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. X..., l'avis oral de M. Domingo, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que M. X..., de nationalité algérienne, en situation irrégulière en France, a fait l'objet, en application de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, d'un contrôle de police dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ; que, le 23 mars 2010, le préfet du Nord lui a notifié un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ; que, devant le juge des libertés et de la détention de Lille, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de cette rétention, M. X... a déposé un mémoire posant une question prioritaire de constitutionnalité et soutenu que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

Attendu que, le 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention de Lille a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : "l'article 78-2, alinéa 4, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?" et prolongé de la rétention de M. X... pour une durée de quinze jours ; que cette ordonnance a été reçue à la Cour de cassation le 29 mars 2010 ;

Attendu que, pour soutenir que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution, le demandeur invoque l'article 88-1 de celle-ci qui dispose que "la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007" ;

Qu'il fait valoir que les engagements résultant du Traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution, que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières intérieures des Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ; qu'il en déduit que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution ;

Attendu que, par arrêt avant dire droit du 16 avril 2010, la Cour de cassation, constatant qu'était ainsi posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de la procédure pénale à la fois au droit de l'Union et à la Constitution de la République française, a posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne ;

Attendu, premièrement, que la CJUE a dit pour droit que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un Etat membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher (...) les juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles ; qu'en revanche cet article ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les juridictions restent libres :

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la CJUE de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire aux droits de l'Union ;

Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de

l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ;  
Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ;

Attendu, deuxièmement, que la Cour de justice de l'Union européenne a également dit pour droit que l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'Etat membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet Etat avec les parties à la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ;

Que, dès lors que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale n'est assorti d'aucune disposition offrant une telle garantie, il appartient au juge des libertés et de la détention d'en tirer les conséquences au regard de la régularité de la procédure dont il a été saisi, sans qu'il y ait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question posée ;

PAR CES MOTIFS :

**DIT N'Y AVOIR LIEU A RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;**



## DOCUMENT 4

# **La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ?**

**JEAN-LOUIS HALPÉRIN - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010**

*Professeur à l'École normale supérieure, Centre de Théorie et Analyse du Droit, UMR CNRS 7074*

La notion de révolution juridique répond à un incontestable besoin pour l'histoire du droit. Si cette discipline a pour objet l'étude diachronique des processus de changement du droit, elle ne doit pas manquer de s'interroger sur les périodes de rupture caractérisées par des transformations profondes dans un ou plusieurs ordres juridiques. En s'éloignant des modèles évolutionnistes qui ont longtemps prévalu, sous prétexte de justifier le recours à l'histoire par l'idée que le droit d'aujourd'hui ne serait pas compréhensible sans être relié par une généalogie linéaire aux droits d'hier, il faut laisser une place aux révolutions qui peuvent faire table rase, sinon de la totalité d'un ordre juridique, du moins de règles jusque-là considérées comme fondamentales.

De ce point de vue, l'institution d'une question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle de juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 peut apparaître comme une création ex nihilo – elle ne remplace pas une institution comparable existant préalablement dans l'ordre juridique français –, intervenue de manière contingente – beaucoup d'observateurs ne l'attendaient plus et cet élément a été ajouté tardivement dans le débat sur la révision –, à la suite d'un vote du Congrès dont l'issue était incertaine. Voilà peut-être un bel exemple de norme qui n'aurait pas d'histoire juridique ! Les études réunies dans ce volume prétendent, au contraire, qu'il y a un sens à combiner l'histoire et l'analyse du droit constitutionnel le plus contemporain. Pour la méthodologie de l'histoire du droit, c'est l'occasion de rappeler l'importance de la dualité, défendue par les positivistes, entre droit et science du droit. Si cette question prioritaire n'a pas de véritable précédent dans l'histoire du droit positif français, l'innovation peut être reliée à une lente maturation des cultures juridiques françaises.

### **I. Une création sans précédents dans le droit positif français ?**

L'histoire des révolutions procède toujours par rétrodiction en cherchant dans le passé les phénomènes susceptibles d'annoncer la rupture et d'en manifester les causes. Cet exercice comporte ses risques – une fois la révolution advenue, il est facile de prétendre qu'elle était préparée –, mais il est possible de les assumer, notamment en procédant à un « retour en arrière » pour essayer d'identifier, dans les stratifications successives du droit constitutionnel français, des phénomènes qui pourraient ressembler au nouveau mécanisme créé en 2008-2009.

#### **A – Rejet ou admission de l'exception d'inconstitutionnalité ?**

Il ne paraît guère contestable que le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a été précédé de plus de trente ans par le contrôle dit de conventionnalité, donnant lieu lui aussi à une exception devant le juge judiciaire, depuis le célèbre arrêt des cafés Jacques Vabre (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975), puis devant le juge administratif, depuis le non moins célèbre arrêt Nicolò (CE, Ass., 20 octobre 1989). Ces arrêts peuvent être qualifiés de « révolutionnaires » dans la mesure où ils

rompent avec une jurisprudence (à vrai dire assez peu fournie) sur la supériorité de la loi postérieure par rapport à l'engagement international antérieur. S'ils sont indubitablement liés à la création du Conseil constitutionnel en 1958 et surtout à ses décisions de 1971 (71-44 DC) sur la liberté d'association et de 1975 (74-54 DC) sur l'IVG, ils sont profondément innovants sur les pouvoirs du juge judiciaire et du juge administratif par rapport à la loi française. Personne ne doute qu'ils marquent un changement par rapport à une attitude antérieure caractérisée par un refus des juridictions des deux ordres de discuter de la validité de la loi.

Nous disposons de deux repères commodes dans l'entre-deux-guerres : le fameux arrêt Arrighi du Conseil d'État (6 novembre 1936) et la conclusion donnée par la Cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation à l'affaire « Ratier » dans laquelle le vice-président du Sénat contestait la constitutionnalité de la loi du 23 mars 1914 sur les commissions d'enquête parlementaires. Dans les deux cas, les juridictions administratives et judiciaires se refusaient à examiner l'exception d'inconstitutionnalité soulevée. Il ne fait pas de doute que cette jurisprudence consacrait le droit positif français sous la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République : à supposer, ce qui n'est pas impossible, que des juridictions du fond aient parfois admis des exceptions d'inconstitutionnalité, les Cours suprêmes s'étaient expressément prononcées en faveur de l'incompétence des juges.

La situation est paradoxalement plus complexe si l'on remonte dans le temps. Jean-Louis Mestre a attiré l'attention sur différentes manifestations d'un contrôle de constitutionnalité dans l'histoire de la Cour de cassation, notamment sur deux arrêts de la Chambre criminelle du 15 mars et du 17 novembre 1851. Des accusés, poursuivis pour leur participation à des troubles pendant l'état de siège en 1850, arguaient de l'inconstitutionnalité de la loi du 9 août 1849 sur la compétence des juridictions militaires à l'égard des non-militaires. En relevant que cette loi avait été votée en application de l'article 106 de la Constitution, lui-même adopté à la suite de la répression des journées de juin 1848 qui avait donné lieu par l'Assemblée constituante à une « interprétation émanée d'elle-même » des conséquences de l'état de siège, la Cour de cassation considérait que l'Assemblée législative s'était « bornée à remplir le devoir que lui imposait cet article 106 de la Constitution pris dans son sens véritable ». Ces arrêts admettent incontestablement la légitimité d'une exception d'inconstitutionnalité présentée devant le juge judiciaire. Le problème est qu'il s'agit d'arrêts de rejet et qu'ils sont restés isolés dans l'histoire juridique française du XIX<sup>e</sup> siècle : ils n'ont donc pu ancrer l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit positif français, comme l'a fait *Marbury v. Madison* aux États-Unis, pour des raisons liées à l'autoritarisme du Second Empire.

## **B – Interprétation ou suspension de la loi ?**

En continuant notre démarche rétrospective, nous ne sommes pas en mesure de trouver, de l'Ancien Régime jusqu'en 1851, des précédents plus concluants à la reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité. En revanche, en cherchant des procédures qui peuvent en être rapprochées, il faut relever le fonctionnement de l'exception d'illégalité et le contrôle de l'inconstitutionnalité des actes émanant du Gouvernement. L'exception d'illégalité a été, d'abord, une création jurisprudentielle de la Cour de cassation en 1810 pour permettre aux juges pénaux d'écarter les sanctions prévues par des arrêtés municipaux ou préfectoraux illégaux, en l'occurrence des textes qui interdisaient tout travail le dimanche. Elle a été, ensuite, consacrée par la loi du 28 avril 1832 et la rédaction de l'article 471-15° du code pénal. Selon le même mécanisme, appliqué cette fois à des décrets impériaux et surtout à des ordonnances royales, les juges judiciaires ont pu écarter, à partir de la Restauration, des actes du Gouvernement qu'ils estimaient contraires à la « légalité constitutionnelle ». Si ces décisions concernent en majorité l'emploi des ordonnances de l'article 14 de la Charte, avec l'exemple fameux de l'ordonnance du 25 juillet 1830 sur la presse écartée comme « contraire à la Charte » par le Tribunal de commerce de Paris, d'autres s'appliquent à des décrets du Premier Empire suspectés d'avoir usurpé la compétence législative. La Cour de cassation s'est montrée prudente sur le contrôle de la constitutionnalité des lois antérieures à 1814 au regard de l'article 68 de la Charte maintenant les lois existantes « qui ne sont pas contraires à la présente Charte ».

Si le contrôle de constitutionnalité est caractérisé par le pouvoir d'arrêter l'application d'un texte

légal, il est possible de remonter à des décisions encore plus nombreuses de la Cour de cassation et des juridictions judiciaires. L'essor de la jurisprudence relative aux matières traitées dans le Code civil, sensible dès la première moitié du XIXe siècle, est allée dans certains cas jusqu'à des interprétations *contra legem*, du moins contre le sens grammatical de la loi. C'est le cas des décisions, des Cours d'appel à partir des années 1840, puis plus tard de la Cour de cassation, qui admettent la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent de leurs parents contre la lettre de l'article 331 du Code Napoléon. L'on dira que les juges judiciaires s'interdisaient d'écarter une loi sous prétexte qu'elle était contraire à des dispositions constitutionnelles dont ils n'avaient pas à se soucier. C'est faire bon marché des visas qui invoquent les dispositions constitutionnelles, dès les premières décisions du Tribunal de cassation en 1791, et donner beaucoup d'importance à une décision du même tribunal rendue le 18 fructidor an V (4 septembre 1797) et souvent citée par la suite. Cassant pour excès de pouvoir le jugement du tribunal de la Dyle qui avait refusé d'appliquer la loi sur les cultes du 7 vendémiaire an IV – au motif qu'elle n'avait pas été régulièrement introduite dans ce département belge par le Directoire et non qu'elle était inconstitutionnelle –, les membres du Tribunal de cassation se contentèrent, le jour même d'un coup d'État, de rappeler l'interdiction faite aux juges d'usurper le pouvoir législatif « en jugeant le mérite d'une loi » publiée par une autorité compétente. Il paraît bien hasardeux de conclure que cette décision rejetait toute forme d'exception d'inconstitutionnalité.

Si l'on voulait prolonger cette plongée historique à la recherche des origines de l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit positif français, on ne trouverait rien d'équivalent sous l'Ancien Régime au *Bonham's case* en Angleterre, mais des points de contact avec la jurisprudence des parlements contournant la législation royale ou refusant de procéder à son enregistrement en utilisant, dans les dernières années de la monarchie absolue, les qualificatifs « inconstitutionnel » ou « anti-constitutionnel ».

## **II. Un produit de la maturation des cultures juridiques françaises ?**

Nous procéderons, en sens inverse, pour identifier les jalons d'une acculturation progressive de l'idée du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en allant des écrits de l'Ancien Régime jusqu'aux modes de pensée de nos contemporains, en passant par l'action de la doctrine, développée sur ce terrain depuis la fin du XIXe siècle.

### **A – Maintien ou oubli d'une tradition de puissance judiciaire ?**

Sans avoir le caractère de règles de droit positif, des textes de la fin de l'Ancien Régime évoquent l'idée d'une vérification des lois ordinaires par les juges au regard de lois constitutionnelles coutumières, qu'il s'agisse des remontrances des parlements nourries d'une idéologie de l'interprétation judiciaire puisant ses sources au Moyen Âge, des écrits des juristes jansénistes opposés au chancelier Maupeou ou des opuscules de Mercier de La Rivière. Il y a lieu de s'interroger sur la diffusion de ces projets et sur leur impact pendant et après la Révolution. Nous pensons que le discrédit dont ont été victimes les parlements, puis la méconnaissance de cette littérature par des juristes formés uniquement à l'apprentissage de la codification napoléonienne après 1804, ont fait largement tomber dans l'oubli ces doctrines au cours du XIXe siècle.

S'il ne faut pas exagérer, comme l'ont fait des publicistes de la IIIe République, l'hostilité des révolutionnaires à toutes les formes d'indépendance judiciaire, il n'est pas possible de nier le poids du légicentrisme à partir de 1789. Nous en voulons notamment pour preuve la fonction confiée à la juridiction de cassation, consistant à faire respecter par les juges les nouvelles lois votées, et le caractère bien peu juridictionnel des institutions imaginées par Sieyès (et rejetées par pratiquement tous les Thermidoriens) pour contrôler la constitutionnalité des lois.

Au cours du XIXe siècle, les progrès de la jurisprudence judiciaire, plus que ceux de la jurisprudence administrative, ont pu progressivement rallier des juristes à la cause d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le culte du Code civil n'était pas contradictoire avec un souci de protection contre les abus de majorité dans la production de lois nouvelles : Toullier

entendait soumettre les lois civiles au respect de la Charte, Guizot s'inquiétait de l'utilisation des lois pénales par le parti ultra, Laboulaye empruntait à Savigny une méfiance à l'égard du législateur qui « peut tout à coup de lois ». Cette attitude peut expliquer que des publicistes comme Foucart, Serrigny ou Dufour aient soutenu les décisions des cours écartant l'application des ordonnances inconstitutionnelles. Les premiers spécialistes du droit public ont entretenu l'idée de l'exception d'inconstitutionnalité dont les écrits de Tocqueville avaient vanté les mérites aux États-Unis.

## **B – Le long cheminement des thèses doctrinales depuis la fin du XIXe siècle**

Le prétendu « fétichisme de la loi » est, au moins pour une part, une invention des novateurs de la fin du XIXe siècle, notamment de Gény qui évoquait en 1899 l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges. Désireux de disqualifier les tenants de l'Exégèse, les artisans du renouvellement doctrinal alors à l'œuvre en France, étaient souvent animés de craintes conservatrices à l'égard des majorités parlementaires présentes ou à venir sous la IIIe République. Un mouvement général de critique du législateur peut expliquer la floraison, à partir des premiers écrits de Jèze en 1895 (à ce moment-là favorable à l'exception d'inconstitutionnalité), de prises de position des plus grands auteurs de la doctrine publiciste française (Esmein, Larnaude, Duguit, Hauriou, Berthélemy, Duez, Carré de Malberg) sur la question d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges judiciaires ou administratifs. Une meilleure connaissance de l'action de la Cour suprême des États-Unis – avec une communication de Larnaude à la Société de législation comparée en 1902, la publication du Gouvernement des juges d'Édouard Lambert (1921), puis les travaux de Roger Pinto – et la montée des peurs à l'égard de l'État interventionniste après la Première Guerre mondiale peuvent expliquer l'essor de ce débat.

Il est bien connu que l'année 1925 a été particulièrement fertile en ce domaine, avec les joutes judiciaires liées à l'affaire Ratier (son défenseur Paul Reynaud plaçant pour l'exception d'inconstitutionnalité avait cité comme témoin le doyen de la Faculté de droit de Paris, Henri Berthélemy) et une série d'entretiens réalisés par Georges Suarez pour le journal *Le Temps* auprès de Duguit, Hauriou, Rolland, Mestre et Berthélemy. La majorité des professeurs de droit, qui sont intervenus, l'ont fait alors en faveur du pouvoir des juges (qui d'après certains existait déjà dans le droit positif !) d'écarter les lois inconstitutionnelles. Seuls quelques publicistes de l'école d'Esmein, que ses sentiments républicains éloignaient d'une telle défiance à l'égard de la loi parlementaire, émettent des réserves, à l'instar de Larnaude. Politiquement, en pleine effervescence autour de la politique du cartel des gauches, les plus progressistes se retrouvent apparemment en accord avec les conservateurs pour préférer l'action des juges aux excès du Parlement. Ce débat est aussi l'occasion de développer une analyse plus nuancée de la conception française de la séparation des pouvoirs depuis 1789.

Ces discussions, qui n'ont rien changé au droit positif, rebondissent en 1928-1929 à l'occasion d'une communication remarquée faite par Kelsen à Paris dans le cadre de l'Institut international de droit public. Le texte de Kelsen est publié avec la réplique de Carré de Malberg qui juge l'exception de constitutionnalité en opposition avec le principe de la « loi, expression de la volonté générale », élevé par lui au rang de Grundnorm du droit français en 1933. En 1929 également la publication de la contribution de Paul Duez aux *Mélanges Hauriou* paraît marquer le reflux des avancées doctrinales dans la direction de la reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité. Il nous paraît significatif que ces auteurs, comme Charles Eisenmann dans sa note sous l'arrêt Arrighi, considèrent tous que les « bonnes raisons juridiques » en faveur de cette institution doivent céder devant des considérations de science politique (l'équilibre traditionnel des pouvoirs) et la prise en compte de la « mentalité du peuple français » ou de « l'esprit public ». Repli stratégique (permettant pour certains de cacher leur scepticisme derrière un pragmatisme de bon aloi) d'une doctrine qui n'est pas parvenue à infléchir le droit positif ni même à faire le lien avec les revendications de certains politiques en faveur du contrôle de constitutionnalité ? Nous y verrions plutôt, chez les plus clairvoyants comme Eisenmann, la prise de conscience qu'un « mouvement d'école » ne suffit pas à transformer le droit.

Les lecteurs qui ont suivi les débats renouvelés dans les années 1980 et 1990 n'auront pas de mal à

suivre la progression, au-delà du cercle des professeurs de droit et en direction des politiques, des positions favorables à la fin de ce qui a été présenté, peut-être sans nuances, comme une « exception française ». Les uns y verront l'acculturation, dans des groupes professionnels, voire dans la population des profanes, d'une idée défendue de longtemps par les plus grands noms de la doctrine universitaire. D'autres pourront s'émerveiller qu'une opinion en décalage avec le droit positif pendant plus de deux siècles soit devenue, par la grâce d'un vote « providentiel » acquis à une courte majorité, un élément de l'ordre juridique français. Il faudra attendre encore l'application de ces nouvelles normes pour dire s'il s'agit vraiment d'une révolution.

## DOCUMENT 5

### **CJUE 22 juin 2010 (extraits)**

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

22 juin 2010 affaires jointes **Aziz Melki** (C-188/10), **Sélim Abdeli** (C-189/10),

LA COUR (grande chambre),

1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation des articles 67 TFUE et 267 TFUE.

2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux procédures engagées à l'encontre respectivement de MM. Melki et Abdeli, tous deux de nationalité algérienne, et visant à obtenir la prolongation de leur maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire.

(...) *Le droit national*

La Constitution du 4 octobre 1958

11 La Constitution du 4 octobre 1958, telle que modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-724, du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (JORF du 24 juillet 2008, p. 11890, ci-après la «Constitution»), dispose à son article 61-1:

«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.»

12 L'article 62, deuxième et troisième alinéas, de la Constitution prévoit:

«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.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.»

13 Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution:

«La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.»

L'ordonnance n° 58-1067

14 Par la loi organique n° 2009-1523, du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (JORF du 11 décembre 2009, p. 21379), un nouveau chapitre II bis, intitulé «De la question prioritaire de constitutionnalité», a été inséré dans le titre II de l'ordonnance n° 58-1067, du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Ce chapitre II bis dispose:

«Section 1

Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

Article 23-1

Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

[...]

Article 23-2

La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question

prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État 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.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

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. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

#### Article 23-3

Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État 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 irréremédiables 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.»

#### Section 2

Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

#### Article 23-4

Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que 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.

#### Article 23-5

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'État 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.

En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question

prioritaire de constitutionnalité dès lors que 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.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. 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. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

[...]

#### Article 23-7

La décision motivée du Conseil d'État 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'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

[...]

#### Section 3

Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

[...]

#### Article 23-10

Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

[...]»

Le code de procédure pénale

[...]»

#### **Les litiges au principal et les questions préjudicielles**

16 MM. Melki et Abdeli, ressortissants algériens en situation irrégulière en France, ont été contrôlés par la police, en application de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière. Le 23 mars 2010, ils ont fait l'objet, chacun en ce qui le concerne, d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention.

17 Devant le juge des libertés et de la détention, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de cette rétention, MM. Melki et Abdeli ont contesté la régularité de leur interpellation et soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale, au motif que cette disposition porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

18 Par deux ordonnances du 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention a ordonné, d'une part, la transmission à la Cour de cassation de la question de savoir si l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, la prolongation de la rétention de MM. Melki et Abdeli pour une durée de quinze jours.

19 Selon la juridiction de renvoi, MM. Melki et Abdeli soutiennent que l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution étant donné que les engagements de la République française résultant du traité de Lisbonne ont valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution et que ladite disposition du code de procédure pénale, en tant qu'elle autorise des contrôles aux frontières avec les autres États membres, est contraire au principe de libre circulation des personnes énoncé à l'article 67, paragraphe 2, TFUE prévoyant que l'Union européenne assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures.

20 La juridiction de renvoi considère, en premier lieu, que se trouve posée la question de la conformité de l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale tant avec le droit de l'Union qu'avec la Constitution.

21 En second lieu, la Cour de cassation déduit des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 ainsi que de l'article 62 de la Constitution que les juridictions du fond tout comme elle-même



sont privées, par l'effet de la loi organique n° 2009-1523 ayant inséré lesdits articles dans l'ordonnance n° 58-1067, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est transmise au Conseil constitutionnel.

22 Estimant que sa décision sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dépend de l'interprétation du droit de l'Union, la Cour de cassation a décidé, dans chaque affaire pendante, de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 267 [TFUE] s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union?

2) L'article 67 [TFUE] s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui prévoit que 'dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté'.»

23 Par ordonnance du président de la Cour du 20 avril 2010, les affaires C-188/10 et C-189/10 ont été jointes aux fins des procédures écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Sur la recevabilité*

(...)

30 Dans ces conditions, la demande de décision préjudicielle posée dans ces affaires doit être déclarée recevable.

#### *Sur la première question*

31 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales imposant aux juridictions dudit État membre de se prononcer par priorité sur la transmission, à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois, d'une question relative à la conformité d'une disposition de droit interne avec la Constitution lorsque est en cause, concomitamment, la contrariété de celle-ci avec le droit de l'Union.

#### Observations soumises à la Cour

32 MM. Melki et Abdeli considèrent que la réglementation nationale en cause au principal est

conforme au droit de l'Union, sous réserve que le Conseil constitutionnel examine le droit de l'Union et saisisse, en cas de doute sur l'interprétation de celui-ci, la Cour de justice d'une question préjudicielle, en demandant alors que le renvoi opéré soit soumis à la procédure accélérée en application de l'article 104 bis du règlement de procédure de la Cour de justice.

33 Le gouvernement français estime que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la législation nationale en cause, dès lors que celle-ci ne modifie ni ne remet en cause le rôle et les compétences du juge national dans l'application du droit de l'Union. Afin d'étayer cette argumentation, ce gouvernement se fonde, en substance, sur la même interprétation de ladite législation que celle effectuée, postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice, tant par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, que par le Conseil d'État, dans sa décision n° 312305, du 14 mai 2010.

34 Selon cette interprétation, il serait exclu qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait pour objet de soumettre au Conseil constitutionnel une question de compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union. Il n'appartiendrait pas à celui-ci, mais aux juridictions ordinaires des ordres administratif et judiciaire d'examiner la conformité d'une loi au droit de l'Union, d'appliquer elles-mêmes et selon leur propre appréciation le droit de l'Union ainsi que de poser, simultanément ou postérieurement à la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, des questions préjudicielles à la Cour.

35 À cet égard, le gouvernement français soutient notamment que, selon la législation nationale en cause au principal, la juridiction nationale peut soit, sous certaines conditions, statuer au fond sans attendre la décision de la Cour de cassation, du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité, soit prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires afin d'assurer une protection immédiate des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union.

36 Tant le gouvernement français que le gouvernement belge font valoir que le mécanisme procédural de la question prioritaire de constitutionnalité a pour objet de garantir aux justiciables que leur demande d'examen de la constitutionnalité d'une disposition nationale sera effectivement traitée, sans que la saisine du Conseil constitutionnel puisse être écartée sur le fondement de l'incompatibilité de la disposition en question avec le droit de l'Union. En outre, la saisine du Conseil constitutionnel présenterait l'avantage que ce dernier peut abroger une loi incompatible avec la Constitution, cette abrogation étant alors dotée d'un effet erga omnes. En revanche, les effets d'un jugement d'une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire, qui constate qu'une disposition nationale est incompatible avec le droit de l'Union, sont limités au litige particulier tranché par cette juridiction.

37 Le gouvernement tchèque, quant à lui, propose de répondre qu'il découle du principe de primauté du droit de l'Union que le juge national est tenu d'assurer le plein effet du droit de l'Union en examinant la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union et en n'appliquant pas les dispositions du droit national contraires à celui-ci, sans devoir en premier lieu saisir la Cour constitutionnelle nationale ou une autre juridiction nationale. Selon le gouvernement allemand, l'exercice du droit de saisir la Cour à titre préjudiciel, conférée par l'article 267 TFUE à toute juridiction nationale, ne doit pas être entravé par une disposition de droit national qui subordonne la saisine de la Cour en vue de l'interprétation du droit de l'Union à la décision d'une autre juridiction nationale. Le gouvernement polonais estime que l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une législation telle que celle visée par la première question posée, étant donné que la procédure y prévue ne porte pas atteinte à la substance des droits et des obligations des juridictions nationales tels qu'ils résultent dudit article.

38 La Commission considère que le droit de l'Union, et en particulier le principe de primauté de ce droit ainsi que l'article 267 TFUE, s'oppose à une réglementation nationale telle celle décrite dans les décisions de renvoi, dans l'hypothèse où toute contestation de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union permettrait au justiciable de se prévaloir d'une violation de la Constitution par cette disposition législative. Dans ce cas, la charge d'assurer le respect du

droit de l'Union serait implicitement mais nécessairement transférée du juge du fond au Conseil constitutionnel. Par conséquent, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité aboutirait à une situation telle que celle jugée contraire au droit de l'Union par la Cour de justice dans l'arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629). Le fait que la juridiction constitutionnelle puisse, elle-même, poser des questions préjudicielles à la Cour de justice ne remédierait pas à cette situation.

39 Si, en revanche, une contestation de la conformité d'une disposition législative au droit de l'Union ne permet pas au justiciable de se prévaloir ipso facto d'une contestation de la conformité de la même disposition législative à la Constitution, de sorte que le juge du fond resterait compétent pour appliquer le droit de l'Union, celui-ci ne s'opposerait pas à une réglementation nationale telle que celle visée par la première question posée, pour autant que plusieurs critères soient remplis. Selon la Commission, le juge national doit rester libre de saisir concomitamment la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire et d'adopter toute mesure nécessaire pour assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits garantis par le droit de l'Union. Il serait également nécessaire, d'une part, que la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité n'entraîne pas une suspension de la procédure au fond pour une durée excessive et, d'autre part, que, à l'issue de cette procédure incidente et indépendamment de son résultat, le juge national reste entièrement libre d'apprécier la conformité de la disposition législative nationale au droit de l'Union, de la laisser inappliquée s'il juge qu'elle est contraire au droit de l'Union et de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles s'il le juge nécessaire.

#### Réponse de la Cour

40 L'article 267 TFUE attribue compétence à la Cour pour statuer, à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union que sur la validité de ces actes. Cet article dispose, à son deuxième alinéa, qu'une juridiction nationale peut soumettre de telles questions à la Cour, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, et, à son troisième alinéa, qu'elle est tenue de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

41 Il en résulte, en premier lieu, que, même s'il peut être avantageux, selon les circonstances, que les problèmes de pur droit national soient tranchés au moment du renvoi à la Cour (voir arrêt du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.*, 36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 6), les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part (voir, notamment, arrêts du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, Rec. p. 33, point 3; du 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, Rec. p. I-3277, point 44, et du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-9641, point 88).

42 La Cour en a conclu que l'existence d'une règle de droit interne liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 267 TFUE de saisir la Cour des questions d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts précités *Rheinmühlen-Düsseldorf*, points 4 et 5, ainsi que *Cartesio*, point 94). La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent (arrêt du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).

43 En deuxième lieu, la Cour a déjà jugé que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (voir, notamment, arrêts *Simmenthal*, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Rec. p. I-2741,

point 73; du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, Filipiak, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).

44 En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (voir arrêts Simmenthal, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt Simmenthal, précité, point 23).

45 En dernier lieu, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci (voir arrêt Mecanarte, précité, points 39, 45 et 46).

46 S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

47 Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi.

48 Toutefois, tel que cela ressort des points 33 à 36 du présent arrêt, les gouvernements français et belge ont présenté une interprétation différente de la législation française visée par la première question posée en se fondant, notamment, sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, et du Conseil d'État n° 312305, du 14 mai 2010, rendues postérieurement à la

transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice.

49 À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national.

50 En vertu d'une jurisprudence constante, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union (arrêts du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39; du 27 octobre 2009, ČEZ, C-115/08, non encore publié au Recueil, point 138, et du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, non encore publié au Recueil, point 70). Eu égard aux décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue.

51 L'examen de la question de savoir si une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est possible ne saurait remettre en cause les caractéristiques essentielles du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE telles qu'elles découlent de la jurisprudence rappelée aux points 41 à 45 du présent arrêt.

52 En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement dudit système de coopération nécessite que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire.

53 Dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union.

54 Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20; du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27, ainsi que du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53).

55 En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités.

56 Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la

validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, 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 en cause.

57 Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

*Sur la seconde question*

(...)

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

**1) L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:**

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,**
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et**
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.**

**Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.**

**2) L'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code**

**communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières.**

## DOCUMENT 6

Vie publique

### **La question prioritaire de constitutionnalité (QPC)**

**Depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008, l'article 61-1 de la Constitution est ainsi rédigé : "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. "** La loi organiqueLoi organiqueCatégorie de lois, prévues par la Constitution, dont l'objet est de préciser les conditions d'application de la Constitution. du 10 décembre 2009 détermine les conditions d'application de cet article et institue la question prioritaire de constitutionnalitéConstitutionnalitéQualité de ce qui est conforme à la Constitution.

#### **Qu'est-ce qu'une question prioritaire de constitutionnalité ?**

La question prioritaire de constitutionnalitéConstitutionnalitéQualité de ce qui est conforme à la Constitution (QPC) permet à tout justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition législative à l'occasion d'un procès devant une juridiction administrative ou judiciaire, lorsqu'il estime qu'un texte porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

**La QPC a été instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et précisée par la loi organiqueLoi organiqueCatégorie de lois, prévues par la Constitution, dont l'objet est de préciser les conditions d'application de la Constitution. du 10 décembre 2009. Entrée en vigueur le 1er mars 2010, elle institue un contrôle de constitutionnalité a posteriori.**

#### **Quelles sont les dispositions susceptibles de faire l'objet d'une QPC ?**

Seules les dispositions législatives peuvent faire l'objet d'une QPC.

Il s'agit des textes votés par le ParlementParlementOrgane collégial qui exerce le pouvoir législatif (adoption des lois et contrôle du pouvoir exécutif). En France, le Parlement est composé de deux chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. : lois et lois organiques ainsi que les ordonnances ratifiées par le Parlement. Il peut s'agir aussi d'une "loi du pays" de Nouvelle-Calédonie. La question de constitutionnalitéConstitutionnalitéQualité de ce qui est conforme à la Constitution peut être soulevée à l'encontre de toute disposition législative quelle que soit la date de sa promulgationPromulgationActe par lequel une loi votée devient exécutoire. Consiste en un décret signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre et les ministres chargés de l'application de la loi. ; les dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 entrent dans le cadre de la nouvelle procédure.

En revanche, d'autres textes votés par le Parlement, comme les règlements des assemblées ou certaines résolutions, n'entrent pas dans le champ de la QPC.

**De même, les décrets, les arrêtés ou les décisions individuelles ne peuvent pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce sont des actes administratifs dont le contrôle de constitutionnalité relève du Conseil d'Etat.**

#### **Quels sont ces « droits et libertés que la Constitution garantit » ?**

Comme pour le contrôle de constitutionnalitéConstitutionnalitéQualité de ce qui est conforme à la



Constitution a priori, les normes constitutionnelles pouvant être invoquées à l'appui d'une question de constitutionnalité sont très larges et concernent tous les domaines du droit.

**Il s'agit de l'ensemble des droits et libertés figurant dans le "bloc de constitutionnalité" Ensemble des principes et dispositions que doivent respecter les lois. Il comprend : les articles de la Constitution de 1958 mais aussi la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la constitution de 1946." qui comprend la Constitution du 4 octobre 1958 et les textes auxquels renvoie son Préambule (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Charte de l'environnement de 2004).**

Depuis sa décision fondatrice du 16 juillet 1971, qui a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution de 1958, lequel renvoie au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel s'est érigé en protecteur des droits et libertés des citoyens et en garant de l'Etat de droit.

Attaché à cette mission, il n'a eu de cesse d'étendre le contenu du bloc de constitutionnalité Ensemble des principes et dispositions que doivent respecter les lois. Il comprend : les articles de la Constitution de 1958 mais aussi la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, sur la base des différents principes auxquels renvoie le préambule de la constitution, en faisant preuve de temps à autre d'une certaine créativité.

## **1. Consécration des droits définis par la Déclaration de 1789 et le préambule de la constitution de 1946**

La première décision renvoyant expressément à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) est la décision dite « taxation d'office » du 27 décembre 1973 (relative au principe d'égalité). Depuis, le Conseil a consacré tous les droits et libertés énoncés dans cette déclaration, comme la liberté d'expression, l'égalité de tous devant la loi, devant les emplois publics, devant l'impôt, la non-rétroactivité des lois pénales, le proportionnalité des peines, ou encore la propriété, « droit inviolable et sacré ».

Outre la DDHC, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle des **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** énoncés dans le préambule de 1946. La particularité de ces principes tient au fait qu'ils n'étaient pas énumérés jusqu'à ce que le Conseil en ait la charge. Ceci lui octroie une marge d'appréciation immense : il a ainsi consacré comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République la liberté d'association (décision du 16 juillet 1971), la liberté d'enseignement et de conscience, l'indépendance des professeurs d'universités ou encore le respect des droits de la défense. Dans deux décisions du 20 juillet 1988 et du 4 juillet 1989, le Conseil a précisé les contours des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : ils doivent être tirés d'une législation républicaine antérieure à la IV<sup>e</sup> République et la législation en question ne doit pas avoir été démentie par une autre législation républicaine (nécessité de constance et de répétition).

Les **principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps**, énoncés et énumérés dans le préambule de la constitution de 1946, ont aussi été consacrés. Ces principes ont été décrits comme des droits-créances impliquant de la part de l'Etat des prestations positives et non plus une abstention Abstention Non participation à un scrutin. La doctrine a émis des réserves sur leur constitutionnalité Constitutionnalité Qualité de ce qui est conforme à la Constitution, mais le Conseil constitutionnel les a intégrés dans le bloc de constitutionnalité depuis sa décision du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse (consécration à cette occasion du droit à la santé). Depuis lors, ont été consacrés par exemple : l'égalité homme/femme, le droit d'asile, la liberté syndicale, le droit de grève Grève Arrêt du travail par les salariés d'une entreprise ou d'un service pour la défense de leurs intérêts communs. ou même le droit à l'emploi.

## 2. Principes et objectifs à valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a consacré par la suite des principes dénommés « principes à valeur constitutionnelle » sans autre précision, comme la continuité de l'État et du service public, l'activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou par une personne privée mais sous le contrôle d'une personne publique. On distingue les services publics d'ordre et de régulation (défense, justice...), ceux ayant pour but la protection sociale et sanitaire, ceux à vocation éducative et culturelle et ceux à caractère économique. Le régime juridique du service public est défini autour de trois principes : continuité du service public, égalité devant le service public et mutabilité (adaptabilité). ou la dignité humaine, principe « découvert » à partir du préambule de la constitution de 1946 dont l'introduction dispose : « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine (...) ».

Ont été enfin dégagés des objectifs à valeur constitutionnelle, qui peuvent apporter des limites à d'autres libertés : par exemple, la liberté individuelle et celle d'aller et venir doivent être conciliées avec "ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle" comme le maintien de l'ordre public (décision des 19 et 20 janvier 1981 sur la loi sécurité et liberté).

## 3. Problème de la conciliation de ces différentes normes

Au-delà de la créativité dont a fait preuve le Conseil constitutionnel pour garantir au mieux les droits et libertés, l'extension du bloc de constitutionnalité pose la question de la conciliation de normes de référence d'inspiration différente. Comment concilier liberté et sécurité, propriété et droit au logement, droit à la vie et liberté de la femme de disposer de son corps, etc. ? Le Conseil n'a jamais reconnu de hiérarchie formelle entre les différentes normes composant le bloc de constitutionnalité. Ainsi, il n'utilise pas de méthodes qui auraient pu établir une hiérarchie objective : il n'applique pas la règle *lex posterior derogat priori* - les dispositions du corps même de la constitution ne sont pas supérieures à celles du préambule de la constitution de 1946 ou à celles de la Déclaration de 1789. Il ne fait pas non plus prévaloir les normes expressément formulées sur les normes tirées implicitement de certains textes (par exemple, le principe de continuité du service public a une valeur égale au droit de grève).

**Il n'existe donc pas de hiérarchie formelle entre les droits et libertés des citoyens. Le Conseil constitutionnel dispose, par conséquent, d'une marge d'appréciation très importante pour concilier les droits et libertés dont il entend garantir le respect.**

### Qui peut poser la question prioritaire de constitutionnalité ?

Cette faculté est ouverte aux parties à un procès, la qualité de partie désignant le statut de la personne engagée dans une instance judiciaire.

Lorsqu'elles estiment que la loi qui leur est appliquée au cours de ce procès porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution leur garantit, seules les parties, et uniquement celles-ci, peuvent soulever une QPC.

Une QPC ne peut jamais être posée par le juge lui-même. Néanmoins, le ministère public (Ministère public ou Parquet) Ensemble des magistrats chargés de représenter les intérêts de la société et de veiller au respect de l'ordre public et à l'application de la loi. Le ministère public est hiérarchisé (procureur général, procureur de la République) et subordonné au garde des sceaux. quand il est partie à un procès, comme par exemple dans le procès pénal, peut soulever une QPC.

### Quand et comment la poser ?

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est la question de ce qui est conforme à la Constitution peut être posée au cours de toute instance devant une juridiction de l'ordre judiciaire

(relevant de la Cour de cassation) ou de l'ordre administratif (relevant du Conseil d'État), quelle que soit la nature du litige (civile, pénale, commerciale, sociale, administrative, fiscale etc). La question peut être posée, en première instance, en appel, ou en cassation.

Une exception, cependant : une QPC ne peut pas être posée devant une cour d'assises. En matière criminelle, la question de constitutionnalité peut être posée soit avant le procès devant le juge d'instruction, soit après le procès, en appel ou en cassation.

La QPC est posée par écrit. Il faut toujours un écrit distinct des autres conclusions produites, même devant les juridictions dont la procédure est orale. A défaut la demande serait irrecevable. Cet écrit doit être motivé.

## **Quels sont les conditions pour que le Conseil constitutionnel puisse être saisi ?**

Les critères pour que le Conseil constitutionnel soit saisi de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sont au nombre de trois :

- la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Ces trois critères sont appréciés par la Cour de Cassation ou par le Conseil d'Etat selon la juridiction à l'origine de la QPC.

## **Peut-on poser la QPC directement au Conseil constitutionnel ?**

Il n'est pas possible de saisir directement le Conseil constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) doit toujours être posée au cours d'un procès et la loi prévoit un double filtre, d'abord par le juge du fond, puis par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat selon la nature de la juridiction devant laquelle la question a été posée.

La juridiction du fond doit procéder sans délai à un premier examen. Elle examine si la question est recevable et si les critères fixés par la loi organique (Loi organique n° 689 du 12 décembre 2009) sont remplis. Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité selon le cas au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à son tour à un examen plus approfondi et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel.

Le refus, par les juridictions suprêmes, de saisir le Conseil constitutionnel ne peut faire l'objet d'aucun recours. Quand la juridiction du fond refuse de transmettre une QPC, cette décision ne peut être contestée que lors d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

## **Quelles sont les conséquences pour le procès en cours ?**

Lorsque la question de constitutionnalité (QPC) est transmise, la juridiction doit suspendre la procédure dans l'attente de la décision des juridictions suprêmes puis, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel.

Toutefois, le juge doit statuer sans attendre lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. Il peut également ne pas reporter sa décision si la loi prévoit de statuer en urgence ou dans un délai déterminé.

## Que se passe-t-il après ?

Lorsqu'il est saisi le Conseil constitutionnel a trois mois, à compter du jour où il a été saisi, pour rendre sa décision.

Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée conforme à la Constitution, la juridiction doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition du droit de l'Union européenne ou d'un traité.

Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée contraire à la Constitution, cette décision a deux conséquences :

- l'application de la disposition est écartée dans le procès concerné
- la disposition est abrogée soit immédiatement, soit à compter d'une date ultérieure fixée par le Conseil lui-même.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours.

## La QPC existe-t-elle dans d'autres pays ?

Nonobstant les pays qui n'ont pas mis en place de contrôle de constitutionnalité, de ce qui est conforme à la Constitution des lois (Angleterre, Pays Bas, Suède, Finlande, Luxembourg, Danemark par exemple), nombreux sont les pays qui connaissent sous une forme ou une autre un contrôle de constitutionnalité après l'entrée en vigueur d'une loi.

Mais le contrôle par le biais d'une question préjudicielle (qui oblige une juridiction à suspendre la procédure jusqu'à la décision de la juridiction compétente sur la question posée) est moins répandu. En Europe, la Belgique, l'Espagne, l'Italie et l'Allemagne connaissent ce mécanisme sous des formes voisines.

Ainsi, en Italie, la cour constitutionnelle peut être saisie d'une question préjudicielle par toutes les juridictions dès lors qu'une partie ou le ministère public (ou Parquet) Ensemble des magistrats chargés de représenter les intérêts de la société et de veiller au respect de l'ordre public et à l'application de la loi. Le ministère public est hiérarchisé (procureur général, procureur de la République) et subordonné au garde des sceaux. soulève une question de constitutionnalité. Cette saisine ne fait l'objet d'aucun filtrage.

De même, en Espagne, la saisine du tribunal constitutionnel s'effectue sans filtrage soit à la demande d'une des parties, soit d'office par le juge.

En Belgique, la cour constitutionnelle peut être saisie d'une question préjudicielle posée devant n'importe quelle juridiction, soit à la demande d'une des parties, soit d'office par le juge, après une procédure de filtrage. Contrairement à la France, le juge constitutionnel se limite à écarter la norme contraire à la constitution, il ne l'annule pas.

En Allemagne, l'examen d'une question préjudicielle est toujours soumis à l'autorisation préalable de la cour constitutionnelle.

## DOCUMENT 7

### **La QPC, une révolution qui continue**

#### **La revue parlementaire**

Par DOMINIQUE ROUSSEAU\*, Professeur à Paris 1 Panthéon Sorbonne, et JULIEN BONNET\*, Professeur à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne

L'histoire aime s'amuser. La grande affaire de la révision constitutionnelle de 2008 devait être pour les uns la revalorisation du rôle politique du Parlement et pour les autres la consolidation de la primauté présidentielle ; les premiers mettaient en avant la réécriture des projets de loi par les commissions et la maîtrise retrouvée de la moitié de l'ordre du jour, les seconds le pouvoir donné au président de la République de s'adresser personnellement et directement aux parlementaires réunis en Congrès.

Mais personne ne s'attardait sur la nouvelle rédaction de l'article 61 de la constitution qui accordait aux justiciables le pouvoir de contester « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction » la constitutionnalité de la loi. Trop technique sans doute. Pas suffisamment médiatisable peut-être. Une affaire de juristes et pour juristes en somme.

Et pourtant, aujourd'hui, la question prioritaire de constitutionnalité, la QPC, est la seule réforme qui reste, la seule qui ait profondément bouleversé l'ordre constitutionnel, la seule qui continue encore à déployer ses effets sur la configuration politique de la Vème République.

Trois ans après la révision de 2008, il apparaît que le Parlement n'a pas gagné en pouvoirs, que le Président détermine toujours la politique du pays et que l'indépendance de la justice, le pluralisme de la presse et la participation des citoyens ne sont pas mieux garantis qu'avant. En revanche, un an seulement après son entrée en application le 1er mars 2010, la QPC a restructuré tous les comportements et ouvert une dynamique de recomposition du paysage juridictionnel.

Restructurer tous les comportements. La QPC a d'abord fait de la Constitution la chose des citoyens. Jusqu'alors, elle était la chose des politiques qui l'utilisaient à leur profit comme ressource au service de leur stratégie ; ou des universitaires qui en faisaient l'objet de thèses et de colloques ; ou des journalistes qui faisaient discuter du régime présidentiel et du régime parlementaire.

Avec la QPC, la constitution est sortie dans la rue pour être prise par les citoyens comme « bouclier civique », comme moyen pour défendre leurs droits contre d'éventuels abus de pouvoir du législateur.

En un an, près de 2000 QPC ont été soulevées devant les juges judiciaires et administratifs et le Conseil constitutionnel en a été saisi de 110 environ. En appeler à la constitution est devenu un réflexe de comportement de tout citoyen qui devient justiciable.

Et, par ricochet, tous les acteurs ont modifié leur propre comportement professionnel.

Les avocats, en premier, qui, lors d'une affaire pénale, civile, sociale, commerciale ou fiscale ne peuvent plus se contenter d'appréhender le dossier dans sa dimension pénale, civile ou fiscale et travailler seulement avec en mains le code pénal, le code de commerce ou le code du travail mais sont invités par leur client à puiser dans la constitution et la jurisprudence constitutionnelle les arguments permettant de démontrer l'atteinte que la loi applicable porte aux droits et libertés garantis par la constitution. Appelés à « faire du droit constitutionnel », les avocats doivent, en effet,

rédiger, en plus de leurs conclusions au fond, un « écrit distinct et motivé » où est notamment exposé le caractère sérieux de la contestation de constitutionnalité.

Avec, second ricochet, comme conséquence nécessaire de modifier la pratique professionnelle des juges « ordinaires » à qui il est demandé de faire ce qui leur était interdit jusque-là : apprécier la loi pour décider si elle doit être transmise au contrôle du Conseil constitutionnel. Les juridictions judiciaires et administratives doivent, en effet, filtrer les QPC en contrôlant si elles portent sur une disposition législative qui commande l'issue du litige au fond ou la procédure, si elles n'ont pas déjà été tranchées par le Conseil dans le cadre du contrôle a priori sauf changement de circonstances de droit ou de fait et si elles revêtent un caractère sérieux. De quelque manière que le filtre soit présenté, il conduit nécessairement les juges à procéder à un examen même sommaire de la constitutionnalité de la loi. Les citoyens, les avocats et les magistrats « font » du droit constitutionnel et le font vivre hors de son champ habituel – l'Etat – dans les problèmes du quotidien de la société : le mariage homosexuel, l'adoption, l'hospitalisation psychiatrique, le montant des pensions, les permis de construire,...

Et, ce faisant, tous participent au développement et à l'intériorisation d'une culture de la constitution qui représente, pour la France élevée à la culture de la loi, une révolution des mentalités.

Ouvrir une dynamique de recomposition du paysage juridictionnel. En un an, tout a changé.

Le paysage juridictionnel français était organisé autour de deux ordres, le judiciaire avec à sa tête la Cour de cassation et l'administratif avec le Conseil d'Etat ; désormais, il compte un troisième acteur, le Conseil constitutionnel puisque le procès constitutionnel vient s'encaster dans le procès ordinaire. L'objet du contrôle a posteriori est, en effet, de détacher l'examen de constitutionnalité du moment de l'élaboration de la loi et donc de la procédure parlementaire pour le rattacher au moment de l'application de la loi et donc de la procédure contentieuse. Une QPC déclarée recevable implique de surseoir à statuer au fond et d'attendre que le Conseil ait rendu sa décision pour savoir si le procès peut ou non reprendre. Et de cette nouvelle situation « topographique » découlent des « glissements » de position incertains. Le premier glissement est celui qui pourrait faire des juges ordinaires les juges constitutionnels de droit commun comme ils le sont pour le droit européen. Ayant le contrôle du caractère sérieux et nouveau d'une QPC, ils ont la possibilité de bloquer la saisine du Conseil constitutionnel en décidant que la question n'est pas sérieuse ou en procédant eux-mêmes à une interprétation de la disposition législative contestée qui la rende conforme à la constitution. Ce glissement comporte un risque pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat : que le législateur supprime un filtre devenu bouchon et leur fasse obligation de transmettre au Conseil toutes les questions à charge pour lui de créer en son sein une formation de la recevabilité. L'autre glissement est celui qui pourrait faire du Conseil une Cour suprême, glissement largement opéré par la décision du 6 octobre 2010 . Dans cette affaire, le Conseil a jugé 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 ». Le Conseil prenait ainsi une position inverse à celle de la Cour de cassation qui, par son arrêt du 19 mai 2010, avait refusé de transmettre une QPC au motif que la contestation portait « non sur la constitutionnalité de la disposition mais sur l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation ». L'enjeu de cette controverse ? Refuser le glissement du Conseil Cour suprême pour la Cour de cassation, l'assumer au contraire pour le Conseil constitutionnel. Or, le Conseil a l'avantage de la logique du mécanisme de la QPC qui se distingue du contrôle a priori par ce qu'il porte non sur la disposition législative « sèche » mais sur « la portée effective » que les juges lui ont donné en l'interprétant au fil de sa jurisprudence, « portée effective » que, précisément, le justiciable conteste. Ainsi, aujourd'hui, l'avocat de Rémy Chardon ne conteste pas la loi fixant à trois ans la prescription des délits mais l'interprétation de la Cour de cassation qui a considéré que, pour les délits financiers, le point de départ ne serait pas le moment où ils ont été commis mais celui où ils ont été découverts. Et, la Cour étant l'auteur de cette interprétation, le principe d'impartialité interdit qu'elle soit juge de la constitutionnalité de cette interprétation. Véritable big bang, la QPC n'a pas

fini de produire ses effets. Le prochain est assurément le changement du mode de nomination des membres du Conseil car, s'il n'a jamais été pertinent, la révision de 2008 rend encore plus visible l'inadéquation entre une fonction qui devient juridictionnelle et une désignation qui reste politique.

## DOCUMENT 8

# **QPC et contrôle de conventionnalité : épilogue devant la Cour de justice de l'Union européenne**

La QPC est sauvée, même si elle n'est pas tout à fait indemne! Tel est l'épilogue du drame en trois actes qui a conduit le mécanisme de la QPC du Palais de justice de Paris, en passant par l'Aile Montpensier du Palais Royal jusqu'au plateau du Kirchberg, où la Cour de justice a pris position dans son arrêt *Melki* du 22 juin 2010.

Ainsi que cela a déjà été vu par ailleurs, la Cour de cassation française avait posé le 16 avril 2010 une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UE, afin de pouvoir évaluer le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité au regard de l'exigence de primauté du droit de l'Union européenne et de la faculté ou l'obligation qui pèsent sur les juridictions nationales de poser une question préjudicielle en vertu de l'article 267 du TFUE. Cette question avait été fortement critiquée, car elle retenait une interprétation très contestable de la QPC, estimant notamment que le juge ordinaire était privé de la possibilité de tirer immédiatement les conséquences de la primauté du droit de l'Union une fois que . Entretemps, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 12 mai 2010 rendue sur le fondement de l'article 61 de la constitution, s'était efforcé de couper l'herbe sous le pied à la Cour de cassation. Il avait en effet jugé que la QPC ne fait pas « obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige », pas plus qu'elle ne prive « de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Il restait à voir si la Cour de justice de l'Union européenne, toujours saisie de la question préjudicielle, allait se laisser convaincre par les arguments du Conseil constitutionnel. On peut rappeler les termes de la question préjudicielle :

« L'article 267 [TFUE] s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union? ».

La Cour donne tout d'abord d'importants développements sur une question qui n'avait pas d'intérêt direct pour l'affaire en cause et qui n'avait donc pas été envisagée par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel ; ainsi, lorsqu'est en cause une loi de transposition d'une directive supposément invalide, la question préjudicielle en appréciation de validité d'une directive est prioritaire sur toute autre procédure nationale ; y compris un mécanisme tel que la QPC qui n'est donc plus si prioritaire que cela...

Pour le reste, après avoir rappelé les principes résultant des arrêts *Simmenthal* et *Mecanarte*, la Cour donne la réponse suivante :

« l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et



– de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union ».

La CJUE utilise ici une méthode proche des « réserves d'interprétations ». En d'autres termes, la QPC vue par la Cour de cassation est contraire au droit de l'Union, mais conforme à ce dernier selon l'interprétation du Conseil constitutionnel. Or, en vertu de l'article 62 de la constitution, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Par conséquent, loin de condamner par principe la QPC, la CJUE invite la Cour de cassation et l'ensemble des juges nationaux à retenir une interprétation du mécanisme de la QPC conforme aux exigences du droit de l'Union, que le Conseil constitutionnel avait déjà fournie. Voilà comment la coopération juridictionnelle, qui caractérise la question préjudicielle, a permis de résoudre une question épineuse, nonobstant la stratégie conflictuelle critiquable de la Cour de cassation.

## DOCUMENT 9

### **La QPC, un an après : une réforme positive, à approfondir**

Vingt ans après le dépôt au Parlement du premier projet de réforme en ce sens, la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi après sa promulgation, dans le cadre de n'importe quelle instance, dès lors que la violation de « droits et libertés garantis par la Constitution » est invoquée, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010. Alors que, par le passé, seul était possible un contrôle a priori, dans de très brefs délais après l'adoption de la loi et sur saisine d'un nombre limité de personnes, tout justiciable peut désormais invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi dans n'importe quel litige en cours.

Cette année de mise en œuvre de la « QPC » (question prioritaire de constitutionnalité) appelle un premier constat positif : la réforme fonctionne, les justiciables posent des questions, les juridictions les renvoient, le Conseil constitutionnel les tranche et, dans certains cas, certes minoritaires, abroge des dispositions législatives dont l'inconstitutionnalité entachait l'Etat de droit en France.

Si, d'un certain point de vue, les citoyens et leurs avocats se sont réappropriés la Constitution, les juridictions, en particulier civiles pour dire les choses nettement, ont eu plus de mal à entrer dans le mouvement, la Cour de cassation et le Parlement s'affrontant ouvertement à l'automne. Pourtant, le filtre ne s'est pas transformé en bouchon et, en un an, le rôle du Conseil constitutionnel s'est transformé, les justiciables pouvant même désormais, pour la première fois depuis 1958, plaider devant les neuf membres par l'intermédiaire de leurs conseils. L'équilibre entre les cours suprêmes chargées de filtrer la procédure et les décisions prises par le Conseil constitutionnel est délicat : un excès de renvoi peut tuer la réforme ; un filtre trop sévère la rend inopérante. Les résultats après un an sont globalement satisfaisants, mais la vigilance quant au maintien de cet équilibre est nécessaire.

Toutefois, force est de constater que la question de la composition du Conseil constitutionnel n'a pas été abordée. Avec l'institution de la QPC, couronnée de succès par ailleurs, l'occasion existait de transformer le Conseil en véritable cour constitutionnelle. Elle a été manquée et il faudra tôt ou tard y revenir.

### **NOTE**

Qualifiée lors des débats parlementaires de « révolution juridique », de « révolution démocratique », ou encore de « big bang juridictionnel », l'introduction en France d'une voie de droit permettant au justiciable de contester, a posteriori, la constitutionnalité des lois a fait naître des espoirs à la hauteur de l'attente qui l'avait précédée. Le nouvel article 61-1 de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, a connu une gestation longue de près de trente ans. Initiée dans les années 1980 par Robert Badinter, tentée à nouveau en 1993 à la suite du Comité Vedel, la réforme n'a finalement été mise en œuvre qu'au 1<sup>er</sup> mars 2010, date d'entrée en vigueur de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 qui insère dans l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel un chapitre II bis intitulé « De la question prioritaire de constitutionnalité ».

Un an après son entrée en vigueur, un premier bilan s'impose. Si la première année de mise en œuvre de la QPC constitue un succès (I), elle a aussi vu s'affronter l'autorité judiciaire et le Parlement, sans pour autant que les grandes lignes de la réforme ne soient profondément modifiées (II). La transformation du juge constitutionnel en véritable cour constitutionnelle s'avère nécessaire pour compléter cette réforme positive.

## **1 - UNE PREMIERE ANNEE D'EXISTENCE MARQUEE PAR UN SUCCES STATISTIQUE ET QUELQUES RESULTATS CONCRETS**

Face au contrôle de conventionalité bien ancré dans la pratique juridictionnelle des juges comme des justiciables (il permet à tous les juges d'écarter l'application d'une loi incompatible avec un traité international ou avec le droit communautaire), la mise en place de la QPC selon un mécanisme complexe de transmission, avec filtre et renvoi au Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes (Conseil d'Etat et Cour de cassation) faisait craindre pour son attractivité et son efficacité. Ces premiers mois de pratique démontrent que les justiciables et leurs conseils se sont appropriés cette procédure (1.1.) qui, elle-même, a fait la preuve de son efficacité (1.2.).

### **1.1 - LA QPC S'EST IMPOSEE, EN UN AN, COMME UNE VOIE DE RECOURS ATTRACTIVE**

Les justiciables, enfin « majeurs constitutionnels » selon l'expression du Président Badinter, se sont massivement emparés de la possibilité de contester la constitutionnalité d'une disposition législative à l'occasion d'un litige administratif, pénal ou civil. Le Conseil constitutionnel a été destinataire, à ce jour, de 401 décisions de la part du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Un tiers, soit 123 décisions, sont des renvois d'une question de constitutionnalité, provenant de manière équilibrée des deux ordres de juridiction (le Conseil d'Etat a renvoyé 52 questions contre 55 pour la Cour de cassation).

Ce succès quantitatif est confirmé au sein de chaque ordre juridictionnel. Dès le début du mois de mars 2010, le Conseil d'Etat a été saisi par les justiciables directement, ou par les TA et les cours, de 256 questions dont 60% lui ont été directement soumises, en cassation, cette faculté exceptionnelle étant permise par la loi organique. 581 questions ont été posées à la Cour de cassation, pour 20% par les cours d'appel, 40% par les juridictions de première instance et 40% directement devant elle.

Le système de double filtre (les juridictions subordonnées d'abord, les cours suprêmes ensuite), dont on pouvait craindre qu'il allonge la durée des contentieux et nuise à l'efficacité du mécanisme, semble bien fonctionner. Jamais les cours suprêmes n'ont dépassé le délai de trois mois qui leur est imparti pour décider de transmettre ou non une question, le délai moyen s'établissant devant le Conseil d'Etat comme devant la Cour de cassation autour de deux mois et demi.

Pas de bouchon donc, selon les chiffres, et une véritable appropriation par les citoyens, mais qui resterait lettre morte si le Conseil constitutionnel ne se saisissait pas à plein de sa nouvelle compétence. Or, en un an, 102 décisions, sur les 123 QPC portées devant lui, ont été rendues par le Conseil constitutionnel : 47 de conformité, 9 de conformité avec réserve, 22 de non conformité partielle ou totale et 24 de non-lieu. Le délai moyen de jugement devant le Conseil constitutionnel, pourtant peu habitué à connaître un contentieux aussi important et qui a dû mettre en place une procédure contradictoire, est de 2 mois. En définitive, en un an, la QPC apparaît comme une procédure attractive, rapide et efficace.

### **1.2 - QUELQUES RESULTATS CONCRETS POUR L'ETAT DE DROIT**

Le filtre exercé par les juridictions suprêmes a joué son rôle de manière satisfaisante : la réforme ne devait conduire ni à un blocage du Conseil constitutionnel, qui aurait été submergé par les QPC, ni à un filtrage excessif des questions.

Les questions qui ont effectivement été renvoyées au Conseil constitutionnel ont porté sur des sujets importants, touchant toutes les branches du droit. Dans le domaine du droit pénal, l'abrogation des articles du code de procédure pénale relatifs à la garde à vue de droit commun (décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010) a été saluée dans le débat public. Dans le domaine fiscal, qui représente 60% des questions soulevées devant le juge administratif, dans celui du droit social, du droit de la famille ou encore du droit électoral, de nombreuses questions ont été soulevées. En outre, il faut souligner que les collectivités territoriales sont à l'origine de 7% des questions soulevées devant le juge administratif et qu'elles ont saisi la QPC pour contraindre l'Etat à envisager une compensation financière des transferts de compétence qui leur ont été imposés.

Les abrogations prononcées par le Conseil constitutionnel participent dans certains cas d'un dialogue institutionnel utile. Ainsi, lorsque les juges de la rue de Montpensier ont inauguré leur nouvelle compétence par la censure du régime de cristallisation des pensions des étrangers, ils ont renvoyé au Parlement le soin de compléter la loi. Symbolique par sa matière, l'inégalité censurée ayant été dénoncée de longue date, y compris au cinéma par le film Indigènes, la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 l'est donc aussi par ses conséquences, le Conseil constitutionnel ayant choisi de différer les effets de l'abrogation prononcée et de dicter l'agenda législatif en donnant au Gouvernement jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour réécrire le dispositif, ce qui a été fait : alors que l'on pouvait redouter que le calendrier parlementaire déjà chargé soit un obstacle à l'effectivité de la réforme en laissant des vides juridiques non comblés, il faut souligner que le parlement a adopté les nouvelles règles du régime des pensions des étrangers à l'occasion de la loi de finances pour 2011, respectant ainsi l'injonction du juge constitutionnel. Le Parlement et le Gouvernement jouent donc le jeu.

Les décisions de conformité, avec ou sans réserve, sont également intéressantes. Certaines révèlent le soin que le Conseil constitutionnel met à ne pas empiéter sur le pouvoir politique. Ainsi peut s'analyser le refus de déclarer contraire au principe d'égalité l'interdiction du mariage homosexuel ou de l'adoption au sein d'un couple non marié, ou encore le brevet de constitutionnalité donné au dispositif « anti-Perruche » relatif aux conséquences des erreurs de diagnostic prénatal. D'autres sont plus surprenantes : ainsi, la loi sur les gens du voyage qui donne au préfet des pouvoirs de police exorbitants du droit commun a été validée en quelques lignes peu convaincantes, il est vrai avant que la polémique sur les Roms n'éclate dans le débat public.

Certes, on peut regretter la timidité avec laquelle le Conseil constitutionnel se penche sur certaines questions, relatives notamment au droit des personnes et de la famille. Mais la légitimité du Conseil constitutionnel en dépend sans doute, tout comme en dépend la pérennité d'une réforme encore récente. Par ailleurs, la nature même du Conseil constitutionnel implique une forte dose d'imprévisibilité dans ses décisions, sujet sur lequel il conviendra de se pencher (cf. infra).

Certes encore, certaines décisions de non-renvoi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ont pu être discutées : si les deux cours suprêmes doivent absolument résister à la tentation de s'ériger, de manière trop systématique, en « juge constitutionnel positif » (c'est-à-dire de reconnaître le caractère non sérieux de la QPC et donc la constitutionnalité de la disposition législative contestée, en ne transmettant pas la question au Conseil constitutionnel) et si les questions doivent être renvoyées dès lors que l'argumentation est sérieuse, il est évident aussi qu'un filtre est institué pour jouer son rôle. Lorsque la censure pour inconstitutionnalité paraît très invraisemblable, il est de la responsabilité de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat de ne pas renvoyer la question. C'est cet équilibre qui doit continuer à se construire maintenant.

## **2 - FACE AUX RETICENCES DE LA COUR DE CASSATION, LE PARLEMENT A REAGI EN LAISSANT TOUTEFOIS DE COTE L'ENJEU MAJEUR QUE DEVRAIT CONSTITUER UNE REFLEXION GLOBALE SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

Véritable bouleversement de la tradition politique et juridique française, cette première année d'existence a vu s'affronter à fleurets à peine mouchetés le pouvoir politique et l'autorité judiciaire (2.1.) sans que les fondamentaux de la réforme ne soient remis en cause et alors même qu'une réflexion sur le Conseil constitutionnel aurait dû être menée (2.2.).

### **2.1 - LA MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME A DONNE LIEU A UNE PASSE D'ARMES ENTRE LA COUR DE CASSATION ET LE PARLEMENT**

C'est, de manière surprenante pour les non initiés, aux réticences de la Cour de cassation que la réforme a dû faire face. Forte de sa longue existence et de son rôle de gardienne des libertés individuelles, la Cour de cassation, inquiète de voir son autorité et son rôle d'interprète de la loi subordonnés au juge constitutionnel, a rendu plusieurs décisions provoquant de sérieuses tensions

avec le Parlement.

En décidant d'abord de transmettre à la CJUE la question de la conformité de la loi organique, c'est-à-dire du principe même du caractère prioritaire de la QPC, aux principes communautaires de primauté du droit de l'Union européenne (décision du 16 avril 2010, n° 10-40002), la Cour de cassation a provoqué un clash. Légitime sans doute d'un point de vue théorique, ce renvoi a été perçu comme une volonté de faire obstacle à la réforme (qui sera tout de même jugée conforme au droit de l'Union par la CJUE). Plus encore, en refusant de renvoyer la question de la constitutionnalité de la loi Gayssot relative au délit de contestation des crimes contre l'humanité (7 mai 2010, Mme X et a. c/ FNDIRP, n° 09-80774), en excluant la possibilité pour les justiciables de contester, par la voie de la QPC, l'interprétation donnée à la loi par la jurisprudence ou en refusant de renvoyer la question de la motivation des arrêts des cours d'assises (7 arrêts du 4 juin 2010), la Cour de cassation a pu être regardée comme ayant « conduit à ce que les justiciables se trouvent purement et simplement frustrés d'un droit qui leur a été reconnu par la Constitution » (G. Carcassonne).

Réaction immédiate du Parlement, la formation spéciale créée par la loi organique du 10 décembre 2009 chargée d'examiner les QPC est supprimée à l'occasion du vote de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature (alors qu'au Conseil d'Etat le soin d'examiner les QPC est confié à toutes les formations de jugement de droit commun, la Cour de cassation avait obtenu l'institution d'une formation ad hoc, présidée par le Premier président, sans doute afin de mieux contrôler l'application du dispositif...). Cette première retouche après seulement cinq mois d'existence, réalisée au détour d'un texte tout à fait étranger au sujet, fait singulièrement désordre. Faisant preuve d'une extrême réactivité, la commission des lois de l'Assemblée nationale s'est saisie de la question et a ainsi débuté, seulement six mois après l'entrée en vigueur de la QPC, une forme de première évaluation de sa mise en œuvre. La volonté affichée est de se pencher sur les conditions d'application de la loi et notamment sur « les divergences d'interprétation des juridictions supérieures des deux ordres juridictionnels ». La Cour de cassation, « sentinelle de la loi », a été amenée à s'expliquer devant les parlementaires. La lecture des auditions devant la commission des lois révèle un certain climat de tension et de défiance préjudiciable à l'effectivité de la réforme. Finalement, le rapport de M. Warsmann soulève sept questions dont notamment la possibilité pour une QPC de porter sur l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative. Il envisage surtout, sans toutefois conclure nettement en ce sens, la suppression du filtre et la transformation du Conseil constitutionnel en une véritable cour suprême à laquelle seraient subordonnés le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Sans doute légitime au regard des enjeux de la réforme, la réaction est excessive. Six mois à peine après l'entrée en vigueur d'une réforme de cette ampleur, ce genre de conclusions est pour le moins prématuré. Le Parlement, après avoir longtemps délaissé sa mission de contrôle de l'application des lois, se précipite quelque peu. La QPC est qualifiée à juste titre de révolution juridique et démocratique dans un pays où la souveraineté de la loi constitue un pilier de la tradition républicaine. A ce titre, un temps de latence, de rodage et d'observation des différents acteurs est nécessaire.

## **2. 2 - LA MISE EN PLACE DE LA QPC POSE, A TERME, LA QUESTION DE LA COMPOSITION ET DU FONCTIONNEMENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

La QPC semble être en voie de remplir les trois objectifs qui lui étaient assignés et en cela la réforme doit être saluée.

Les chiffres cités plus haut attestent que le travail d'éviction des dispositions non conformes à la Constitution s'effectue plutôt efficacement. Un ralentissement du rythme des transmissions est d'ailleurs prévisible. La réforme devrait ainsi déboucher, à terme, autant sur une modernisation de la législation que sur sa sécurisation. Le filtre des cours suprêmes, conçu comme un moyen raisonnable d'encadrer la contestation de la loi afin d'éviter une remise en cause trop radicale de la loi votée et, en creux, de l'institution la votant, n'est pas, au final, sérieusement remis en cause. Les mêmes chiffres démontrent aussi l'effet d'attraction important que la QPC a dégagé, malgré la

concurrence du contrôle de conventionalité. La suprématie de la Constitution au sein de l'ordre juridique français est aussi renforcée. Mais si la volonté d'assurer cette prééminence est solidement établie depuis 50 ans et sans doute légitime, il est toutefois regrettable que cela se fasse ouvertement en réaction à l'insertion de plus en plus profonde des ordres juridiques européen et communautaire au sein de l'ordre juridique français. L'attitude de certains après la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la CJUE est ainsi révélatrice de ce que le développement des droits européen et communautaire est vécu plus comme une menace qu'un bienfait.

Dans l'ensemble donc, la réforme doit être saluée et l'échec des deux propositions de loi organique déposées au Sénat à la fin de l'année 2010, visant à supprimer le filtre et à instaurer un mécanisme d'appel des décisions de non-renvoi, laisse penser qu'aucune retouche majeure du mécanisme de la QPC n'est sérieusement envisagée.

Pourtant, un sujet de taille demeure. La QPC renforce considérablement la place du Conseil constitutionnel dans nos institutions. Gagnant en notoriété et sans doute en autorité auprès des justiciables et de leurs conseils, sa place dans le système juridictionnel et son rôle dans la protection des droits se voient renforcés. Cela conduit naturellement à une juridictionnalisation importante du Conseil, lequel se trouve désormais soumis pour la première fois de son histoire, hors contentieux électoral, aux exigences de l'article 6 §1 de la CESDH (droit à un procès équitable, principe du contradictoire...) : ce n'est pas la moindre ironie de la réforme. Malgré la possibilité nouvelle de récuser un membre du Conseil constitutionnel, l'ouverture du prétoire au justiciable et la modernisation des procédures applicables (les séances sont désormais publiques et la vidéo des audiences est disponible en ligne), la juridictionnalisation n'est pas achevée : le Conseil constitutionnel accueille toujours les anciens Présidents de la République à vie ; le régime des incompatibilités auquel sont soumis ses membres ne lui est pas propre ; aucune qualification ou formation n'est requise préalablement à la nomination de ses membres, contrairement au système en place en Belgique, en Allemagne, en Italie et en Espagne. S'il est exagéré de soutenir que le Conseil constitutionnel n'est qu'un organe politique, les apparences ont leur importance en matière de garantie des droits. Sur le fond, le Conseil constitutionnel est devenu une cour constitutionnelle à part entière : la forme doit logiquement suivre. Malheureusement, le sujet, bien qu'abordé par certains parlementaires, ne constitue pas une priorité pour l'Exécutif. Il ne pourra être longtemps éludé.

Médiapart 28 février 2011

## DOCUMENT 10

### **La question prioritaire de constitutionnalité**

par Marc GUILLAUME

Secrétaire général du Conseil constitutionnel

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré dans la Constitution un nouvel article 61-1 et modifié son article 62 pour créer une procédure d'examen par voie d'exception de la constitutionnalité des lois.

L'article 61-1 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 le 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. »*

Le deuxième alinéa de l'article 62 prévoit désormais 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. »*

Cette réforme a un triple objectif :

- donner un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution ;
- purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles ;
- assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne.

La loi organique, prévue par le second alinéa de l'article 61-1, est la loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Dans sa décision n° 2009-595 DC du 2 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a examiné l'ensemble des dispositions de cette loi organique. Il a déclaré celles-ci conformes à la Constitution. Il a formulé trois réserves, dont deux ayant la même portée :

- que la question prioritaire de constitutionnalité ait été soulevée devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (cons. 18) ou devant ces deux juridictions elles-mêmes (cons. 21), le fait que, malgré l'exercice de toutes les voies de recours par le requérant, une décision définitive puisse être rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) et sans attendre qu'il ait statué ne saurait priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ;
- en l'absence de dispositions procédurales spécifiques à l'examen par le Conseil d'État et la Cour de cassation, les dispositions des articles 23-3 à 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil

constitutionnel doivent s'entendre comme prescrivant le respect d'une procédure juste et équitable, le décret devant, en tant que de besoin, apporter les compléments procéduraux nécessaires (cons. 28).

À la suite de l'article 61-1 de la Constitution et de la loi organique du 10 décembre 2009, toute personne pourra, à l'occasion d'une instance, soulever la question tirée de la contrariété d'une disposition législative avec la Constitution. Cette question pourra être soulevée devant toutes les juridictions, à toute étape de la procédure. Elle sera renvoyée au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui s'assureront que les critères de renvoi sont bien réunis. Ces cours suprêmes transmettront alors la question au Conseil constitutionnel, seul juge de la constitutionnalité de la disposition législative, qui pourra, le cas échéant, abroger celle-ci.

La loi organique du 10 décembre 2009 a principalement pour objet, en son article 1<sup>er</sup>, d'insérer un chapitre II *bis* « *De la question prioritaire de constitutionnalité* » dans le titre II de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette ordonnance comprend trois titres : titre I « *Organisation du Conseil constitutionnel* » ; titre II « *Fonctionnement du Conseil constitutionnel* » ; titre III « *Dispositions diverses et transitoires* ». C'est bien dans le titre II que la question prioritaire de constitutionnalité avait sa place.

Le titre II comprend huit chapitres. Après un chapitre I<sup>er</sup> « *Dispositions communes* », les chapitres II, III et IV portent respectivement sur « *Des déclarations de conformité à la Constitution* », « *De l'examen des textes de forme législative* », « *De l'examen des fins de non-recevoir* ». Les chapitres V à VIII portent sur les matières électorales et la mise en oeuvre de l'article 16 de la Constitution. Dans ce cadre, un chapitre II *bis* est créé relatif à la QPC.

Dès le titre de ce chapitre II *bis*, apparaît l'expression « *question prioritaire de constitutionnalité* ». Cette expression traduit deux idées conformes à l'objectif fixé par le constituant à l'article 61-1 de la Constitution.

D'une part, la question de constitutionnalité a bien un caractère « *prioritaire* ». Bien sûr, le juge saisi doit être le juge compétent. En outre, la question étant formulée à l'occasion d'une demande, la recevabilité de celle-ci détermine celle de la question. Mais, pour le reste, la question doit être regardée prioritairement avant toute autre. En effet, dans l'instance, elle a un objet propre. Elle vise spécifiquement l'abrogation de la disposition législative contraire. Elle confère au justiciable le droit, jusqu'alors inexistant, de demander l'abrogation de la loi. C'est en quelque sorte un recours préalable en abrogation. Comme l'a très bien dit le professeur Bertrand Mathieu devant la commission des lois de l'Assemblée nationale : « *La question de constitutionnalité est à la disposition du justiciable mais rien ne l'oblige à la poser. Mais si elle l'est, le juge doit répondre car on ne peut pas laisser sans réponse la demande d'abrogation formulée par le justiciable* »<sup>2</sup>. Dès lors cette question de constitutionnalité doit bien être « *prioritaire* », faute de quoi le droit ouvert par le constituant au justiciable de voir, le cas échéant, la loi abrogée ne serait pas respectée. D'autre part, en qualifiant cette question de « *prioritaire* », la loi organique montre bien qu'il ne s'agit pas d'une question « *préjudicielle* ». En effet, la question doit être traitée avant toutes les autres alors que, face à une question préjudicielle, le juge doit d'abord statuer sur les autres moyens ; il ne pose la question préjudicielle et ne surseoit à statuer que si aucun de ces autres moyens ne lui permet de régler le litige.



C'est bien l'inverse ici.

Ainsi intitulé, le chapitre II *bis* comprend très logiquement trois sections : « *Section I – Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation* » (articles 23-1 à 23-3) ; « *Section II – Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation* » (articles 23-4 à 23-7) ; « *Section III – Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel* » (articles 23-8 à 23-12).

## **I<sup>ère</sup> Partie : Les dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation : articles 23-1 à 23-3.**

### **1 – Article 23-1.**

L'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée est le premier de la section I relative aux « Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ». Il dispose :

*« Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.*

*« 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.*

*« Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.*

*« Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation. »*

**1.1** – En premier lieu, l'article 23-1 définit les juridictions concernées par l'article 61-1. Il le fait de manière extrêmement large. Il inclut aussi bien les juridictions d'instruction que les juridictions de jugement, les juridictions spécialisées que les juridictions de droit commun.

La seule restriction tient au fait que la juridiction devant laquelle est soulevée la QPC doit relever du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. L'article 23-1 ne semble ainsi écarter que le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage. Ces derniers ne « relèvent » ni du Conseil d'État, ni de la Cour de cassation. Pour le Tribunal des conflits, qui n'est pas saisi lui-même, en tant que tel, des questions relatives aux droits et libertés, une QPC peut être soulevée avant ou après le Tribunal des conflits devant la juridiction initialement saisie ou celle déclarée compétente. Pour la Cour supérieure d'arbitrage, instituée par la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail, son activité est fort réduite. En tout état de cause, l'institution du filtre du Conseil d'État et de la Cour de cassation trouve son fondement dans l'article 61-1 de la Constitution. Il n'était donc pas possible pour la loi organique de retenir un autre critère que celui-ci.

L'article 23-1 de la loi organique prend un bon parti de rédaction. Il ne détaille pas les

juridictions devant lesquelles une QPC peut être soulevée. Il rappelle seulement, à la suite de l'article 61-1, que ces juridictions doivent, le cas échéant, renvoyer leur question de constitutionnalité au Conseil d'État et à la Cour de cassation, seuls juges de cassation prévus par la Constitution et « *placés au sommet de chacun des deux ordres de juridictions reconnus* » par celle-ci. C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel au considérant 3 de la décision n° 2009-595 DC.

En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, il peut être relevé que celui-ci devra juger si une QPC peut être soulevée devant lui lorsqu'il est juge électoral. Sa situation est alors différente de celle des juridictions visées à l'article 61-1 qui renvoient la question au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Pour autant, il est possible que la question soit soulevée à cette occasion. Il reviendra alors au Conseil constitutionnel de décider s'il transpose le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception à ce type d'instance. La Constitution ayant chargé ce seul conseil de la mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution, ce serait sans doute logique. Il est néanmoins trop tôt pour anticiper la position du Conseil sur cette question.

**1.2** – L'article 23-1 utilise les termes « *disposition législative* ». Le contrôle peut ainsi porter sur tous les actes de valeur législative, notamment les ordonnances qui, ratifiées, ont alors cette valeur. Indépendamment de l'inclusion des lois du pays de Nouvelle-Calédonie, deux précisions sont utiles, l'une sur les lois organiques et l'autre sur les lois référendaires.

– Les lois organiques.

D'une part, les ordonnances organiques prises en 1958-1959 en application de l'ancien article 92 de la Constitution pourront donner lieu à des questions de constitutionnalité. Ces ordonnances organiques n'ont en effet pas été soumises au Conseil constitutionnel qui n'a été mis en place que le 5 mars 1959. D'autre part, les lois organiques adoptées depuis lors ont été obligatoirement soumises au Conseil constitutionnel, pour l'ensemble de leurs dispositions, en application de l'article 61 de la Constitution. Ces lois organiques ne pourront donc faire l'objet de question de constitutionnalité. En vigueur, elles ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil. Toutefois, une exception à cette impossibilité sera constituée par le « *changement des circonstances* » prévu par l'article 23-2, examiné ci-après. Seul un tel changement permettra, hormis le cas des ordonnances organiques, de poser une question de constitutionnalité sur des dispositions organiques. C'est logique en cette matière d'organisation des pouvoirs.

– Les lois référendaires.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité *a priori* tel qu'il est prévu par l'article 61 de la Constitution vise « *uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* »<sup>3</sup>.

Selon M. Bruno Genevois, « *il y aurait quelque paradoxe à ouvrir une possibilité de contrôle par la voie de l'exception (des lois adoptées par la voie de référendum). Rien ne paraît justifier que le contrôle a posteriori puisse être plus étendu que le contrôle a priori* ». Cette logique conduirait à ce que les lois référendaires soient écartées du champ de la question prioritaire de constitutionnalité.

– Les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie.

Le terme « *disposition législative* » de l'article 61-1 de la Constitution inclut les « *lois du pays* » ce que vient confirmer expressément l'article 23-8 de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel modifiée. Trois raisons militaient en ce sens. En premier lieu, l'article 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que les lois du pays ont « *force de loi* » (cf. ancien article 92 de la Constitution). En outre, le Conseil constitutionnel les qualifie de « *lois* » dans sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 (cons. 20). Enfin, aucune raison ne justifie que ces lois du pays bénéficient, au détriment des habitants de Nouvelle-Calédonie, d'une immunité constitutionnelle au contraire de toutes les autres lois. Il est également possible d'interpréter l'article 77 de la Constitution comme donnant valeur législative aux lois du pays de Nouvelle-Calédonie, qui peuvent relever du Conseil constitutionnel, alors que celles de la Polynésie française qui peuvent être contestées devant le Conseil d'État ont le « *caractère d'actes administratifs* » (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, cons. 75).

**1.3** – L'article 23-1 reprend les termes « *droits et libertés* » figurant à l'article 61-1 de la Constitution. Cette reprise appellera, au fil de sa jurisprudence, des précisions de la part du Conseil constitutionnel.

\* En premier lieu, l'article 61-1 exclut toute contestation de la régularité de la procédure d'adoption de la loi. De même est exclue toute critique relative à l'empiétement de la loi sur la compétence réglementaire.

\* En deuxième lieu, la QPC n'exclut pas d'autres aspects du contrôle de constitutionnalité externe. Doit ainsi pouvoir être soulevée une question relative à la compétence du législateur si est en cause un droit ou une liberté constitutionnellement garanti. Il en irait ainsi au moins dans deux cas :

– devrait pouvoir être soulevée la question du manquement à l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ;

– il en irait de même dans le cas de l'incompétence négative du législateur.

Cette orientation générale, qui est, par exemple, celle de la Cour constitutionnelle italienne, ne doit pas laisser penser que le Conseil procéderait, dans le contrôle *a posteriori*, à un contrôle des incompétences négatives identique à celui exercé dans le cadre de l'article 61. Nombre d'incompétences négatives récemment censurées par le Conseil ne concernent pas les droits et libertés (par exemple, décision n° 2008-574 DC du 29 décembre 2008 : censure de la garantie de l'État accordée à la SNPE pour couvrir des frais de dépollution sans fixer le plafond dans la loi).

Mais d'autres incompétences négatives sont relatives aux « *droits et libertés garantis par la Constitution* » (décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009 : censure du renvoi à un décret de la fixation des règles de procédure pénale). Dans ces hypothèses, l'article 61-1 serait invocable.

\* En troisième lieu, se pose la question de savoir si les objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) constituent des « *droits et libertés* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

On sait que les OVC n'énoncent pas un droit mais un but, un objectif, que le législateur doit prendre en compte lorsqu'il légifère dans ce domaine. Ainsi constituent de tels OVC le maintien de l'ordre public (décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982), l'accessibilité et l'intelligibilité du droit (décision n° 99-421 DC du 16

décembre 1999), le pluralisme et l'indépendance des médias (décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009). Ce sont des impératifs liés à la vie société qui doivent guider l'action normative. Les OVC ne sont pas des droits subjectifs comme les principes de valeur constitutionnelle. Ils ne sont pas d'application directe. Ils ne s'adressent pas aux individus mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat.

Il reviendra au Conseil constitutionnel de juger si un OVC est un « *droit* » ou une « *liberté* » au sens de l'article 61-1. Sans anticiper sur la réponse à cette question, on peut avancer deux éléments. D'une part, il ne pourra s'agir que d'une réponse au cas par cas, OVC par OVC. Il est probable, par exemple, que l'accessibilité et l'intelligibilité du droit ne constitue pas un « *droit* » ou une « *liberté* » au sens de l'article 61-1. D'autre part, la QPC sera posée à l'occasion d'un litige mettant en jeu des droits subjectifs. Dès lors, l'invocation des OVC sera moins naturelle que dans le contrôle objectif qu'est l'actuel contrôle *a priori* de la norme.

**1.4** – L'article 23-1 fixe une seule condition générale de recevabilité : la QPC doit être présentée dans un « *mémoire distinct et motivé* ». Cette condition va permettre d'assurer le traitement rapide de la question et de s'assurer ainsi de son caractère prioritaire. Cette règle d'un mémoire distinct figure aux articles R. 771-3, R. 771-9 et R. 771-15 du code de justice administrative (CJA), à l'article 126-2 du code de procédure civile (CPC) et aux articles R. 49-21, R. 49-22, R. 49-24 et R. 49-29 du code de procédure pénale (CPP).

Le Conseil constitutionnel a implicitement mais nécessairement jugé que cette obligation d'un mémoire distinct et motivé s'applique à tous les stades de la procédure. Le Conseil a en effet jugé que « *le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire "distinct et motivé" ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité doivent lui être transmis* » (cons. 27 de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009). Dès lors, il faut bien qu'un mémoire sur la QPC puisse être distingué à chaque étape de la procédure. Il doit en aller ainsi y compris en appel du refus de transmission ou lors d'un pourvoi en cassation. C'est la règle que reprend le décret n° 2010-148 du 10 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, tant à l'article R. 771-12 du CJA, qu'à l'article 126-2 du CPC et à l'article R. 49-29 du CPP.

Le considérant 27 de la décision n° 2009-595 DC peut apparaître comme ayant seulement une portée procédurale. En réalité il est fondamental. Le Conseil y rappelle, de manière limitée et strictement définie, que sa mission n'est pas de connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée. Le Conseil est un juge spécialisé, le juge de la constitutionnalité de la loi. Mais il n'est que cela. Il devra tenir compte de cette conception quand il fera application la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution (« *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition produits sont susceptibles d'être remis en cause* »). En tout état de cause, avec le considérant 27, le Conseil constitutionnel a engagé l'avenir, pour lui-même et pour ses successeurs si ceux-ci avaient voulu une conception différente. Le Conseil ne

pourra en effet s’immiscer dans l’affaire au fond dès lors qu’il ne disposera que des écrits relatifs à la QPC.

Si cette exigence d’un mémoire distinct et motivé n’est pas respectée, que se passera-t-il ? Le décret n° 2010-148 du 10 février 2010 porte application de la loi organique. Il précise certaines modalités d’application de cette loi organique en fixant des règles de procédure complémentaire. Il en va notamment ainsi pour l’hypothèse d’absence d’un mémoire distinct et motivé de procédure.

Devant la juridiction administrative, l’article R. 771-4 nouveau du CJA pose la règle selon laquelle il n’appartient pas à la juridiction saisie de faire, le cas échéant, régulariser cette exigence d’un mémoire distinct et motivé. L’irrecevabilité découlant de l’absence d’un tel mémoire peut être soulevée d’office par le juge sans en informer préalablement les parties. Ceci n’interdira bien sûr pas aux parties de procéder spontanément à une régularisation. La même règle s’applique devant les juridictions pénales. Il n’en va pas de même devant les juridictions civiles. L’article 126-2 nouveau du CPC dispose que « *le juge doit relever d’office l’irrecevabilité du moyen qui n’est pas présenté dans un écrit distinct et motivé* ». Le juge doit alors appliquer l’article 16 du CPC. Il ne peut sanctionner cette irrégularité qu’après avoir invité les parties à en débattre ce qui leur permet, si elles le souhaitent, de régulariser.

Le législateur organique n’a inséré l’invocation d’une QPC dans aucun délai. La QPC peut donc être soulevée à tout moment de l’instruction. Devant le Conseil d’État, la QPC pourra être invoquée jusqu’à la clôture de l’instruction. Devant la Cour de cassation, la QPC devra de même également être invoquée dans les délais de production des mémoires.

**1.5** – L’article 23-1 qualifie la question prioritaire de constitutionnalité de « *moyen* ». Compte tenu de sa nature, c’est un moyen de droit. La QPC constitue un motif juridique invoqué par une partie au soutien d’une de ses prétentions. Elle ne peut donc constituer la cause ou l’objet principal de l’instance : elle est soulevée au soutien d’une demande d’une partie et elle en est l’accessoire jusqu’à ce que le Conseil constitutionnel en soit, le cas échéant, saisi (en vertu de l’article 23-9, ce n’est qu’à compter de la saisine du Conseil constitutionnel que la QPC cesse d’être l’accessoire de l’instance à l’occasion de laquelle elle a été soulevée, ce qui se justifie par l’effet *erga omnes* de la décision du Conseil constitutionnel). Ce moyen peut être invoqué à tout moment au cours de l’instruction.

– Confirmant cette qualification de « *moyen* » et non de prétention, l’article 23-1 précise que la QPC peut être soulevée pour la première fois en cause d’appel (alors qu’en matière civile, les articles 563 et 564 du CPC prohibent les prétentions nouvelles en appel, mais permettent les moyens nouveaux).

– Confirmant que la QPC est un moyen de pur droit, l’article 23-1 précise qu’elle peut être soulevée pour la première fois en cassation.

– En revanche, à la différence des autres moyens de pur droit, la QPC ne peut être soulevée par le juge. Cela fait suite aux termes du premier alinéa de l’article 61-1 de la Constitution (« *Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu...* »). Le Conseil constitutionnel a déduit de cette formulation qu’elle « *fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d’office une question prioritaire de constitutionnalité* » (cons. 9 de la décision n° 2009-595 DC).

Cette orientation de ne pas permettre au juge de relever d'office la QPC répond à l'objectif de donner au citoyen un droit nouveau en lui laissant la liberté de l'exercer. En effet, tout requérant va, avec l'aide de ses conseils, développer une stratégie judiciaire. D'une part, il peut décider de soulever cette question et il a alors le droit à ce qu'il lui soit répondu avant l'examen de tout autre moyen. C'est en effet ainsi qu'il peut obtenir l'abrogation de la norme. Mais, d'autre part, le requérant peut souhaiter ne pas soulever la question de constitutionnalité et, par exemple, se contenter d'un moyen de conventionnalité. Il en ira ainsi lorsque le requérant pensera pouvoir gagner en s'appuyant sur une jurisprudence très établie de la Cour européenne des droits de l'homme. À la suite de l'article 61-1 de la Constitution, la loi organique respecte ce choix et ne transforme pas la question de constitutionnalité en question automatiquement examinée.

Si la loi organique est claire sur le fait que le juge ne pourra pas d'office soulever une QPC, une incertitude demeure quant à la faculté du ministère public de le faire. Les débats parlementaires ont unanimement souligné que le ministère public sera compétent pour soulever une QPC s'il est partie principale à l'instance. En revanche, le Gouvernement a semblé limiter cette faculté à cette hypothèse, alors que M. Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a souligné, lors de son audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, que « *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* ».

M. Warsmann, rapporteur à l'Assemblée nationale, a semblé suivre ce second point de vue dans son rapport (AN, n° 1898, p.48) :

« *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.* »

Le code de procédure civile prévoit qu'en dehors des cas où la loi prévoit l'intervention du ministère public, celui-ci « *peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* » (article 423). La jurisprudence reconnaît depuis longtemps que l'atteinte à l'ordre public peut résulter d'un jugement (par exemple, récemment, un jugement annulant un mariage à raison du mensonge de l'épouse sur la virginité : CA Douai, 17 novembre 2008). Il n'est donc pas inenvisageable que l'inconstitutionnalité d'une disposition législative puisse être jugée comme portant atteinte à l'ordre public.

Il reviendra à la jurisprudence de préciser cette question du rôle du ministère public que la loi organique ne règle pas expressément.

**1.6** – L'article 23-1 pose par ailleurs une condition spéciale d'irrecevabilité : la QPC ne peut être soulevée devant la cour d'assises. C'est là la reprise d'une disposition du projet initié par Robert Badinter en 1989. Il s'agit d'une restriction au droit très vaste que reconnaît l'article 61-1 de la Constitution de soulever une question. Cependant, le Conseil constitutionnel a jugé (cons. 10 de la décision n° 2009-595 DC) que cette

restriction n'est pas contraire à cet article 61-1. Il en va ainsi du fait de la latitude ouverte dans toute la phase de l'instruction en amont du procès criminel de soulever une question. Or, cette phase en amont du procès criminel dure souvent plusieurs années. En outre, la loi organique prévoit, en cas d'appel d'une décision de cour d'assises rendue en premier ressort, que la question pourra être soulevée au moment de la déclaration d'appel. Un troisième élément doit être pris en compte, relatif à l'intérêt général qui s'attache à ce que les questions de droit et de procédure soient réglées avant l'ouverture du procès criminel. Il en va de la bonne administration de la justice qui est un objectif de valeur constitutionnelle (n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24).

Il peut, par ailleurs, être indiqué que si, en matière pénale, la QPC pourra être soulevée au cours de l'instruction, la chambre de l'instruction en sera saisie. Celle-ci est la seule à disposer du pouvoir d'annuler un acte ou une pièce de la procédure d'instruction. Comme le souligne l'exposé des motifs de la loi organique du 10 décembre 2009 : « *Il est ainsi logique de confier à la juridiction compétente pour statuer sur la validité de la procédure la responsabilité d'apprécier si la question de constitutionnalité soulevée affecte ou non la régularité de la procédure. La chambre de l'instruction pouvant être saisie à tout moment par une partie ou un témoin assisté, cette disposition n'a nullement pour conséquence de restreindre le droit des justiciables de soulever une question de constitutionnalité.* »

## **2 – Article 23-2.**

L'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée dispose :

« *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État 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.*

« *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.*

« *La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.*

« *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. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.* »

**2.1** – Cet article ne crée pas de délai au terme duquel le juge *a quo* devrait avoir statué sur la QPC. On sait que l'Assemblée nationale avait initialement institué un délai de deux mois au terme duquel, si le juge *a quo* n'avait pas statué, le requérant

pouvait saisir de la question le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Ce dispositif n'a finalement pas été retenu par le législateur organique. Il a semblé trop lourd et trop uniforme à ce dernier.

Le Conseil constitutionnel n'a pas jugé inconstitutionnelle cette absence de délai. L'article 61-1 n'impose en effet un délai que pour le Conseil d'État et la Cour de cassation. Pour le juge *a quo*, le constituant a donné une marge de manoeuvre plus grande au législateur organique. Celui-ci a pu choisir la formule « *sans délai* » qui constitue une incitation à juger le plus vite possible sans enserrer pour autant le jugement dans un délai déterminé. Comme le Conseil constitutionnel l'a jugé en 2003 à propos des délais impartis au premier président de la cour d'appel pour se prononcer sur la demande d'effet suspensif de l'appel émanant du procureur de la République, « *sans délai* » signifie « *dans le plus bref délai* » (décision n° 2003-483 DC du 20 novembre 2003, cons. 77). Le but recherché est que le temps d'examen de la transmission et du renvoi de la QPC, puis le temps d'examen de la QPC elle-même, s'impute sur le délai d'instruction de l'affaire et ne la rallonge pas.

Cette précision d'un jugement « *sans délai* » est reprise à l'article 126-4 nouveau du CPC et à l'article R. 49-25 du CPP. Par ailleurs, pour assurer le respect de cette prescription dans le cadre d'une bonne administration de la justice, l'article R. 771-5 du CJA prévoit que, s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil d'État la QPC, le mémoire distinct et motivé relatif à la QPC n'est pas notifié aux autres parties. La même règle figure à l'article R. 49-25 du CPP.

Ce bref délai permettra également, dans les hypothèses de « contentieux de masse », qu'une juridiction, saisie d'une QPC et informée que le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi d'une QPC mettant en cause, par les mêmes motifs, la même disposition législative, attende, avant de statuer sur la transmission, la décision qui sera rendue à l'occasion de la première QPC transmise. Dans ce cas, elle diffèrera sa décision jusqu'à ce qu'elle soit informée de la décision du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel. Cette règle est fixée aux articles R. 771-6 et R. 771-18 du CJA, 126-5 du CPC et R. 49-26 du CPP. Ceci impliquera par ailleurs que des fichiers, accessibles sur internet aux requérants et à leurs avocats, soient mis en place pour indiquer les affaires pendantes tant devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation que devant le Conseil constitutionnel.

Cette exigence de procédure « *sans délai* » ne semble pas s'appliquer lors de la contestation du refus de transmission par le juge *a quo*. En effet une telle exigence ne ressort ni de la loi organique, ni de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, ni du décret n° 2010-148 du 16 février 2010. Dès lors, le juge d'appel ne paraît pas lié par cette exigence. En appel, le caractère prioritaire de la QPC serait ainsi relatif. Il s'agit alors seulement d'une priorité par rapport aux autres moyens invoqués. Il ne s'agit pas d'une priorité procédurale imposant un traitement urgent. Il s'agira d'examiner ce moyen en premier lors de l'audience de la requête.

**2.2** – Les critères justifiant la transmission de la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation sont au nombre de trois. Ils sont cumulatifs.



– Le premier critère impose que la disposition soit applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites. Le projet de loi initial exigeait que la disposition contestée « *commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites* ». Les termes « *à l'occasion d'un litige* » utilisé par l'article 61-1 ont conduit l'Assemblée nationale à modifier cette formulation inutile. Hugues Portelli, rapporteur au Sénat, a relevé à son tour que « *les termes de l'article 61-1 (...) appellent en effet plus de souplesse* »<sup>4</sup>. La formulation retenue présente par ailleurs l'avantage d'éviter toute ambiguïté lorsqu'il s'est agi d'écarter l'assimilation à une question préjudicielle. Sans cette formulation, une disposition législative aurait pu être considérée comme ne commandant plus l'issue du litige si elle avait été écartée par le juge pour inconstitutionnalité. En tout état de cause, cette logique n'a pas été retenue.

– Le deuxième critère exige que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil, sauf changement des circonstances. Comme l'a souligné le Conseil dans sa décision n° 2009-595 DC (cons. 13), ce critère rappelle l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel énoncée par l'article 62 de la Constitution.

Nécessaire, ce deuxième critère donnera lieu à une application qui impliquera quelques précisions de la part du Conseil constitutionnel. Celui-ci a en effet connu quatre périodes différentes dans la présentation du « *considérant balai* » et la rédaction du dispositif : 1960 à 1977 où le dispositif ne statue que sur les dispositions examinées ; 1977 à 1991 où le Conseil se prononce dans le dispositif sur l'ensemble des dispositions de la loi déferée ; 1991 à 1993 où le « *considérant balai* » est supprimé et le dispositif ne se prononce que sur les dispositions contestées ; depuis 1993 où le Conseil ne statue que sur les dispositions qui lui sont expressément soumises ou qu'il a soulevées d'office. Le Conseil constitutionnel devra, rapprocher les termes de la loi organique et ses techniques de jugement passées et notamment celles qui ont eu cours de 1977 à 1991.

Ce deuxième critère conduira également le Conseil à préciser la notion de « *changement des circonstances* ». Il a déjà recours à celle-ci comme le montre la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009. Le Conseil est alors revenu sur la règle imposant un nombre de deux députés minimum par département. Il a invoqué un changement de circonstances de droit (le maximum de 577 députés fixé par le code électoral sur le fondement de l'article 24 de la Constitution) et un changement de circonstances de fait (l'augmentation non homogène de la population sur le territoire).

Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil a apporté trois précisions sur la notion de « *changements des circonstances* » (cons. 13). En premier lieu, ce changement peut résider dans celui des normes de constitutionnalité applicables, par exemple l'adossement à la Constitution de la Charte de l'environnement intervenu depuis une précédente décision de conformité. En deuxième lieu, ce changement peut résider dans le changement des circonstances de fait qui affecteraient la portée de la disposition législative critiquée. En troisième lieu, *a contrario* et sous peine de vider le critère de toute portée, il ne faut bien sûr pas interpréter le changement de circonstances de fait comme renvoyant aux circonstances individuelles et propres à l'instance.

– Le troisième critère est celui selon lequel « *la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux* ». Il vise à écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire. Son application sera au cœur du rôle du Conseil d'État et de la Cour de cassation. De leur appréciation, plus ou moins restrictive, dépendra en grande partie l'évolution de la réforme.

Les décisions de transmission pourraient se contenter de viser ces trois critères pour indiquer qu'ils sont remplis. Il n'en ira pas de même si la décision est de ne pas transmettre. Une motivation spécifique sera alors nécessaire pour indiquer quel (s) critère (s) n'est pas rempli et pourquoi. Le critère posé par le 2° de l'article 23-2 (« *déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* ») devrait notamment, en cas de refus de transmission sur ce fondement, appeler une référence à la décision du Conseil constitutionnel ayant statué sur la disposition législative en cause.

**2.3** – Le cinquième alinéa de l'article 23-2 dispose qu'« *en tout état de cause* », la juridiction doit examiner le moyen tiré de la conformité à la Constitution avant le moyen tiré de la conformité d'une loi aux engagements internationaux de la France. Pour éviter toute ambiguïté, cette disposition confirme le caractère « *prioritaire* » de la QPC.

Cette disposition est fondamentale. Si le juge pouvait refuser de transmettre la question de constitutionnalité au motif que la loi contestée peut être écartée par un raisonnement de conventionnalité, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 serait triplement mise en échec :

– Compte tenu de la proximité entre la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et la protection qui résulte des traités relatifs aux droits de l'homme (conventions du Conseil de l'Europe ou de l'ONU), la quasi-totalité des questions de constitutionnalité pourrait être rejetée au motif que la loi contestée doit être écartée pour inconstitutionnalité. La réforme serait vidée de tout contenu.

– La création d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* vise à replacer la Constitution au sommet de l'ordre juridique français. Il est en effet apparu anormal que tous les juges puissent écarter une loi nationale pour un motif d'inconstitutionnalité alors que le respect de la Constitution ne pouvait être invoqué devant eux. Si l'inconstitutionnalité devait faire écran à l'inconstitutionnalité, cette anomalie subsisterait. Pire, la Constitution deviendrait définitivement une norme seconde.

– La réforme du 23 juillet 2008 a investi le Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, du pouvoir d'abroger les dispositions législatives non conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cette centralisation du contrôle de constitutionnalité, avec effet abrogatif *erga omnes*, est un important gage de sécurité juridique et de cohérence dans la protection des droits fondamentaux. Comme l'a voulu le constituant, il doit primer sur le contrôle diffus et relatif de conventionnalité par les juges judiciaires et administratifs.

Cet alinéa 5 de l'article 23-2 est le fruit tant de la hiérarchie des normes que du rôle propre au Conseil constitutionnel, au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

La réaffirmation de la hiérarchie des normes ne pose aucune difficulté dans l'ordre interne. Dans cet ordre interne, la Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes. Cette primauté est reconnue tant par le Conseil constitutionnel (décision n°

2004-505 DC du 19 novembre 2004) que par le Conseil d'État (30 octobre 1998, *Sarran*) et par la Cour de cassation (2 juin 2000, *Mlle Fraisse*). Cette primauté du droit constitutionnel s'exerce bien sûr à l'égard du droit communautaire. C'est même pour cela que le Conseil constitutionnel a dégagé une jurisprudence sur l'« *identité constitutionnelle de la France* ».

Le Conseil constitutionnel a souligné, dans sa décision du 3 décembre 2009, que cette priorité « *a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie* » et qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire respecter la supériorité sur les lois du droit international et du droit de l'Union européenne. Ainsi, elle n'est pas contraire à l'article 55, aux termes duquel « *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* », ni à son article 88-1, aux termes duquel « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». Il convient d'observer que le traité de Lisbonne étant entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, le Conseil constitutionnel a cité l'article 88-1 de la Constitution dans sa nouvelle rédaction.

Le caractère « *prioritaire* » de la QPC est ainsi une question d'ordre d'examen procédural. Il n'empêche en rien qu'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) soit posée en même temps ou dans un second temps. C'est même un devoir pour les juridictions statuant en dernier ressort lorsqu'elles rencontrent des difficultés d'interprétation dans le droit communautaire.

Ce rapport avec le droit communautaire est parfois mal compris. D'une part, la primauté du droit communautaire n'est pas une question de constitutionnalité, ce qui impliquerait sinon que le Conseil constitutionnel assure le respect par la loi du droit communautaire. Or, on sait que tel n'est bien sûr pas le cas. Le Conseil a seulement déduit de l'article 88-1 de la Constitution que la « *transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* » (décisions nos 2004-496 DC du 10 juin 2004, 2006- 540 DC du 27 juillet 2006 et 2006-543 DC du 30 novembre 2006). D'autre part, cette exigence constitutionnelle de transposition des directives ne semble pas entrer dans le champ de l'article 61-1 de la Constitution. Celui-ci implique que la disposition législative contestée « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». On ne voit pas en quoi tel serait le cas d'une disposition qui méconnaîtrait une exigence constitutionnelle de transposition d'une directive, y compris si celle-ci porte sur des droits et libertés.

Au total, la loi organique tire bien les conséquences de la hiérarchie des normes et de la place, dans l'ordre interne, de la Constitution au sommet de cette hiérarchie. Dans ce cadre, sont soulignées la spécialisation des juges et la différence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, y compris communautaire.

D'une part, le Conseil constitutionnel est renforcé par l'article 61-1 dans sa fonction de juge constitutionnel mais il n'est pas juge de la conventionnalité (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975). Il est l'unique juge constitutionnel de la loi mais il n'est que cela.

D'autre part, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont et demeurent les plus hautes juridictions chargées de juger de la conventionnalité de la loi. Mais le

constituant a refusé qu'ils puissent écarter une loi comme contraire à la Constitution. Dans ce cadre simple, il est par exemple impossible que le Conseil d'État ou la Cour de cassation opère des déclarations de constitutionnalité sous réserve : une loi serait conforme à la Constitution (et donc une question non renvoyée au Conseil) si la loi était interprétée dans un tel sens qui la rendrait conforme à la Constitution. Une telle orientation ferait d'eux des juges de constitutionnalité. La cacophonie jurisprudentielle s'installerait.

**2.4** – L'article 23-2 comporte par ailleurs diverses précisions relatives à la décision juridictionnelle prise par le juge *a quo* de transmettre ou de ne pas transmettre. Le premier alinéa précise que cette décision juridictionnelle doit être motivée. Cette précision pouvait sembler inutile et ce d'autant plus qu'une motivation par référence aux trois critères pourra souvent être retenue.

Par ailleurs, le sixième alinéa de l'article 23-2 vise à éviter les procédures dilatoires. Il dispose, d'une part, que la décision de transmission n'est susceptible d'aucun recours et, d'autre part, que le refus de transmettre la question ne peut faire l'objet d'un contentieux distinct de celui de la décision au fond. Les règles sont rappelées dans le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 (articles R. 771-9 du CJA, 126-7 du CPC et R. 49-28 du CPP).

La décision juridictionnelle de transmettre ou de ne pas transmettre une QPC n'est ainsi pas une « mesure d'administration de la justice ». Il s'agit bien ici de trancher une contestation qui affecte les droits des parties. Une fois tranchée, la QPC ne pourra être examinée à nouveau par le juge lorsqu'il statuera sur les autres moyens de la requête. Il en sera alors dessaisi et l'autorité de la chose jugée de la première décision conduira seule le juge d'appel à pouvoir en connaître de nouveau.

Il est dans la logique de la loi organique que la décision de ne pas transmettre (qu'elle ait été prise par un juge *ad hoc* ou par une formation de jugement) s'impose ultérieurement au juge (au fond) du litige. Celui-ci est ainsi dessaisi du moyen d'inconstitutionnalité. Sinon la question « *prioritaire* » de constitutionnalité ne le serait pas. Il en va bien sûr de même si la décision de refus de transmission émane, en cas de transmission, du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Le jugement ou l'arrêt réglant le litige devrait se contenter de viser la décision de refus de transmission par le juge *a quo*. Une exception à ce principe est nécessaire lorsque le refus de transmission aura été exclusivement motivé par la circonstance que la disposition litigieuse n'a pas été regardée, au stade de l'examen d'une QPC, comme « *applicable au litige* ». Dans ce cas, la formation du jugement au fond doit pouvoir déclarer le refus de transmission non avvenu si elle estime, en définitive, devoir fonder sa décision sur la disposition qui aurait fait l'objet de la QPC qui n'a pas été transmise. Ces règles sont posées aux articles R. 771-10 du CJA, 126-6 du CPC et R. 49-27 du CPP.

### **3 – Article 23-3.**

L'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 modifiée dispose :

*« Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État 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'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. »*

L'article 23-3 fixe le principe général selon lequel la transmission de la QPC conduit la juridiction à surseoir à statuer. Elle doit attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel.

Ce principe connaît un complément général : le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Ce principe connaît des exceptions de deux natures :

\* D'une part, la juridiction peut surseoir à statuer si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence.

Certaines dispositions législatives peuvent en effet imposer au juge de première instance, d'appel ou de cassation de statuer dans un délai déterminé. Dans de tels cas, il peut sembler légitime que le juge puisse renoncer à surseoir à statuer. Il est possible de citer :

– pour le juge judiciaire, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois suivant la première comparution lorsque le prévenu est en détention provisoire (à défaut, le prévenu est mis en liberté d'office) (article 397-3 du CPP) ;

– pour le juge administratif, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois sur les recours tendant à ce que soit ordonné le logement ou le relogement d'un demandeur de logement social reconnu prioritaire (article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation), dans un délai de trois mois sur les recours contre les décisions relatives au séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français, délai réduit à soixante-douze heures en cas de placement en rétention de l'étranger (article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), dans un délai de trois jours lorsque l'enregistrement d'une candidature à une élection est refusé (articles L. 159, L. 210-1, L. 265, L. 303, L. 351, L. 401, L. 410 et L. 420 du code électoral) et dans un délai de quarante-huit heures lorsque le juge administratif

se prononce comme juge des référés et qu'est en jeu la sauvegarde d'une liberté fondamentale (article L. 521-2 du CJA) ;

– pour le juge de cassation, l'obligation de statuer dans un délai de trois mois lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de renvoi en cour d'assises (1° de l'article 604 du CPP) ou lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire (article 567-2 du CPP) et dans un délai de deux mois lorsqu'il est fait droit la requête du demandeur en cassation tendant à faire déclarer son pourvoi immédiatement recevable (3° de l'article 604 du CPP).

Dans tous ces cas, les délais de jugement imposés au juge devraient le conduire à renoncer à surseoir à statuer. Cependant, la loi organique lui laisse la possibilité de surseoir et de ne pas respecter ce délai. Il en ira notamment ainsi s'il lui apparaît que la loi contestée présente de forts risques d'inconstitutionnalité. Il préférera alors attendre la réponse à sa question pour statuer.

La loi organique prévoit un second cas dans lequel le sursis à statuer est une simple faculté : celui dans lequel le sursis risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits des parties. Dans cette hypothèse, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Dans toutes ces hypothèses de sursis facultatif lorsqu'il est formé appel de la décision, la juridiction d'appel surseoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir à statuer si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence. En tout état de cause, en cas de pourvoi en cassation, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doivent surseoir à statuer sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la QPC. Dès lors que le justiciable utilise les voies de recours qui lui sont offertes, il peut ainsi faire obstacle à l'intervention d'une décision définitive. La QPC garde toujours son utilité.

\* D'autre part, la juridiction ne peut surseoir à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. Cette exception automatique n'était pas prévue dans le projet de loi organique de 1990. Comme le souligne M. Jean-Luc Warsmanns, « *cette dérogation est justifiée par la volonté de ne pas retarder la décision susceptible de mettre fin à cette privation de liberté* ».

L'article 23-3 prévoit néanmoins que, lorsque le juge qui a transmis la QPC à la Cour de cassation ou au Conseil d'État n'a pas sursis à statuer, il appartient à la juridiction d'appel ou, dans d'autre cas, à la juridiction saisie en cassation de le faire. Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, ces règles, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, préservent l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée. Il lui est en effet possible, en formant un recours, de bénéficier devant la juridiction d'appel ou de cassation, des conséquences, s'il y a lieu, de la décision du Conseil constitutionnel.

Cette règle connaît toutefois une exception devant la Cour de cassation : lorsque l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation doit statuer dans un délai déterminé, elle doit le faire sans attendre la décision du Conseil constitutionnel, s'il a été saisi.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009, a relevé que cette

exception pose une difficulté puisque, au moins en théorie, elle peut conduire à ce que l'instance soit définitivement tranchée sans attendre la décision relative à la décision de constitutionnalité.

Dès lors, dans l'hypothèse où sa décision conduirait à une censure de la disposition législative contestée, le Conseil constitutionnel a émis une réserve pour préserver le droit du justiciable de ressaisir la juridiction.



Aucun document n'est autorisé.