

Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s)?

Farid Belacel, Xavier Bioy, Guy Carcassonne, Karine Foucher, Stéphane Mouton, Thierry S. Renoux et David Szymczak

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 39 - AVRIL 2013

Résumé : La deuxième journée d'études « Question sur la Question », qui s'est tenue à Toulouse le 1^{er} juin 2012, a conduit à s'interroger sur les tendances susceptibles d'être dégagées à partir de la pratique de la question prioritaire de constitutionnalité. Ces tendances ont été appréciées sous trois points de vue : celui de la doctrine vis-à-vis de l'objet QPC, celui des juges et de la construction procédurale de la QPC et celui du plaideur à l'origine de la constitutionnalisation de nouveaux champs du droit. La journée d'études dresse ainsi un panorama synthétique des questions soulevées par la QPC et ses différents acteurs après deux années de pratique sur le plan du discours doctrinal, du contentieux de constitutionnalité et du contenu du droit constitutionnel jurisprudentiel substantiel.

La QPC et l'autorité judiciaire

À première vue, *l'autorité judiciaire*, ici évoquée en tant qu'institution, n'est pas affectée par la création d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Est simplement ouverte une nouvelle procédure de saisine du Conseil constitutionnel venant parachever un édifice déjà connu car préexistant. En ce sens, jusqu'à présent, la doctrine semble privilégier une approche purement *procédurale* de la QPC ⁽¹⁾ davantage que son *apport au droit matériel* ainsi que son *efficience normative*, domaines encore peu explorés et cependant sources d'innovations prometteuses en ce qu'elles devraient affecter durablement, *la nature même*, l'identité oserait-on écrire, *du droit constitutionnel en France*.

Pourtant, le mouvement s'accroît. À un *droit constitutionnel des compétences et des procédures*, succède un *droit constitutionnel de fond*, dans lequel la QPC s'insère avec grande difficulté, tant son caractère *abstrait* ne saurait s'accommoder longtemps d'un environnement contentieux inévitablement *concret*.

S'élabore ainsi, au fil des décisions de justice - et pas seulement celles du Conseil constitutionnel - un droit jurisprudentiel, une « *Constitution matérielle* » ou « *Constitution bis* » *car non écrite*, transformation dont la publication, dès 1995 d'un « *Code constitutionnel* » commenté et annoté était déjà révélatrice. La QPC amplifie la découverte des *sources constitutionnelles* de branches du Droit. Elle conduit ainsi à une *appropriation du droit constitutionnel par le justiciable et son juge*. Juges « communs » et Conseil constitutionnel sont convoqués au procès ouvert par la QPC, enfin perçu dans son ensemble, même si le phénomène n'a pas encore atteint son acmé, celui d'une reconnaissance explicite d'un pouvoir public constitutionnel, celui des juges et des juridictions, celui d'une *Justice* que la lettre de la Constitution continue d'ignorer superbement.

Vue au prisme de la QPC, l'autorité judiciaire reçoit une place qui, sans être nouvelle, suscite l'interrogation car elle demeure sur un plan fonctionnel, l'une des modalités d'expression d'un *pouvoir juridictionnel innommé*, sur un plan organique, une notion constitutionnelle ambivalente qui continue d'inclure les *magistrats du siège et ceux du parquet*.

I - L'autorité judiciaire, expression d'un pouvoir juridictionnel innommé

Au-delà du simple visa du *principe d'indépendance de l'autorité judiciaire* (Constitution, art. 64), conformément à un mouvement engagé sur contrôle préventif, la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée en réponse à une QPC s'appuie sur un autre principe, formulé par la Déclaration des droits de 1789 (DDHC), celui de *la séparation des pouvoirs*. Ainsi dans sa décision *M^{me} Ekaterina B., épouse D., et autres* (2011-192 QPC du 10 novembre 2011, [Secret défense]) le Conseil constitutionnel juge *que si « le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement »* (cons. 20), ce même principe de séparation des pouvoirs affirmé par l'article 16 de la DDHC, impose au législateur d'assurer une « *conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre (...) le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* », impératifs constitutionnels qui ne peuvent dès lors aboutir à ce que tous lieux échappent aux investigations du juge. *Il ne saurait exister de « sanctuaire », interdit d'accès au juge, s'opposant ainsi a priori à la recherche de tout élément de preuve*. C'est au regard du même principe qu'il

faut lire d'autres décisions QPC du Conseil constitutionnel, saisi en matière d'hospitalisation d'office, en ce qu'elles déclarent *contraire à la Constitution* toute disposition législative qui *subordonne la fonction de juger à une autorisation administrative*, même donnée par un expert (2011-185 QPC du 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C.* [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]) (2). De telle sorte que par-delà *l'indépendance de l'autorité judiciaire*, dont le respect est imposé par l'article 64 de la Constitution, apparaît désormais clairement une nouvelle exigence : celle de *l'indépendance de la justice* dans son ensemble, conséquence du principe de séparation des pouvoirs formulé par l'article 16 de la DDHC et qui concerne toutes les juridictions, aussi bien judiciaires qu'administratives ou professionnelles (3).

II - L'autorité judiciaire comprend les magistrats du siège et ceux du parquet

En visant l'autorité judiciaire, la Constitution de 1958 en ses articles 64 et 65 désigne à la fois les magistrats du siège et les magistrats du parquet. On ne sera guère surpris de constater que le Conseil constitutionnel saisi par QPC réitère avec constance une solution jurisprudentielle fixée sur contrôle préventif de constitutionnalité, en soulignant que *l'autorité judiciaire*, au sens de la Constitution comprend *les magistrats du siège et les magistrats du parquet* (4). C'était compter sans deux séries de difficultés d'interprétation (a), dont, de manière paradoxale, seules les secondes ont retenu récemment l'attention de la doctrine (b) sans pour autant convaincre (c).

a) Les premières difficultés d'interprétation procèdent du libellé même de la Constitution. Certes, il ne fait guère de doute que la Constitution retient le principe d'unité de l'autorité judiciaire en affirmant, dans ses articles 64 et 65, le principe d'un unique statut des magistrats de carrière. Mais, *première difficulté*, il est pour le moins délicat de confier de la même manière aux procureurs et aux juges, le soin d'assurer *la sauvegarde de la liberté individuelle*, mission expressément dévolue à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution. C'est une des raisons pour lesquelles nous avons initié *la théorie de la gradation des compétences constitutionnelles de l'autorité judiciaire* (5). En outre, *seconde difficulté*, la Constitution précise explicitement que *l'autorité judiciaire est indépendante*, ce qui n'est pas le cas du parquet, organisé selon les principes de hiérarchie interne et de subordination. Lors de l'élaboration de la Constitution en 1958, Michel Debré, alors garde des Sceaux, avait justifié cette rédaction ambivalente en rappelant qu'il est indispensable que les procureurs se sentent indépendants (6). L'affirmation semblait davantage incantatoire que réelle, dans une période particulièrement troublée. Ceci nous avait conduit, au vu de la jurisprudence constitutionnelle de l'époque, à souligner (en 1984) dans notre thèse *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire* que les magistrats du parquet *n'appartenaient pas* à la notion constitutionnelle d'autorité judiciaire, au sens du texte de 1958. La notion constitutionnelle et par conséquent, la jurisprudence, ont changé avec l'institution en 1993 d'un nouveau Conseil supérieur de la magistrature, associant étroitement magistrats du siège *et du parquet* tant dans sa composition que, pour une large partie, dans ses attributions (7). Ceci explique *« l'innovation »*, qui n'est nullement fortuite, saluée mais hors de son contexte par une doctrine savante, par laquelle le Conseil constitutionnel, revenant clairement sur la motivation de sa décision *« Sécurité liberté »* de 1981 (8) rendue au rapport du doyen Vedel - sans qu'il s'agisse, contrairement à ce que certains auteurs ont cru devoir prétendre, d'une quelconque maladresse de rédaction de cette décision - énonce expressément que *« l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »* (9). Dans différents articles, chroniques et commentaires, publiés depuis lors, nous avons pris acte de cette modification majeure et salué cette avancée conforme aux objectifs initiaux de la Constitution de 1958 tout en soulignant qu'elle supposait dès lors à nos yeux d'accroître les garanties constitutionnelles du parquet (10). *Vox clamat in deserto*.

b) Les secondes difficultés d'interprétation procèdent du libellé de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Selon cet article *« toute personne arrêtée ou détenue »* doit être *« aussitôt »* traduite devant *« un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »*. Certes, comme pour le contrôle avant promulgation de la loi, le Conseil constitutionnel saisi par voie de QPC s'assure de la conformité des dispositions critiquées au regard de la Constitution et non au vu de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH). Cependant, dès l'instant où les dispositions législatives contestées sont en vigueur, elles sont également susceptibles d'être l'objet, de part du juge administratif ou judiciaire, d'un contrôle de leur conformité à la CESDH. Dès lors, se pose inévitablement la question de la simple compatibilité entre les normes constitutionnelles telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel et les normes conventionnelles telles que fixées par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Mais, *première difficulté*, celle-ci estime qu'en raison de son statut, un magistrat du parquet ne saurait être considéré comme une *« autorité judiciaire indépendante »*, au sens de l'article 5 § 3, celui-ci désignant une notion autonome, affranchie des contextes nationaux. En d'autres termes, seul un magistrat du siège, indépendant et non un magistrat du parquet, dépendant, doit décider de toute mesure privative de liberté personnelle. En outre, *seconde difficulté*, toujours selon la Cour, l'indépendance statutaire ne suffit pas. Elle doit s'accompagner d'une indépendance fonctionnelle, par rapport aux parties. Autrement dit *« le juge ou magistrat »* doit pouvoir décider en toute *impartialité*. Or, toujours selon la Cour, un procureur, dès l'instant où il peut être autorisé de poursuite ne saurait apparaître comme impartial. Ceci explique que, confirmant une solution déjà dégagée à propos de la France quelques mois plus tôt (11), la CEDH, dans un arrêt bien connu dans la *« Ville rose »* (12), juge que tant du fait de son statut qu'en raison de ses fonctions, le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de *« juge ou (...) autre magistrat habilité*

par la loi à exercer des fonctions judiciaires » l'autorisant à décider du maintien en détention de la requérante dans l'attente de son transfèrement au juge d'instruction.

c) L'appréciation de la qualité de juge ou magistrat au sens de la Convention est-elle déterminante dès l'instant où est d'abord considéré le délai de rétention ? Ceci est loin d'être certain. Les faits qui ont donné lieu à la jurisprudence *Moulin* sont édifiants. Bien sûr, tout au long de sa décision, la CEDH s'interroge sur le point de savoir si depuis le début du placement en garde à vue jusqu'à la présentation à deux juges d'instruction aux fins de mise en examen, soit au total plus de cinq jours, la personne retenue contre son gré a été ou non présentée à un « *juge ou magistrat habilité par la loi* », autrement dit suffisamment indépendant et impartial au sens de la Convention.

Pour autant la « *ratio decidendi* » de la jurisprudence *Moulin* est ailleurs. En effet, dans cette affaire, moins de deux jours après le commencement de la mesure, la prolongation du placement en garde à vue a été prononcée... par un « *vrai juge* », au sens de l'article 5 § 3, puisqu'il s'agit... du *juge d'instruction*. Mais celui-ci a statué sur la prolongation *sans auditionner* la requérante. Dès lors, le débat change de nature : *l'indépendance et l'impartialité du juge ou magistrat est une condition certes nécessaire mais en tous cas non suffisante du respect des prescriptions conventionnelles*. Non seulement celles-ci exigent que la personne retenue contre son gré puisse faire valoir les arguments en faveur de son élargissement, autrement dit le strict *respect des droits de la défense* - non pas le droit au juge - mais surtout, est déterminant *le bref délai* dans lequel s'effectue cette présentation « *aussitôt* » à l'autorité judiciaire.

Depuis l'affaire *Brogan* (13), un *délai de quatre jours* semble un maximum pour les procédures de droit commun, mais un délai légèrement inférieur a pu être jugé excessif (14), eu égard au *type d'infraction poursuivie*, aux *circonstances exceptionnelles* de l'enquête ou à la *vulnérabilité* des personnes retenues.

La CEDH s'accommode donc de gardes à vues sans intervention d'une « *autorité judiciaire* » au sens conventionnel pour des durées de droit commun nettement supérieures aux 48 heures françaises. Mieux, ce délai, aujourd'hui inscrit dans notre code de procédure pénale mais au départ issu d'une jurisprudence fixée par le Conseil constitutionnel lui-même dès 1981, est l'un des plus courts de l'ensemble des 47 États membres du Conseil de l'Europe, nombre de législations fixant le délai de présentation *en jours et non en heures* depuis l'arrestation par la police.

Il reste cependant qu'en admettant, avec le « *petit dépôt* », pour de simples exigences pratiques, qu'une personne - même pour une durée strictement limitée à *vingt heures* supplémentaires après la levée de la mesure de garde à vue et avec *information immédiate* du magistrat devant lequel elle doit comparaître - soit dès lors présentée au juge dans un délai total expirant à la 68^e heure, *de manière générale et indifférenciée* et en dehors de toute procédure exceptionnelle (15), le Conseil constitutionnel s'éloigne de la voie qu'il a tracée.

En définitive il est exact que le magistrat du parquet n'est ni magistrat ni autorité exerçant « *les fonctions judiciaires* » au sens de l'article 5 § 3 de la CESDH. Mais en quoi cela s'oppose-t-il en ce qu'il appartienne à *l'autorité judiciaire* au sens de la Constitution, dès l'instant où, sur un plan *constitutionnel et conventionnel*, les *droits de la personne retenue* contre son gré sont, comme il vient d'être exposé, respectés ?

Magistrat, le membre du parquet l'est aussi bien *statutairement* - puisqu'il appartient à la magistrature judiciaire (16) et non au corps des fonctionnaires de police que cependant il contrôle - que *fonctionnellement*, puisqu'à la différence des ses homologues allemand, italien ou espagnol, *soumis au seul principe de la légalité*, il dispose de l'opportunité des poursuites, autrement dit, du *droit et du devoir* de classer ou non une plainte dont il est saisi, non arbitrairement, mais en fonction de l'intérêt de la société.

Membre d'une juridiction, il l'est aussi, en ce qu'il est affecté à une juridiction judiciaire à laquelle il appartient et exerce ses fonctions.

Membre du tribunal, organe de jugement, il ne saurait l'être, car il ne dispose pas de la plénitude de juridiction, du pouvoir de dire le droit avec force de vérité légale. Pas davantage lorsqu'il exerce *le ministère public*, il ne saurait être juge et partie, poursuivre et juger définitivement. Ceci explique tout d'abord que s'il n'est pas « *une partie comme les autres* » (17) - car disposant de *droits mais aussi de devoirs plus étendus*, tel que celui de respecter *les principes d'impartialité et d'objectivité* dans la mise en oeuvre de l'action publique notamment l'administration de la preuve, ce qui le distingue de la *partie civile* -, le magistrat du parquet ne peut en aucun cas exercer des attributions *sans limites* ou de façon *arbitraire* (18). Ceci justifie ensuite que *toute transaction pénale* organisée sous son autorité doive être obligatoirement *homologuée par un juge*, magistrat du siège, pour produire effet.

Loin de se contredire, *les standards conventionnels européens et constitutionnels français se superposent* donc, ces derniers étant même plus contraignants que les premiers.

Autrement dit, ce n'est pas en raison des jurisprudences *Medvedyev* et *Moulin* que le parquet français doit être l'objet d'une réforme - le

déferement à une autorité judiciaire indépendante (au sens de l'article 5 CEDH) s'effectuant « *aussitôt* » - mais par l'effet des *principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité de la justice* issus de l'article 16 de la DDHC.

Ces principes *constitutionnels* exigent désormais, tout d'abord de *renforcer l'indépendance statutaire du magistrat du parquet* en assimilant pleinement ses règles de nomination, de carrière et de discipline à celles en vigueur pour les magistrats affectés au siège et à l'application desquelles, il importe tout de même de le rappeler, le magistrat du parquet participe *déjà* directement, aux côtés de ses collègues du siège, au sein des formations du Conseil supérieur de la magistrature.

Ces mêmes principes *constitutionnels* exigent ensuite de garantir objectivement *l'impartialité des poursuites* en obligeant le magistrat du parquet à *motiver de manière explicite les décisions de classement*, en aménageant *une voie de recours effective* contre celles-ci lorsque l'action publique ne peut être déclenchée par la constitution de partie civile, enfin *en supprimant toute instruction individuelle*, de poursuite ou non, délivrée par le pouvoir exécutif. Ce dernier ne saurait s'immiscer dans les affaires judiciaires. *Sur un plan général*, ses directives doit être connues de tous les magistrats par la voie de circulaires de politique pénale, occasion d'un *dialogue* entre les procureurs généraux et le ministère de la Justice. Si par extraordinaire, l'opinion de celui-ci devait être connue *sur un plan particulier* car concernant le Gouvernement, à peine de nullité de la procédure, cet avis éclairé devrait être donné en bonne et due forme dans des observations écrites et motivées adressées au procureur général en charge du dossier et confiant au membre du parquet, précisément parce qu'il est « *magistrat* » le soin d'en tirer les conséquences appropriées, sous le contrôle du Conseil supérieur de la magistrature. QPC ou non, la place de l'autorité judiciaire dans notre Constitution continue donc de faire débat. Il est grand temps que la loi et la Constitution lui apportent une réponse claire, si possible définitive mais en tous les cas adéquate.

Thierry S. RENOUX

L'eupéanisation des griefs d'inconstitutionnalité : les droits-garanties dans la jurisprudence QPC du conseil constitutionnel

Indubitablement, l'avènement de la QPC a modifié de façon spectaculaire les rapports entre le droit constitutionnel français et celui de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). On sait par exemple que le procès constitutionnel se trouve désormais largement soumis aux exigences de l'article 6 § 1 CEDH [\(19\)](#), l'obligation faite au Conseil constitutionnel de respecter les standards du procès équitable normalisant ainsi sa situation en regard des autres cours constitutionnelles européennes, de même qu'elle le légitime en tant que juridiction. Ces aspects étant connus [\(20\)](#), il s'agira de s'intéresser ici à l'influence exercée par la CEDH sur le contenu des QPC [\(21\)](#). Quoique cette contribution se limite aux droits-garanties, au rang desquels figurent notamment le droit à un recours effectif et celui à un procès équitable, la plupart des analyses pourraient être reconduites s'agissant des droits substantiels [\(22\)](#). Reste que concernant spécifiquement l'eupéanisation des griefs relatifs aux droits-garanties, les choses peuvent *a priori* s'énoncer simplement. Il semble que le Conseil constitutionnel, de sa propre initiative et/ou sous l'impulsion des plaideurs, s'inspire de plus en plus étroitement de la CEDH. Mais que, dans le même temps, il répugne toujours à l'avouer, continuant à privilégier le fameux « *dialogue sans parole* ». Pour s'en convaincre, seront envisagées les modalités formelles (I), puis les manifestations substantielles de l'eupéanisation des griefs (II)

I - Les modalités formelles de l'eupéanisation des griefs

La QPC n'a apparemment rien changé au fait que le Conseil se refuse toujours à citer la CEDH (A). Un refus qui masque cependant mal le fait que la Convention est en réalité de plus en plus présente dans son raisonnement (B).

L'absence d'invocation explicite de la CEDH

Exception faite de la décision sur le Traité constitutionnel [\(23\)](#) et des décisions en matière électorale [\(24\)](#), les juges de Montpensier ne se sont jamais référés *expressis verbis* à la CEDH, *a fortiori* à la jurisprudence de Strasbourg. Rapportée aux autres cours européennes, cette situation est unique. On pourra certes comprendre - sans le partager - le souci du Conseil de ne pas brouiller les lignes entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité et partant, celui de ne pas remettre en cause la jurisprudence *IVG*. Toutefois, même en laissant de côté les cours constitutionnelles qui exercent le double contrôle et prennent en compte la CEDH de façon « autonome », toutes les autres acceptent de se livrer à une utilisation « auxiliaire » expresse de la CEDH. À savoir qu'elles l'utilisent comme instrument d'interprétation de leur Constitution, soit sur habilitation constitutionnelle [\(25\)](#), soit de leur propre initiative [\(26\)](#). Certes, le droit conventionnel n'est pas toujours pris en compte avec la même fréquence ni avec la même intensité selon les cas [\(27\)](#). Mais nul par ailleurs qu'en France, la CEDH n'est à ce point formellement évacuée.

S'agissant des droits-garanties, le Conseil n'évoquera donc jamais les articles 6 et 13 CEDH, mais plutôt l'article 16 de la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen (DDHC), son article 9 (présomption d'innocence) ou l'article 64 de la Constitution (indépendance de l'autorité judiciaire). N'étant pas dans les secrets des Sages, il est difficile de saisir pourquoi le Conseil persiste dans ce choix d'évacuation formelle. Certes, l'important est que les droits soient bien protégés, mais une invocation expresse de la CEDH permettrait une meilleure articulation des garanties européennes et internes. Sans qu'il soit besoin de renoncer à la jurisprudence *IVG*, le Conseil renforcerait ainsi l'autorité persuasive de ses décisions, tandis que les juges du renvoi et les requérants verraient leur tâche simplifiée. Au demeurant, cette attitude pourrait poser problème si une double évolution avait lieu dans le sillage de la conférence de Brighton d'avril 2012. À supposer en effet que la QPC participe un jour de la règle de l'épuisement des recours internes et qu'il soit par ailleurs mis fin à la règle de l'invocation en substance, certains requérants pourraient se retrouver piégés. En effet, ceux-ci pourraient, sous peine d'irrecevabilité, être obligés de poser une QPC et d'y indiquer précisément la disposition de la CEDH selon eux violée... laquelle ne serait pas forcément celle attendue par le Conseil [\(28\)](#).

Des développements qui précèdent, on comprendra incidemment que si le Conseil ne cite pas la CEDH, les juges *a quo* ne l'invoquent guère plus dans leurs décisions de renvoi, se plaçant comme c'est attendu d'eux, sur le seul terrain de la contrariété au bloc de constitutionnalité. On pourrait dès lors penser que les plaideurs ne participent pas à l'eupéanisation des griefs... ce qui serait une erreur.

Une prise en compte implicite de plus en plus fréquente

À y regarder de près, on peut estimer que dans la majorité des QPC traitées, le Conseil a bien pris en compte la CEDH. « *Y penser toujours, n'en parler jamais* » pour citer M. Guillaume [\(29\)](#) dont la présence à la tête du secrétariat général laisse penser que le Conseil connaît la jurisprudence européenne, s'en inspire... ou du moins s'efforce de ne pas la contredire sans raison. Il semble donc que le Conseil ait bien jeté un coup d'oeil du côté de Strasbourg avant de statuer sur la cristallisation des pensions, la garde à vue ou le mariage homosexuel... Plusieurs raisons expliquent que cette prise en compte, fut-elle implicite, soit impérieuse. Positivement, les champs d'application de la QPC et du contrôle exercé à Strasbourg sont quasiment jumeaux. Partant, il est rare que le Conseil statue sur une question pour laquelle la Cour ne se serait pas déjà prononcée contre la France ou un autre État partie. Négativement, le Conseil peut être - comme l'ont déjà été ses homologues européens - indirectement désavoué à Strasbourg ce qui n'est jamais plaisant. Dès 1999, la décision *Zielinski* avait montré que les approches interne et européenne pouvaient diverger [\(30\)](#). La QPC a cependant constitué un formidable catalyseur et les hypothèses de contact - et donc de friction - sont désormais plus fréquentes. En résumé, le Conseil a aujourd'hui une responsabilité accrue en vue de limiter les risques de condamnation de la France. Il pourra certes choisir de s'écarter délibérément de la jurisprudence de Strasbourg, mais ne pourra pas l'ignorer purement et simplement.

La prise en compte implicite du bloc conventionnel est-elle pour autant plus importante en matière de droits-garanties ? Plus régulière, c'est certain mais cela tient au fait que de tels griefs sont quantitativement très présents dans le contentieux QPC. À ce titre, on peut donc penser que les plaideurs participent bien du mouvement d'eupéanisation, puisqu'ils incitent le Conseil à opérer un « pont régulier » entre les droits constitutionnel et européen. Sous un angle qualitatif, on ajoutera que le Conseil paraît suivre plus fidèlement la jurisprudence européenne relative aux droits-garanties, constat qui s'explique par la nature des contentieux. Contrairement aux QPC portant sur des droits substantiels, qui peuvent comporter une dimension idéologique, celles touchant aux droits-garanties sont souvent moins sujettes à débats. Si l'on y ajoute le fait que la jurisprudence relative à l'article 6 CEDH est à la fois fournie et assez prévisible, on comprendra qu'il soit plus aisé pour le Conseil de faire coïncider les standards constitutionnels et européens en la matière.

II - Les manifestations substantielles de l'eupéanisation des griefs

Afin d'illustrer plus avant le mouvement d'eupéanisation, seront envisagés quelques exemples de convergences (A) puis de divergences (potentielles) des jurisprudences (B) [\(31\)](#).

A - Les convergences jurisprudentielles

Même en se limitant à un panel modeste, il est loisible de constater que les griefs soulevés par les plaideurs ont conduit le Conseil à faire converger largement sa jurisprudence avec celle de Strasbourg. S'agissant tout d'abord du droit à un recours effectif, on pensera notamment aux QPC 2010-38 (Amende forfaitaire) ou 2012-243 (Commission arbitrale des journalistes). S'agissant ensuite du droit à un procès équitable, la plupart des garanties de l'article 6 CEDH ont déjà donné lieu à des QPC, principalement sur le fondement de l'article 16 DDHC. Or, ici encore, la majorité des décisions du Conseil, de censure ou de conformité, apparaissent *a priori* conforme aux standards de Strasbourg. Il en va ainsi du droit au juge envisagé à travers la question de la motivation elliptique des verdicts de cours d'assises, la QPC 2010-113 allant dans le même sens, décevant, que l'arrêt *Taxquet* [\(32\)](#). Il en va de même de l'essentiel des affaires relatives à l'indépendance ou à l'impartialité du juge, comme dans les QPC 2010-10 (Tribunal maritime), 2010-76 (Tribunal des affaires de sécurité sociale), 2011-147 (Tribunal pour enfant) et 2011-185 (Levée d'hospitalisation d'office). Il en va ainsi enfin de la plupart des QPC touchant aux droits de la défense, que soit envisagé le droit à un avocat [\(33\)](#) ou la présomption d'innocence, comme dans la QPC 2011-214 (Auto-incrimination en matière douanière) [\(34\)](#).

Dans ces affaires, on peut penser qu'à défaut d'évoquer expressément la jurisprudence européenne, le Conseil en aura au minimum pris connaissance pour éviter de s'en écarter. On peut aussi redire que si la QPC n'a pas provoqué l'eupéanisation des griefs, elle l'a accéléré sous l'impulsion des plaideurs. On pourrait enfin avancer que certains plaideurs semblent paradoxalement plus familiers des garanties conventionnelles. Partant, en ayant à l'esprit la jurisprudence de Strasbourg et en tentant de « transformer » une question de conventionnalité en question de constitutionnalité, les requérants ont pu poser au Conseil des QPC, auxquelles ils n'auraient pas forcément songé autrement.

B - Les divergences jurisprudentielles

Deux hypothèses doivent être mentionnées. La première, qui n'est qu'une divergence de façade, concerne les décisions où le Conseil est plus protecteur que la CEDH. À ce titre, il est possible d'évoquer les QPC 2010-15/23 (Article 575 du code de procédure pénale) ou 2011-160 (Communication du réquisitoire) dans lesquelles le Conseil va au-delà de ce qu'exige la Cour. Cette configuration est heureuse. D'une part car elle illustre le caractère subsidiaire de la protection européenne, la CEDH étant un standard minimum que les États sont libres de dépasser. D'autre part, car elle témoigne, pour ceux qui en doutaient, de la plus-value apportée par la QPC en terme de garantie des droits. Il faut donc se réjouir que le Conseil puisse parfois considérer la Convention non comme un plafond mais comme un plancher. Dans une seconde hypothèse, le Conseil semble en revanche moins protecteur que la CEDH. Ainsi, il n'est pas assuré que la Cour partage ses analyses à propos des QPC 2011-198 (Aide juridictionnelle) ou 2012-241 (Impartialité des tribunaux de commerce). Tout comme il n'est pas acquis qu'elle le suive dans les QPC 2011-168 (Maintien en détention en cas de correctionnalisation des faits), 2011-191 (Audition libre) et surtout, concernant l'indépendance du parquet. À cet égard, il semble évident que le Conseil a implicitement pris en compte la jurisprudence européenne dans la QPC 2011-125. Toutefois, il l'a fait de façon plutôt « arrangeante », ce qui ne convaincra pas forcément le juge de Strasbourg.

En définitive, les risques de conflits ne doivent pas être exagérés d'un point de vue quantitatif. Tout comme ils ne doivent pas être dramatisés sur un plan qualitatif. Il est certes toujours préférable que les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles coïncident le plus possible. Mais, à choisir, peut-être vaut-il mieux quelques « poches de résistances », lorsqu'elles paraissent justifiées, qu'un alignement servile des droits nationaux sur la CEDH. Il en va de l'intérêt même du dialogue des juges, lequel doit fonctionner dans les deux sens, sous peine de n'avoir de dialogue que le nom. Reste à souhaiter que cesse un jour le « *dialogue sans parole* » et que le Conseil officialise enfin son utilisation du droit de la CEDH. L'imagination fertile des plaideurs, couplée à quelques (probables) condamnations strasbourgeoises accéléreront à n'en pas douter un tel processus.

David SZYMCAK

L'apparition timide du droit de la santé dans le champ de la QPC

L'intérêt du droit de la santé pour une analyse du mécanisme de la QPC tient sans doute au large spectre de questions qu'il embrasse. La distinction habituellement posée entre droit de la santé et droit à la santé permet de saisir que les aspects subjectifs (droit à la santé, libre disposition de soi, respect du corps) sont étroitement dépendants des arbitrages politiques concernant les aspects objectifs (solidarité financière et territoriale, solidarité des dons d'organe, développement de la recherche...). Le droit « à » la santé n'est lui-même que l'addition de prérogatives subjectives : l'accès aux soins, la qualité des soins, la prise en charge financière des soins, l'élargissement même de la notion de soins, la libre disposition de soi, etc.

Dans les faits une dizaine de décisions QPC a trait à la santé (sept d'entre elles portent sur la santé mentale). Aucune ne concerne vraiment le droit « à » la santé, tout au moins explicitement, privilégiant une lecture objective et collective de la santé. D'un côté, le Conseil tient pour acquis que l'alinéa 11 du Préambule de 1946 fonde tout à la fois une exigence envers l'État de protéger objectivement la santé de chacun, et aussi une série de droits subjectifs, comme l'accès aux soins, qui génèrent une obligation réflexe pour l'État, laquelle peut conduire à limiter la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle. De l'autre, la tendance des requérants dans le domaine de la santé demeure bien sûr de maximiser leur espace de liberté et d'autonomie mais aussi de s'assurer de la solidarité de la collectivité dans l'accès aux soins et aux prestations sociales. On relèvera que le Conseil retient la santé surtout comme limite à la liberté personnelle, comme complément de l'ordre public [\(35\)](#). Les récentes décisions QPC relatives aux banques de sang de cordon et au placement en cellule de dégrisement montrent que le législateur a raison de limiter l'autonomie de l'individu concernant sa santé [\(36\)](#).

Il apparaît alors judicieux d'examiner les liens entre santé et QPC, du point de vue des acteurs, à l'aide de deux questions : que nous apprend le droit de la santé sur la QPC ? et que nous apprend la QPC sur le droit de la santé ? On vérifiera sans doute la domination de l'objectif et de l'abstrait. Car, en ce domaine particulièrement, le raisonnement du juge constitutionnel n'apparaît pas sensiblement différent en QPC de ce qu'il est dans le contrôle *a priori*. La protection des droits subjectifs par la QPC se révèle indirecte et voilée.

I - Ce que la santé nous apprend sur la QPC

Le droit de la santé voit le Conseil accuser sa tendance à traiter abstraitement, objectivement et timidement les revendications, qu'elles se situent sur le plan de l'autonomie de la personne ou sur celui de la politique de santé.

Le Conseil rappelle d'abord systématiquement l'existence d'une réserve de loi en matière de santé publique [\(37\)](#). Celle-ci, issue de l'article 34 de la Constitution ainsi que du onzième alinéa de 1946, permet de censurer les dispositions contestées (par exemple si le législateur ne fournit pas de garanties suffisantes pour les conditions de l'hospitalisation sans consentement [\(38\)](#)).

Cette considération pour la loi conduit aussi à l'abrogation modulée dans l'intérêt de la santé publique [\(39\)](#). Il en va inversement dans le cas de dispositions de la loi Esquirol [\(40\)](#), dans la mesure où ces dispositions ont déjà été remplacées par la nouvelle loi. On mesure aussi le rôle de la QPC à son impact sur le processus législatif de réforme. La lecture que le Conseil fait de l'état du droit et de ce qu'il convient de faire détermine le cours des choses et sert de relai aux exigences européennes.

La loi est privilégiée en raison de son rôle dans les arbitrages politiques que requiert la santé. Le *self-restraint* du Conseil y est puissant. Prenons l'exemple de la décision *Cryo-Save*.

Sans même expliquer en quoi la liberté personnelle se trouve en cause (la loi a entendu faire obstacle aux prélèvements des cellules du sang de cordon ou placentaire en vue de leur conservation par la personne pour un éventuel usage ultérieur dit « autologue »), le Conseil relève qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées, de même, quant à la nécessité de l'interdit des greffes dans le cadre familial en l'absence d'une nécessité thérapeutique. En l'occurrence, le législateur n'est pas convaincu de l'intérêt médical des greffes autologues, alors même que bien des chercheurs sont convaincus du contraire et que d'autres législateurs les ont entendus. Lorsqu'un droit fondamental comme la santé, se trouve appréhendé dans un cadre familial et solidaire comme ici, ne peut-on pas compter sur le juge pour faire peser sur la loi un contrôle de l'erreur manifeste ? Cette révérence envers le travail du législateur trouve son cadre dans le maintien d'un strict contrôle abstrait de la loi, sans considération pour les faits qui ont donné lieu à la QPC. Or, dans le cas des banques de sang de cordon, une mise à disposition des greffons avec priorité à la famille ne méconnaîtrait pas l'objectif de solidarité tout en permettant l'existence de banques privées. Néanmoins, pour le Conseil, les finalités des dispositifs de santé l'emportent sur l'expression *in concreto* des droits individuels. Du point de vue de l'accès aux soins, le Conseil vérifie simplement que l'interdit législatif n'empêchera pas un individu de bénéficier de la greffe de cellules dans le cas d'un besoin avéré. Car à l'inverse, la loi permet, en cas de nécessité thérapeutique présente et avérée, le prélèvement à des fins autologues. Ainsi « les dispositions contestées ne soumettent pas à des règles différentes des personnes placées dans une situation identique ».

Dans le même esprit, l'analyse du régime de l'accouchement « sous X » [\(41\)](#) justifie de limiter l'accès aux origines personnelles (la liberté personnelle) par l'objectif de santé en ce que la loi entend protéger la santé des femmes enceintes.

La même décision constate que la loi ne confère aucun droit aux mères sur ces produits, quand bien même leur consentement se trouve nouvellement exigé. Le Conseil ne relève pas que cette forme de « nationalisation » des produits du corps, peut menacer l'autonomie personnelle. Pourtant, le consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu, preuve de la consécration législative de l'autonomie. La sécheresse de la motivation de la décision ne répond donc pas aux problèmes de droit, fondamentaux, qui se posent.

Ce que le droit de la santé nous apprend sur la QPC ne dément pas que la QPC ne change pas grand chose de ce que nous savions sur la santé.

II - Ce que la QPC nous apprend sur la santé

La stratégie des acteurs se révèle d'abord dans le souci de faire sauter certains verrous législatifs à leurs libertés. Bien au contraire, pour le juge, la santé est plus souvent invoquée en QPC à l'appui des restrictions législatives à d'autres droits qu'en faveur de l'autonomie individuelle. En outre, lorsqu'il s'agit de protéger la santé sous ses dehors subjectifs, cela passe par d'autres droits que le droit de la santé.

Parmi les cas qui voient privilégier les impératifs de santé publique on retiendra :

- Le droit d'obtenir un emploi : en prévoyant un agrément pour exercer la profession d'assistant maternel ou familial, le législateur a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et les exigences constitutionnelles des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946. Il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le droit pour chacun d'obtenir un emploi [\(42\)](#).

- La liberté d'entreprendre : par l'article 16 de la loi du 5 juillet 1996, le législateur a ainsi entendu garantir la compétence professionnelle des personnes exerçant des activités économiques en raison des risques pour la santé et la sécurité des personnes [\(43\)](#).

- La liberté d'aller et de venir : le Conseil a validé la rétention administrative d'une personne en situation d'ivresse publique et manifeste sans limitation de durée autre que celle du délai dans lequel elle aura « recouvré la raison » et sans les garanties offertes par le contrôle d'un magistrat. Vis-à-vis de la sûreté, la brièveté de la rétention et ses conditions suffisent. Concernant la liberté personnelle, le Conseil ne relève pas la difficulté qu'il y a à retenir une personne ne nécessitant pourtant pas de soins (attestation hospitalière exigée par la loi) alors que l'opportunité de cette rétention est laissée à la seule appréciation des forces de l'ordre.

- L'autonomie personnelle : L'action du législateur dans l'intérêt de l'individu peut aller jusqu'à priver de libre arbitre celui dont le comportement menace sa santé. Déjà, dans une décision DC (44), le Conseil avait admis que la lutte contre les addictions au jeu découle du principe constitutionnel de protection de la santé posé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Selon le considérant le mieux établi, l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter la liberté individuelle mais le législateur doit aussi assurer la protection de sa santé ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public. Les atteintes portées à l'exercice des libertés de l'individu doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis (45). Côté sûreté (46), la justification des soins psychiatriques non consentis demeure ambiguë : l'obligation de soins en milieu fermé protège à la fois la société contre des actes violents mais aussi la santé de l'intéressé auquel des soins sont imposés puisqu'il est considéré comme n'étant pas en mesure de consentir. Dès lors, une protection accrue de la liberté individuelle peut conduire à priver l'individu des soins nécessaires. Côté autonomie personnelle, l'enjeu, du point de vue des droits fondamentaux, demeure celui de la santé de l'individu que l'on préserve malgré lui, qui *de facto* et *de jure* ne peut consentir. Ici, la rédaction de la décision laisse à penser que la santé mentale présente une dimension objective : l'individu qui n'est plus en état de consentir se voit imposer un soin. Pour les soins physiques cela reste à la condition que la vie de la personne soit en danger de manière urgente. La santé mentale ferait donc exception, l'État pouvant imposer des soins dans l'intérêt de la santé qui prend alors une tournure individuelle et objective qui pose question. Car ici le Conseil opère un contrôle de proportionnalité qui tourne à l'avantage de la loi, alors même que c'est au plan de la nécessité que la question se pose.

Pour finir, l'absence de censure sur le fondement direct du « droit à la santé » ne doit pas occulter que plusieurs droits subjectifs et principes assurent, comme des sentinelles », le respect de la santé comme prérogative individuelle.

C'est d'abord le cas de la liberté individuelle car les modalités de l'hospitalisation sous contrainte doivent permettre d'apprécier le lien avec l'état de santé réel du patient. En permettant qu'une telle mesure puisse être prononcée sur le fondement de la seule notoriété publique, les dispositions de la loi n'assurent pas qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public (47).

La liberté personnelle et la libre disposition de soi peuvent être sollicités pour garantir les soins. Selon le Conseil, la Constitution implique la nécessité de toujours rechercher concrètement le consentement de l'individu aux soins, de noter les évolutions permettant de faire comprendre et d'informer pour remettre en cause, le cas échéant, le constat de l'abolition du consentement. Dès la décision relative à l'hospitalisation sous contrainte, le Conseil a renoué avec la liberté personnelle pour ce qui concerne les modalités de l'hospitalisation : ces atteintes ne sont pas jugées disproportionnées si elles restent justifiées par l'état du malade. Dans la décision n° 2012-235 QPC, le Conseil vérifie que lorsqu'une personne n'est pas prise en charge en « hospitalisation complète » cela n'autorise pas l'exécution d'une obligation de soins sous la contrainte. Le Conseil tend à fondre néanmoins cet aspect des choses dans la question de la liberté individuelle.

- L'égalité est aussi le corollaire traditionnel de la santé. Dans la QPC relative à l'hospitalisation d'office des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, la spécificité de ces cas permet au législateur d'assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée. Cela comporte une limite : l'autonomie du juge dans cette appréciation (48).

L'organisation des professions de santé se trouve liée à l'objectif d'égal accès aux soins. Dans la décision du 20 janvier 2011 (49), était en cause la représentation effective de l'ensemble des personnels au sein des comités d'agence des agences régionales de santé. Il était loisible au législateur de prévoir que les représentants des salariés de droit public et de droit privé des agences régionales de santé ne soient pas consultés de manière séparée lorsque les questions posées les concernent de manière exclusive. Le même souci d'égalité se trouve satisfait à propos des médecins libéraux (50). Reprenant la canonique définition de l'égalité, le Conseil ouvre une différenciation entre médecins libéraux qui tient à une différence objective au regard de la loi et à son lien avec l'objet de la loi (mise en oeuvre du projet régional de santé). Le Conseil estime que le conventionnement sert de garantie des missions qui relèvent implicitement de l'objectif de valeur constitutionnelle de la maîtrise des dépenses de santé (51).

On le voit, les stratégies des acteurs sont aujourd'hui loin d'avoir épuisé les possibilités offertes par la Charte constitutionnelle des droits et libertés. Le Conseil peut se donner sans doute plus de champ quant au fait d'envisager les droits subjectifs liés au corps et les requérants

peuvent déployer d'autres trésors d'ingéniosité pour l'y amener.

Xavier BIOY

La QPC, une chance pour la charte de l'environnement ?

À la question de savoir si la QPC est une chance pour la Charte de l'environnement, et surtout pour la protection des droits environnementaux qu'elle consacre, il est d'abord possible de répondre en chiffres. Au 1^{er} décembre 2012, sept décisions ont été rendues par le Conseil constitutionnel sur le fondement principal de la Charte, vingt-six arrêts par le Conseil d'État et une dizaine par la Cour de cassation.

L'application contentieuse de la Charte dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution n'apparaît donc pas particulièrement fournie. Pourtant, on pouvait légitimement voir dans la Charte une « mine à QPC » [\(52\)](#), dans la mesure où c'est un texte récent à l'aune duquel la trentaine de lois adoptées dans le domaine de l'environnement depuis les années 1970 allaient pouvoir être contrôlées, de même que les dispositions législatives adoptées dans d'autres domaines mais susceptibles d'avoir un impact négatif sur l'environnement. Pour celles qui auraient déjà fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel, l'adoption de la Charte pourrait être considérée comme un changement de circonstances de droit justifiant leur réexamen. À cela, il faut ajouter que la Charte de 2004 constitue un catalogue à certains égards plus riche que celui résultant des sources externes, à la fois du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne.

Pour toutes ces raisons, la QPC devait représenter une véritable chance pour le développement de la Charte de l'environnement. Or, ce n'est, pour l'instant, pas le cas. Le bilan n'est certes pas nul, dans le domaine des droits procéduraux notamment (I), mais il est mitigé. Les décisions du Conseil constitutionnel sont en effet marquées d'une prudence excessive et d'un manque de lisibilité, qui donnent l'impression d'une contribution laborieuse de la QPC au développement d'un droit constitutionnel de l'environnement (II).

I - L'apport de la QPC à la protection des droits fondamentaux relatifs à l'environnement

Cinq années seulement séparent l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement de celle de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Aussi, le Conseil constitutionnel n'avait-il pas eu le temps, ou l'occasion [\(53\)](#), d'élaborer une jurisprudence dans le domaine de l'environnement. Ses décisions ne peuvent ainsi qu'apporter à cette matière nouvelle qu'est le droit constitutionnel de l'environnement. Elles le peuvent d'autant plus que ce n'est pas à proprement parler la clarté qui caractérise le texte de référence applicable dans ce domaine, à la fois sur la nature et la portée de ses énoncés. Guy Carcassonne avait d'ailleurs déploré à ce sujet « un manque total de hiérarchisation des notions » [\(54\)](#). Les droits, devoirs, principes et autres exigences constitutionnelles consacrés par la Charte de 2004 sont en effet tous placés sur un même plan. En outre, les principes environnementaux les mieux établis, comme la prévention, le principe du pollueur-payeur et la responsabilité, ont été constitutionnalisés sous forme de devoirs, dont la portée juridique est plus difficile à déterminer.

En l'absence de clarté des travaux préparatoires de la Charte, la position du juge était particulièrement attendue et la mise en place de la QPC a indéniablement contribué à cette entreprise de clarification, même si elle est encore loin d'être achevée. Le Conseil constitutionnel est en effet amené, dans le cadre de cette procédure, à faire un tri parmi les dispositions constitutionnelles, en excluant celles qui ont un caractère purement institutionnel ou procédural, et en distinguant, parmi les autres, entre celles qui consacrent ou fondent la reconnaissance d'un droit ou d'une liberté et sont invocables en tant que telles au soutien d'une QPC, et celles qui ne constituent que des garanties d'exercice d'un droit ou d'une liberté et dont l'invocabilité est conditionnée. Une lecture littérale de la Charte, différente de celle qui résulte des travaux préparatoires, permettait d'affirmer que deux articles reconnaissent des droits : l'article 1^{er} qui consacre le droit à l'environnement, et l'article 7 qui accorde à toute personne le droit d'être informé et le droit de participer à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette interprétation en affirmant expressément que les dispositions de l'article 7 « figurent au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit » [\(55\)](#), et en qualifiant la norme énoncée à l'article 1^{er} de droit dont le respect « s'impose (...) à l'ensemble des personnes » [\(56\)](#). Il s'est également basé sur une lecture littérale de la Charte pour affirmer que le « principe de conciliation » entre protection de l'environnement, développement économique et progrès social, consacré à l'article 6 n'institue pas un droit ou une liberté, et que, par conséquent, « sa méconnaissance ne peut, *en elle-même*, être invoquée » à l'appui d'une QPC [\(57\)](#). Cela signifie qu'elle pourrait l'être en revanche si elle affectait par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit, comme « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Cette solution d'une invocabilité conditionnée pourrait également être retenue s'agissant du principe de précaution, mais ceci reste à confirmer.

À confirmer également, même à clarifier, le degré d'invocabilité des autres dispositions de la Charte. Il n'est en effet pas possible de déduire de l'affirmation selon laquelle « les droits et obligations qui résultent des articles 1^{er} à 4 de la Charte de l'environnement » n'ont pas été méconnus [\(58\)](#), que le Conseil considère que chacun de ces articles est invocable en tant que tel au soutien d'une QPC. Dans sa décision du 8 avril 2011, le devoir général de prévention, reconnu à l'article 2, est en effet mobilisé en même temps que le droit à l'environnement dont il constitue le revers,

et ce, pour reconnaître l'existence d'une obligation de vigilance environnementale. Quant aux articles 3 et 4, le Conseil se contente d'affirmer qu'il incombe au législateur d'en déterminer les modalités de mise en oeuvre, tout en respectant les principes qu'ils consacrent, sans que l'on identifie bien leur rôle dans la déclaration de conformité de la disposition litigieuse à la Constitution (59). La difficulté est que ces articles (tout comme l'article 2) n'énoncent pas des droits mais des devoirs, dont le rôle dans le cadre de la QPC est délicat à déterminer.

Quoi qu'il en soit, l'enjeu de ces interrogations sur la qualification exacte de chacune des dispositions de la Charte est, dans le cadre de la procédure de QPC, relativement limité, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a toujours la possibilité de soulever d'office des moyens de constitutionnalité si cela s'avère utile à sa décision. Surtout, plus que la clarification des concepts, l'essentiel est que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois contribue à renforcer la protection des droits fondamentaux relatifs à l'environnement. C'est le cas, on ne saurait le nier, mais cette contribution ne concerne, en l'état de la jurisprudence, que le droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, consacré par l'article 7 de la Charte.

Ce droit occupe en effet une place centrale dans la jurisprudence constitutionnelle relative à la Charte. Sur les sept décisions rendues à ce jour par le Conseil constitutionnel sur le fondement principal de ce texte, six concernent l'article 7, dont quatre de manière exclusive (60). Cela s'explique par le fait que la nouvelle règle de partage des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire, consacrée par cette disposition, est venue largement bouleverser l'état du droit en matière de participation du public. Les associations de protection de l'environnement, en particulier *France Nature Environnement* qui est à l'origine de trois des QPC transmises au Conseil constitutionnel, ont bien compris qu'elles tenaient là un moyen de faire tomber les dispositions législatives existantes, ainsi fragilisées. Mais, l'intérêt est, qu'au-delà du respect de la nouvelle ligne de partage des compétences, celles-ci sont modifiées dans un sens permettant de garantir effectivement la participation du public.

En permettant au Conseil constitutionnel de contrôler des lois dont il n'avait pas été saisi dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 (61), en répétant les coups de butoirs à l'encontre des dispositifs existants (six décisions QPC portant, sous des angles différents, sur le même problème) et en donnant au Parlement une date limite (fixée au 1^{er} janvier et au 1^{er} septembre 2013) pour mener à bien les modifications nécessaires au respect de l'article 7 de la Charte, la QPC a indéniablement contribué au processus d'amélioration de la législation sur la participation du public. Les progrès portent notamment sur la pièce maîtresse du dispositif, l'article L. 120-1 du code de l'environnement, issu de la loi Grenelle II du 10 juillet 2010, qui soumet, pour la première fois, les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics au principe de participation du public. Quoiqu'innovant, cet article était considéré par les associations de protection de l'environnement comme ne permettant pas d'assurer une participation effective du public. Les modifications en passe d'être apportées par le Parlement (62) permettent d'y remédier, en allongeant le délai pendant lequel le public peut formuler ses observations sur les projets de décisions concernées, et en prévoyant la façon dont celles-ci sont prises en considération par les autorités compétentes, puis restituées auprès du public.

Le paradoxe toutefois est que ces améliorations substantielles, de nature à donner à l'article 7 de la Charte « toute sa portée », sont censées tirer « les conséquences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel » (63), alors que celui-ci ne s'est à aucun moment prononcé, au fond, sur le niveau d'exigences du droit de participer, comme d'ailleurs, des autres droits fondamentaux consacrés par la Charte...

II - Le développement laborieux d'un droit constitutionnel de l'environnement dans le cadre de la QPC

La jurisprudence QPC relative à la Charte de l'environnement est caractérisée par une prudence excessive de la part du Conseil constitutionnel et un manque certain de lisibilité. Aucune des six décisions par lesquelles le Conseil déclare pourtant contraires à l'article 7 de la Charte les dispositions législatives critiquées, ne permettent en effet de savoir où il place le curseur d'une participation conforme au droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Il s'est à chaque fois contenté du service minimal, en s'en tenant au registre de l'incompétence ou de la « quasi-incompétence » négative. Or, il revient au juge constitutionnel, en tant qu'interprète privilégié de la Constitution, de déterminer le noyau dur des droits fondamentaux. Par conséquent, le fait qu'il s'en tienne à plusieurs reprises à ce registre, interroge.

Surtout, ce choix est critiquable dans les hypothèses où la disposition critiquée fixe des modalités de participation du public, dont on attend que le Conseil constitutionnel dise si elles sont ou non conformes à l'article 7 de la Charte. C'était le cas quand il s'est trouvé saisi des dispositions relatives aux installations classées soumises à enregistrement et à autorisation (64), puis, en dernier lieu, du fameux article L. 120-1 relatif à la participation du public à l'élaboration des décisions réglementaires ayant une incidence directe et significative sur l'environnement (65). La position du Conseil sur ce dernier article était particulièrement attendue dans la mesure où il fixe des modalités de participation un peu plus exigeantes que celles contenues dans les dispositions relatives aux installations classées, modalités considérées toutefois comme insuffisantes par les associations requérantes. La question était essentiellement de savoir si la publication de la décision suivie de sa transmission à un

organisme consultatif peut être conforme au principe constitutionnel de participation, dès lors que certaines conditions sont réunies, comme l'existence d'un délai suffisant pour permettre au public de faire ses observations. Or, dans sa décision du 23 novembre 2012, le Conseil esquivait de nouveau cette question, non pas en reprenant le refrain de l'incompétence négative selon lequel « en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence » [\(66\)](#), mais en se plaçant sur le terrain des « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Le législateur a en effet privé de telles garanties « l'exigence constitutionnelle prévue à l'article 7 de la Charte de l'environnement » [\(67\)](#), en ne prévoyant aucun dispositif général propre à assurer la mise en oeuvre du principe de participation à l'égard des décisions non réglementaires.

C'est un fait que le champ d'application de l'article L. 120-1 se limite aux décisions de nature réglementaire, mais le choix de ce motif de censure est pour le moins minimaliste, et la ligne de partage entre incompétence négative (qui est un moyen d'inconstitutionnalité externe) et garanties légales des exigences constitutionnelles (qui se situe sur le fond) ne s'impose pas en l'occurrence avec évidence. Si l'on comprend bien qu'il existe plusieurs modalités de la participation également conformes à la Constitution, et qu'il ne revient pas au Conseil constitutionnel, qui « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » [\(68\)](#), d'en imposer une, il lui incombe en revanche de déterminer le contenu minimal du droit de participer, et de le faire avec clarté, sans quoi il continuera d'apparaître en retrait dans la protection des droits fondamentaux relatifs à l'environnement.

Karine FOUCHER

L'utilisation de l'article 34 de la constitution dans le cadre de la QPC : le législateur conciliateur des libertés

Envisager qu'une utilisation de l'article 34 de la Constitution soit possible dans le cadre de la QPC peut sembler à première vue hors de propos. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la QPC est un contrôle substantiel de la loi. Son objet exclusif est d'assurer la conformité des lois aux droits et libertés garantis par la Constitution. Les questions de procédures et de compétences sont en principe exclues du périmètre de ce recours. L'objet de l'article 34 étant de délimiter le champ de compétence attribué au législateur, envisager de l'utiliser dans le cadre de la QPC peut ainsi apparaître inadapté. Seuls des moyens relatifs au contrôle formel de la loi peuvent être tirés de ce texte. Son rapport avec la QPC est donc moins évident que pour d'autres dispositions de la Constitution. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit inexistant.

Lorsqu'une attention est portée aux compétences confiées au législateur par l'article 34, l'une des principales est celle de pouvoir déterminer les conditions d'exercice des libertés. Aux termes de son deuxième alinéa, il revient à la loi de « *fixer les règles concernant les garanties fondamentales apportées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Si les liens entre l'article 34 et la QPC ne sont pas les plus évidents à tracer, ceux existant entre ce même texte et la mise en oeuvre des droits garantis par la Constitution sont en revanche plus directs. C'est à ce niveau qu'une utilisation de l'article 34 devient envisageable dans le cadre de la QPC.

En effet, l'article 34 peut servir de fondements à des moyens autres que ceux tirés des dispositions relatives aux droits et libertés. En principe irrecevables à l'appui d'une question prioritaire, ils le deviennent s'ils tendent à démontrer l'existence d'une atteinte aux libertés et peuvent alors être soulevés avec succès [\(69\)](#). C'est par exemple le cas de l'incompétence négative du législateur [\(70\)](#), ou encore de l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles [\(71\)](#). Selon une logique similaire, la jurisprudence du Conseil rend compte d'une autre forme d'utilisation de l'article 34. Rendue possible par la réserve de loi issue de ce texte, elle sanctionne l'obligation qui en découle de concilier les libertés de manière régulière.

« *Ce serait un grand mal, disait Portalis, qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes* » [\(72\)](#). Une parfaite harmonie entre les normes d'un même ordre juridique semble pourtant impossible. Tout système est composé de règles et de principes susceptibles de devenir contradictoires. Ces situations de conflit sont fréquentes avec les droits et libertés. La généralité des dispositions qui les consacrent ne permet pas toujours d'assurer leur cohérence. C'est alors aux organes chargés de les mettre en oeuvre, au premier rang desquels le législateur, qu'il revient de régler ces conflits. Envisager la conciliation des libertés pose la question de son contrôle. Avec l'instauration de la QPC, pareille question revêt une dimension particulière dans la mesure où ce recours est axé sur le contrôle substantiel de la loi. Cela est propre à exclure du champ de la QPC la majeure partie des problématiques liées à la conciliation des libertés car elles sont principalement liées à l'article 34 de la Constitution. Pourtant, consulter le *Recueil* permet de s'apercevoir que le Conseil vérifie en profondeur la régularité de la conciliation législative des libertés dans le cadre de la QPC. On découvre alors que tout justiciable est recevable à demander qu'il le fasse, en invoquant si nécessaire l'article 34, à partir du moment où cela permet d'envisager une atteinte portée à une liberté. L'interrogation qui se pose est alors celle des conditions de ce contrôle lorsqu'il est exercé *a posteriori* de la conciliation des libertés. Les fondements de cette dernière résident principalement dans l'article 34, s'interroger à ce niveau permet alors d'envisager une utilisation de ce texte dans le cadre de la QPC. Il

apparaît alors une parfaite symétrie avec le contrôle *a priori*, tant dans la volonté de ne pas empiéter sur le rôle du législateur (I), que dans le contrôle du contenu de la conciliation des libertés (II).

I - La volonté de ne pas empiéter sur le rôle du législateur

La volonté du Conseil constitutionnel de ne pas empiéter sur le rôle du législateur est une position déjà adoptée dans le cadre du contrôle *a priori* (A). Elle est reprise à l'identique dans le cadre du contrôle *a posteriori* (B).

A - Une position déjà adoptée dans le cadre du contrôle *a priori*

Le Conseil constitutionnel se reconnaît compétent pour contrôler la validité de la conciliation législative des libertés et non pour les concilier lui-même. Le rôle de conciliateur confié au Parlement se confond dans une mission plus générale d'harmonisation des normes constitutionnelles. Elle est évoquée pour la première fois dans la décision *Droit de grève à la radio et à la télévision*. Après avoir rappelé la valeur constitutionnelle du droit de grève et du principe de continuité du service public, le Conseil indique qu'il appartient au Parlement de fixer les conditions de leur application simultanée : « (...) *les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe à valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut-être de nature à porter atteinte* » (73). Ainsi, il ne donnera pas suite à l'argumentaire des requérants qui l'invitaient à fixer lui-même les limites respectives du droit de grève et du principe de continuité du service public.

Cette position a été réitérée à de nombreuses reprises. C'est par exemple le cas dans la décision *Loi sécurité et liberté*, où il est rappelé que le législateur est l'unique organe compétent pour assurer « *la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteinte à l'ordre public, (...) nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* » (74). C'est encore le cas avec la décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* où le Conseil indique qu'« *il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » (75). Pour le Conseil, c'est donc bien au législateur d'assurer « *la conciliation nécessaire qui doit être opérée entre les droits et les libertés de chacun et les droits et libertés d'autrui* » (76). Cette mise en avant de la compétence législative évite d'empiéter sur le rôle du Parlement. L'article 34 fait obstacle à ce que le Conseil concilie lui-même l'exercice de deux libertés. Développée dans le cadre du contrôle *a priori*, cette position est reprise à l'identique dans celui du contrôle *a posteriori*.

B - Une position reprise à l'identique dans le cadre du contrôle *a posteriori*

Dans le cadre de la QPC, le Conseil indique clairement que ce n'est pas à lui mais à la loi de déterminer les conditions d'exercice simultané des libertés. Le respect de la réserve de loi et la rigueur de son application sont les premiers éléments de l'utilisation de l'article 34. Il n'autorise pas le juge à se substituer à une loi défaillante. Lorsqu'il examine la manière dont le législateur a prévu d'organiser l'exercice de deux droits, le Conseil prend systématiquement le soin de réaffirmer la réserve de loi applicable dans ce domaine. Cela démontre qu'il entend s'aligner dans une logique rigoureuse de répartition des compétences.

Avec la QPC, la seule différence par rapport au contrôle *a priori* est la référence expresse à l'article 34 qui est plus fréquente dans la mise en avant du caractère législatif de la conciliation des libertés. Par exemple, dans la décision n° 2010-60 QPC, le Conseil avance « *qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les principes fondamentaux de la propriété et des droits réels, de définir les modalités selon lesquelles les droits des propriétaires des fonds voisins doivent être conciliés* » (77). Selon un même schéma, il indique dans sa décision n° 2010-13 QPC « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à d'autres exigences constitutionnelles* » (78). Au delà de cet aspect formel, la volonté de ne pas empiéter sur le rôle du législateur demeure en revanche identique. Il en est de même pour le contenu du contrôle exercé.

II - Le contrôle du contenu de la conciliation des libertés

Au delà du respect de la répartition des compétences entre le législateur et le juge constitutionnel, le contrôle de la conciliation des libertés implique qu'il soit statué sur sa régularité. Sur ce point, et cela à l'image du schéma de contrôle rencontré dans le cadre du recours *a priori*, la jurisprudence rendue au titre de la QPC rend compte de la double exigence faite à la loi de poursuivre un but légitime (A) et d'assurer la proportionnalité de ses restrictions (B).

A - L'exigence de la poursuite d'un but légitime

Comme le relève Guillaume Drago, « tout système juridique génère des conflits de normes » (79). Un ordre juridique parfaitement harmonieux est un oxymore. En réalité, la résolution des conflits de normes se pose pour chaque système. La constitution n'échappe pas à cette éventualité de conflit. La généralité des normes constitutionnelles l'expose, au contraire, davantage à des oppositions. Les libertés qu'elle consacre sont toujours susceptibles d'être limitées les unes par rapport aux autres. Si l'article 34 confie au législateur le soin de les concilier, il revient au Conseil de s'assurer qu'il le fait de manière régulière. Cela implique d'apprécier la légitimité des restrictions décidées. À ce niveau, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante. Il existe trois buts légitimes en matière de conciliation des libertés : le respect des droits d'autrui (80), la poursuite de l'intérêt général (81) et la sauvegarde de l'ordre public (82). La jeune expérience de la QPC témoigne déjà d'une reprise à l'identique de ces exigences. Dans le cadre de ce recours, les buts considérés comme étant légitimes sont les mêmes.

Dans la décision n° 2010-60 QPC, le Conseil s'assure que la loi concilie l'exercice de deux droits dans la perspective de garantir les droits d'autrui et de poursuivre l'intérêt général. En l'espèce, la disposition contestée était l'article 661 du code civil qui organise la cession forcée des murs mitoyens. Le Conseil a déclaré la conformité de ce dispositif dans la mesure où, bien que restreignant le droit de propriété du propriétaire d'un mur, son but est de garantir celui de tous les propriétaires des fonds voisins. Le dispositif en question aboutissant sur un régime de propriété indivise, le Conseil a alors estimé que cette restriction aux droits des propriétaires voisins était proportionnée à l'impératif d'assurer le respect des droits d'autrui et à la poursuite de l'intérêt général (83).

S'agissant de la sauvegarde de l'ordre public, un exemple nous est offert avec la décision n° 2010-13 QPC. Dans celle-ci, le Conseil indique qu'il revient à la loi, en vertu de l'article 34, « *d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » (84). Cette manière de procéder fait de la sauvegarde de l'ordre public l'un des impératifs autour duquel doit s'articuler la conciliation entre les libertés des uns et celles des autres (85).

L'exigence de poursuivre un but légitime constitue ainsi la première imposée à la loi, et que le Conseil vérifie avant de sanctionner la proportionnalité des restrictions décidées.

B - L'exigence de proportionnalité des restrictions

Concilier l'exercice de deux libertés revient à les limiter. La conciliation des droits implique nécessairement de déterminer leurs limites réciproques. C'est du côté de cette dimension restrictive que se situe le second volet du contrôle de la conciliation des libertés. Sur le fond, ce contrôle ne se distingue pas de celui exercé par le Conseil sur toutes les restrictions imposées à l'exercice d'un droit, c'est-à-dire même celles qui ne sont pas décidées dans la perspective de les concilier. La limitation d'un droit est jugée valide à la condition qu'elle soit proportionnée au but poursuivi par le législateur. Cela suppose que la mesure restreignant l'exercice d'une liberté doit satisfaire à la triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict (86).

Lorsqu'il statue au titre de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil vérifie donc la proportionnalité des restrictions imposées aux libertés dans des conditions identiques à celles du contrôle *a priori*. Pour cela, il s'appuie le plus souvent sur l'article 34 pour contrôler la cohérence de la loi. En effet, le Conseil rapproche systématiquement la réserve de loi prévue par ce texte et l'exigence de proportionnalité faite au législateur. Si dans la décision n° 2010-55 QPC le Conseil rappelle « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, (...), des limitations liées à d'autres exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* » ; il prend également soin d'indiquer plus loin que c'est « *à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (87). Une fois de plus, le contrôle de la conciliation législative des libertés ne se distingue pas de celui exercé dans le cadre du contrôle *a priori*. Au contraire, on peut même dire qu'il a été repris à l'identique.

Au final, le constat qui s'impose est celui d'une reprise à la lettre avec la QPC des schémas de contrôle développés dans le cadre du recours *a priori*. Cette concordance constitue le fil conducteur de notre analyse et de ses résultats. S'agissant du contrôle de la conciliation législative des libertés, les principes dégagés dans la jurisprudence rendue au titre de l'article 61-1 ne sont pas en soit novateurs. Le législateur est toujours considéré comme étant l'unique organe compétent pour concilier l'exercice des libertés. Il doit toujours le faire dans la perspective d'un but légitime et en se conformant à l'exigence de proportionnalité. Il semble enfin toujours exclu de voir le Conseil s'investir lui-même dans la conciliation des libertés. Le contrôle du rôle de conciliateur confié au Parlement est similaire qu'il soit exercé dans le cadre du recours *a priori*, ou dans celui du recours *a posteriori*. Le démontrer n'est pas pour autant superfétatoire et encore moins dépourvu d'intérêt. Au contraire, cela permet de découvrir les contours d'une nouvelle utilisation de l'article 34 dans le cadre de la QPC qui, sans être novatrice sur le fond, n'en demeure pas moins utile.

Farid BELACEL

Ce que le droit de propriété façonné par le juge constitutionnel nous apprend de la QPC

Le droit de propriété a toujours entretenu des liens étroits avec les constitutions. Depuis que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (D. 1789) l'a hissé au rang des buts de l'association politique, ce droit a été consacré dans tous les textes ou déclarations constitutionnels à l'exception des lois de 1875. Depuis 1958, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, il a toujours fait l'objet d'une jurisprudence importante. C'est d'ailleurs en consacrant une double dimension privée et publique de la propriété à partir d'une sage articulation de l'article 17 D. 1789 avec l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 (P. 46), que le Conseil constitutionnel a rattaché le principe de constitutionnalité aux deux traditions libérale et sociale dans sa décision fondatrice du 16 janvier 1982 (88). Ces liens ne se sont pas relâchés avec l'entrée en vigueur de la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité définie par l'article 61-1 de la Constitution de 1958 (C. 58). Depuis le 1^{er} mars 2010, le droit de propriété inspire toujours une jurisprudence dynamique et riche d'enseignements. Elle démontre que le régime de protection dont il bénéficie s'inscrit dans une continuité par rapport à celui qu'offre le contrôle *a priori* (I). Si ce constat révèle d'évidentes vertus de cohérence, il ne faut cependant pas céder à la complaisance (89). Il ne manque pas de mettre en évidence des ambiguïtés quant aux caractères « *novateurs* » des finalités poursuivies par la QPC (II).

I - Un contrôle continu dans l'objet

Le régime de la protection constitutionnelle du droit de propriété dans le cadre de la QPC se construit à partir d'une distinction entre l'atteinte et la violation. Sur le fondement de l'article 2 D. 1789, la première s'analyse comme une gêne justifiée par des motifs d'intérêt général et non disproportionnée au regard de l'objet de la loi. Sur le fondement de l'article 17 D. 1789, la seconde doit être considérée comme la privation de propriété par la loi et dont le juge pose les conditions de conformité à la Constitution (90). Cette construction « violation/atteinte » démontre que le juge constitutionnel se limite à apprécier la constitutionnalité des conditions dans lesquelles le législateur est susceptible de porter atteinte au droit de propriété lorsqu'il exprime la volonté générale, voire de le supprimer à raison de motifs impérieux d'intérêt public. Dès lors, si le déclenchement de la question est conditionné par une contestation subjective dans le cadre d'une instance juridictionnelle, la constitutionnalité de la disposition contestée ne s'apprécie pas par rapport à des droits constitutionnels subjectifs issus d'une volonté constituante dont le juge constitutionnel serait le censeur face à la loi dans le cadre du procès. Dans le contrôle QPC, le juge constitutionnel apprécie la constitutionnalité de la disposition législative contestée par le justiciable en fonction de ses effets sur l'ensemble du corps social. Comme dans le contrôle par voie d'action, il reste l'interprète authentique de l'expression de la volonté générale dans le respect d'une Constitution qui se compose de droits qui réifient les valeurs fondatrices du « vouloir vivre ensemble » que le législateur module en fonction des buts qu'il poursuit.

Ce classicisme jurisprudentiel est la conséquence de la construction de ce nouveau contrôle. Telle une fusée en deux étages, il possède une dimension concrète puisqu'il est issu d'une demande émanant d'un justiciable au cours d'une instance. Cependant, si l'objet de départ est d'ouvrir un droit à contestation d'une disposition législative au nom du respect de ses droits et libertés fixés dans la Constitution, la question prioritaire détache la demande de cette première dimension concrète pour la déporter dans une deuxième dimension abstraite dans son objet final puisque, comme le contrôle par voie d'action, la QPC aboutit à l'abrogation *erga omnes* de la loi, avec autorité absolue de la chose jugée. La QPC demeure un mécanisme de contrôle juridique de la loi mis en oeuvre dans une conception représentative du pouvoir dans la mesure où la reconnaissance des droits constitutionnels est conditionnée par l'expression de la volonté générale. Tel est le sens de l'application de la jurisprudence de l'incompétence négative, ainsi que la mise en oeuvre d'une modulation de la protection du droit de propriété en fonction des objectifs poursuivis par la loi (91).

N'est-il pas alors judicieux de dire que « *le Conseil constitutionnel abandonne les propriétaires aux vicissitudes de la vie politique* » (92) ? Bien sûr, le régime de la protection constitutionnelle du droit de propriété bénéficie de l'extension du contrôle par voie d'exception. En se dilatant dans le cadre de son application, le contrôle de constitutionnalité de la loi gagne en portée. Qualitativement, étant mis dans le cadre d'une instance, il gagne encore en précision (93). Mais en fin de compte la logique même de la QPC consacre toujours au plus haut degré de l'ordre juridique une conception très classique du droit de propriété. Plus qu'un ensemble de prérogatives opposables à la loi, le juge consacre « *une institution de base de la société* » (94) née avec l'État, et dont la reconnaissance dépend des objectifs législatifs. À l'instar de Duguit, la jurisprudence QPC démontre que le Conseil constitutionnel voit dans la propriété une fonction sociale dont le régime de protection est conditionné par les impératifs de l'intérêt général.

Outre une continuité avec les principes du gouvernement représentatif (95) et la volonté du constituant, il est possible de justifier cette jurisprudence par la sagesse. En reconnaissant la constitutionnalité d'une loi à la lumière de sa fonction dans l'ordre social, donc de l'intérêt général, le juge neutralise les effets potentiellement désorganiseurs d'une contestation citoyenne qui serait tentée de revendiquer la

protection de droits constitutionnels inspirés d'une volonté constituante distincte, supérieure et parfois dissonante par rapport à la volonté législative. Mais en esquivant la potentialité qu'offre un mécanisme de contrôle de constitutionnalité remis au justiciable de rappeler qu'avant d'être une fonction sociale porteuse d'ordre, la propriété est avant tout un droit porteur de droits et libertés, contrairement à d'autres cours constitutionnelles, le Conseil constitutionnel manque peut être l'occasion d'épouser une conception moderne et dynamique du droit de propriété désormais protéiforme. C'est ce que démontre la jurisprudence européenne vis-à-vis de laquelle d'ailleurs il oscille entre refoulement explicite et acceptation implicite. Sans ajouter au procès relatif à l'hypothétique caractère « *traditionnaliste* » voire « *passéiste* » de la jurisprudence [\(96\)](#), le droit de propriété façonné par le juge français serait plutôt un outil de conservation du droit. Il manquerait alors l'opportunité de défaire la propriété de sa réputation de droit de *second rang* toujours modulable par le législateur, et de la hisser au rang de droit *prééminent*. Trahissant peut-être la fonction classique de protection du droit de propriété que les juges s'arrogeaient autrefois contre le pouvoir, et à l'instar de Lambert qui pointait sa fonction conservatrice, le juge serait ici un frein à l'innovation, non pas en s'opposant à la loi, mais en la laissant moduler les droits [\(97\)](#). Pour être classique dans son objet, la QPC n'est donc pas dénuée d'ambiguïtés quant à ses finalités.

II - Un contrôle ambigu dans ses finalités

Concrètement, en soulevant une QPC, le justiciable cherche à se prévaloir d'un droit prééminent qui protège sa situation juridique contre la loi qui s'applique à l'instance. Telle est la portée potentiellement démocratique de ce contrôle qui permettrait alors « *une véritable appropriation de la Constitution* », sinon par le citoyen, du moins par le justiciable [\(98\)](#). Si cette affirmation a un sens, la dimension concrète et réellement innovante de ce contrôle devrait impliquer une approche plus substantielle des droits afin d'assurer une protection plus rigoureuse des situations subjectives contre la loi. La propriété constitue d'ailleurs un droit éclairant de ce point de vue. Il ne s'agit pas de ranimer la dispute philosophique relative aux relations existantes entre la propriété et l'état social âprement nourrie par Rousseau, Locke, Constant, Tocqueville ou Marx, ni d'entrer dans la querelle droit naturel/droit positif visant à tergiverser sur le principe selon lequel la propriété postule un droit de propriété. Néanmoins, en ouvrant une contestation de la loi par un justiciable lors d'une instance, la QPC pourrait rappeler qu'avant d'être un droit de l'État dont on sacrifie la protection sur les rigueurs de la loi - antienne des privatistes -, la propriété serait d'abord un droit naturel, inviolable et sacré parce qu'elle est nécessaire à la conservation de l'homme en société comme le soulignait Locke. Ainsi, sans trahir le constituant, il devrait être possible de relire l'article 17 D. 1789 en portant désormais l'attention sur les termes « *nul ne doit en être privé* », et non plus seulement sur les violations justifiées au nom de la « *nécessité publique* ». Une telle interprétation permettrait de construire une vraie base constitutionnelle de la propriété privée sur le fondement exclusif des articles 2 et 4 D. 1789 indépendamment de l'article 17 D. 1789 qui rattache toujours la reconnaissance constitutionnelle de ce droit aux ingérences potentielles de la puissance publique comme l'y inviterait peut être la « jurisprudence DC » [\(99\)](#), ou d'ouvrir le droit de propriété à la notion autonome de « *biens* » [\(100\)](#).

Or la jurisprudence QPC ne prend pas dans cette direction. C'est ce que démontre la décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011 qui eût été l'occasion de poser une grande définition constitutionnelle substantielle du droit de propriété privée. Statuant sur la constitutionnalité de l'article 544 du code civil, le Conseil constitutionnel n'a pas précisé les notions d'*usus*, *fructus* et d'*abusus*. Se limitant à viser les principes de liberté personnelle, d'égalité, et de l'alinéa 11 P. 46, il a manqué de préciser les caractères de la propriété immobilière et mobilière, de la propriété corporelle et incorporelle, ainsi que la qualité juridique des éléments du corps humain à l'aune d'autres grands principes tels que celui de la dignité de la personne humaine ou le droit au logement pourtant invoqués ici.

La même timidité s'exprime dans la mise en oeuvre du régime de protection des droits du propriétaire. Certes, la jurisprudence constitutionnelle reste protectrice des droits du propriétaire en matière d'indemnisation comme le démontre la tendance à l'unification du régime de la réparation de la violation et de l'atteinte [\(101\)](#). Mais le contrôle objectif de la loi relativise la portée d'une protection constitutionnelle de ses droits. Sans entrer dans une antique dispute relative à l'opportunité de monnayer la douleur et les larmes, hier soulevée par Eschyle, le principe de « *l'indemnisation du préjudice moral est devenue monnaie courante, sinon pierre philosophale* » dans le droit de la responsabilité civile [\(102\)](#). Alors que cette tendance se dégage aussi en matière administrative dès lors que le préjudice immatériel se révèle suffisamment spécial et anormal pour constituer une rupture de l'égalité devant les charges publiques, et qu'une jurisprudence DC bien établie considère que « *toute atteinte à la propriété privée doit être intégralement indemnisée* » [\(103\)](#), la jurisprudence QPC ne penche pas vers cette inclinaison libérale [\(104\)](#). En rappelant que la douleur morale ne peut être intégrée dans le caractère juste de l'indemnité due au propriétaire exproprié [\(105\)](#), elle démontre que le fait générateur de l'atteinte au droit constitutionnel de propriété n'est pas le préjudice matériel que subit le propriétaire en tant que tel, mais la nature et l'objet de l'action d'utilité publique menée par une personne publique [\(106\)](#).

Dès lors, outre un danger d'essoufflement ou de tarissement d'une jurisprudence qui finirait par se montrer trop détachée des intérêts du justiciable, un danger d'artificialisme peut finir par frapper cette procédure. Mise à son service pour défendre ses intérêts à l'encontre d'une loi dont la constitutionnalité sera d'abord appréciée en fonction d'une interprétation souple de l'article 2 D. 1789, la QPC peut devenir un recours mis entre les mains d'un justiciable tenté d'invoquer les intérêts de la société pour sauvegarder ses intérêts privés. Loin d'être l'instrument d'une

haute conception de la protection des droits et libertés, ce recours pourrait alors se transformer en vil outil de protection formelle des « *droits égoïstes* » sous prétexte de protéger la liberté contre la loi.

Sans emprunter une pente philosophique dont la conclusion inciterait à de cyniques vérités sur l'homme, et pour rester sur les chemins du juridisme, le droit de propriété façonné dans le cadre de la QPC exprime peut-être une nouvelle avancée pour l'État de droit. Mais est-on sûr de bien mettre les bons mots sur les choses ? Sur le fond, loin de rapprocher le justiciable de ses droits constitutionnels en se prévalant d'eux contre la loi dans le cadre d'une instance, ce nouveau contrôle ferait peut-être de lui un nouvel acteur intervenant très indirectement dans les mécanismes de rationalisation du pouvoir par le droit. En tout état de cause, il n'est pas - encore - le moyen de façonner un nouveau droit constitutionnel de propriété contre le pouvoir.

Stéphane Mouton

Synthèse de la journée d'études

(107)

Il n'est pas simple de présenter la synthèse d'une quinzaine d'interventions. Tentons-le néanmoins.

Nous avons commencé avec le président Jean-Louis Debré et il y avait quelque chose de touchant dans la manière dont il nous a expliqué : il y a un avant, il y a un après le 1^{er} mars 2010. Évolution ? Révolution ? Il penchait plutôt du côté de la seconde, à tort. Si révolution il y eut, elle s'était produite en 1974, le jour où, par l'élargissement de la saisine, la Constitution est enfin devenue ce qu'elle est aujourd'hui, l'ultime - pour ne pas dire l'unique - obstacle à l'exercice de la volonté majoritaire. Dans notre système, il n'y en a pas d'autre. Fallait-il encore que le Conseil pût être saisi. C'était fait depuis 1974 et là une véritable révolution s'était opérée. Ensuite, bien sûr, des progrès restaient à faire. On se rappelle l'excellente formule, sans doute due à Georges Vedel, dans la décision de 1985 selon laquelle la loi n'exprime la volonté générale « que dans le respect de la Constitution ». Elle avait un corollaire : puisque la loi n'était la loi que dans le respect de la Constitution, fallait-il encore qu'il fût possible de vérifier ce respect. Or, la manière très sélective dont les parlementaires ou les quatre plus hautes autorités de l'État exerçaient le pouvoir que leur confiait l'article 61 laissait évidemment des béances considérables. Il était nécessaire de les combler, l'insertion de l'article 61-1 y a pourvu. Je n'irai pas jusqu'à y voir une forme de révolution, mais plutôt une forme d'achèvement d'un État de droit un peu mieux construit, d'un contrôle de constitutionnalité qui désormais n'a plus de limites a priori qui seraient infranchissables. Dont acte. C'est déjà en soi excellent.

Un mot du Parlement, peu cité, qui fut pourtant le père de la QPC et se montre attentif au devenir de son enfant, attitude qui mérite un salut au passage.

Attitude de la doctrine trop complaisante selon Xavier Magnon qui l'a argué avec vivacité. C'est vrai : la doctrine peut être soupçonnée de complaisance. Personnellement, je l'assume : lorsqu'interrogé dans les médias, je prends systématiquement la défense du Conseil. Si je ne peux pas prendre sa défense, je me tais. Pourquoi ? Parce que je considère que, malgré ses acquis, la justice constitutionnelle reste fragile en France. Ce qui risquerait de porter atteinte à l'autorité qu'elle est parvenue à gagner, ne profiterait à personne et nuirait finalement à tous. De sorte que mes critiques, je le réserve à des enceintes plus spécialisées, à des auditeurs plus qualifiés, à des lecteurs plus informés.

Mérite d'être souligné, ensuite, le choix délibéré du Conseil, accompli d'entrée, consistant à aligner QPC sur DC. Ferdinand Mélin-Soucramanien à propos de l'égalité, Farid Belacel, à propos de l'utilisation de l'article 34, ont été limpides : 61 = 61-1. Il y a eu là une manière de pré-façonner en quelque sorte la QPC en prenant le parti de l'aligner sur le contrôle DC.

Au-delà, Jean-Louis Debré, a eu cette formule : « Désormais, il y a en France une justice constitutionnelle. » Le bâtonnier de Toulouse, Pascal Saint-Geniest, nous a dit ensuite : « La QPC finalement, c'est la transgression d'un ordre établi. » Ces deux formules m'ont plu. Je les reprends à mon compte : désormais, il y a une justice en France ; la QPC est une transgression d'un ordre établi. Donc, première partie Jean-Louis Debré ; deuxième partie, Pascal Saint-Geniest.

I - Jean-Louis Debré : « désormais il y a une justice constitutionnelle en France ». Y a-t-il une justice ou y en a-t-il plusieurs ? Et, s'il y en a plusieurs, les rapports en son sein ou entre elles sont-ils tout à fait figés ? À cela, les réponses ont déjà été apportées par les orateurs : il n'y a pas une seule justice constitutionnelle ; il y en a bien plusieurs. Et leurs rapports sont encore incertains.

Il n'y a pas une mais plusieurs justices constitutionnelles. Cela a été résumé par la formule d'Agnès Roblot-Troizier, qui a parlé de « cours constitutionnelles partielles ». Tout est dit. Cour de cassation et Conseil d'État ont découvert que ce à quoi ils s'étaient toujours refusés - être des juges constitutionnels - leur avait finalement été octroyé, sans qu'ils s'en fussent avisés et au terme d'un combat qui les avait montrés hostiles.

Les voici juges constitutionnels, de premier plan. Les statistiques données par Nathalie Jacquinot sont éloquentes ; entre 75 et 80 % des questions qui arrivent devant la Cour de cassation et le Conseil d'État s'y arrêtent. Quelques-unes sont écartées parce que manque une des deux premières conditions, mais presque toutes le sont parce que non sérieuses. Ainsi, dans 80 % des cas, Cour de cassation et Conseil d'État délivrent un brevet de constitutionnalité à la loi. Évidemment ces cours constitutionnelles partielles souffrent d'une frustration terrible - ne jamais pouvoir dire que la loi est inconstitutionnelle. Mais elles ne souffrent cette frustration que dans 20 % des cas, ce qui doit être une douleur supportable.

On a entendu, à travers ce qu'a dit la présidente du tribunal administratif, Madame Bonmati, et le conseiller à la cour d'appel, Monsieur Delmothe, que les juridictions se sont rapidement accoutumées à cette procédure nouvelle, avec plus de facilité du côté du juge administratif, parfaitement habitué à juger la norme, mais les deux y sont parvenus sans difficultés.

Certes, le Conseil doit parfois reformuler les questions, exercice délicat nous a rappelé Wanda Mastor, presque aussi difficile que le sujet qu'elle-même a courageusement choisi de traiter. Au bout du compte, il ressortait très bien du propos final de Stéphane Mouton que le succès de la QPC est dû avant tout au fait qu'elle est intéressante pour des gens qui sont intéressés. Qui sont-ils ? Les justiciables naturellement, qui ont un dividende à retirer de la QPC. Parier sur cet intérêt était gagnant.

J'observe au passage que nous, spécialistes de la Constitution, nous gargarisons du respect de la Constitution par le législateur. Or cela s'est construit sur des bases qui ne doivent rien au souci de la rigueur ou à l'amour du droit. Sur quoi a-t-on misé par l'article 61 ? Sur l'intérêt politique de l'opposition. Par l'article 61-1 ? Sur l'intérêt égoïste du justiciable. Ni dans un cas ni dans l'autre, il ne s'agissait d'assurer la défense de l'État de droit. Ceux qui allaient actionner les instruments que, habilement, on avait placés entre leurs mains, n'étaient pas mus par le souci de la rigueur constitutionnelle ou par les beautés de l'État de droit.

Bertrand Mathieu nous a expliqué que, certes, il y eut un moment guerre des juges, mais qu'assez vite elle a laissé la place à - je le cite - « une alliance objective des juges ». Mais c'est un terme poli pour évoquer au plus une trêve, plus probablement une paix armée. Il suffisait ce matin d'entendre Jean-Louis Debré pour subodorer qu'il n'était pas absolument en accord avec la manière dont la Cour de cassation exerce son pouvoir de filtre. Il n'y aurait pas eu besoin de beaucoup insister pour lui faire avouer qu'il pouvait parfois trouver que du côté de Strasbourg, on faisait preuve d'un intégrisme mal reçu à Paris, comme l'a finement suggéré David Szymczak. Le dialogue des juges est, le propos de Thierry Renoux l'a brillamment démontré, un euphémisme pour dissimuler des coups qui se donnent mais qu'on essaie de rendre suffisamment feutrés pour qu'ils ne troublent pas exagérément. Au demeurant, on sait, et cela a été souligné par Agnès Roblot-Troizier et par Nathalie Jacquinot, que la Cour de cassation a évolué à propos de la fameuse question de l'intégration de la jurisprudence dans le contrôle de constitutionnalité. La version réaliste de l'évolution est que le Parlement a sournoisement profité d'une loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature pour supprimer la commission spéciale au sein de la Cour de cassation qui exerçait un monopole sur les QPC. Chaque chambre est redevenue maîtresse de ses renvois au Conseil constitutionnel et, agissant séparément, elles ont commencé à renvoyer au Conseil constitutionnel. Comme quoi, un bon amendement peut être plus efficace que le plus vif des dialogues entre juges.

Reste que l'on ne peut pas, me semble-t-il, se satisfaire complètement de la situation actuelle. Le Parlement, encore lui, a prévu de reconsidérer la question en 2013. Je crois qu'il serait souhaitable de prévoir un recours, pour éviter des abus de brevet de constitutionnalité. Mais une difficulté technique résulte de l'article 61-1 : il ne peut y avoir de QPC que sur renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Comment surmonter cet obstacle ? La voie, à mon avis, est claire, à laquelle Agnès Roblot-Troizier a d'ailleurs fait une allusion : il suffit de doter le Conseil constitutionnel de la capacité de demander une seconde délibération au Conseil d'État ou à la Cour de cassation en précisant que cette seconde délibération portera seulement sur la vérification des deux premières conditions, pas de la troisième. Ainsi, par une simple modification de la loi organique, le Conseil constitutionnel pourra, quand il l'estimera véritablement indispensable, surmonter un barrage, par hypothèse abusif, qu'aurait opposé le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

Donc, oui, désormais « il y a en France une justice constitutionnelle », et j'ai essayé de montrer que les orateurs, tout au long de la journée, nous ont appelés à voir la chose de manière subtile et nuancée.

II - Le bâtonnier Saint-Geniest nous a expliqué que la QPC était « la transgression d'un ordre établi ». C'est vrai puisqu'elle fait simultanément deux choses : la première consiste à bousculer le syllogisme juridique traditionnel processuel, et la deuxième consisterait à favoriser une extension par capillarité de l'ensemble des autres branches du droit.

Le syllogisme, on nous l'enseigne depuis la première année de droit : il y a la loi, il y a un cas, on applique la loi au cas et on arrive à la conclusion. La QPC nous dit : il y a un cas, il y a une loi mais... il faut vérifier si cette loi mérite de s'appliquer pour dicter la solution. Le syllogisme juridique s'est trouvé, par l'effet de la QPC, comme auparavant d'ailleurs par l'effet du contrôle de conventionnalité, extraordinairement fragilisé. Au

passage, un autre pari gagnant, celui selon lequel les avocats se saisiraient du contrôle de constitutionnalité aussi vite et aussi efficacement qu'ils avaient su se saisir du contrôle de conventionnalité. Ils y ont apporté leur contribution et Pascal Saint-Geniès a expliqué dans quelles conditions. Cela étant, la manière dont ce syllogisme juridique s'est trouvé bousculé a fait surgir des questions délicates sur lesquelles Marthe Stefanini, a attiré l'attention. Elle a expliqué de manière très convaincante que cette distinction entre l'abstrait et le concret, qui avait toujours paru simple, est beaucoup plus ambiguë que ce que l'on avait pu penser. Les interventions ultérieures, dans le domaine de la Charte pour Karine Foucher et dans le domaine du droit de la santé pour Xavier Bioy ont bien montré ce qu'il peut y avoir d'insatisfaisant à demeurer exagérément abstrait. Reste néanmoins que, ce faisant, ils ont mis inévitablement le doigt, aussi bien Karine Foucher que Xavier Bioy, mais aussi Stéphane Mouton, sur un problème inquiétant : si l'on veut exercer un contrôle qui puisse être qualifié sérieusement de concret, ne risque-t-on pas de mettre à bas, à la fois les pouvoirs du Parlement et, paradoxalement aussi, ceux du Conseil constitutionnel ? Quand un contrôle devient concret, il doit donner lieu à des appréciations d'ordre matériel, d'ordre scientifique. Le Parlement fait une appréciation, bonne ou mauvaise. Si l'on veut pousser suffisamment loin le contrôle concret, on sera conduit à dire que l'appréciation du Parlement doit être reconsidérée. Le Conseil constitutionnel devrait alors faire appel à des experts scientifiques extérieurs, à des laboratoires d'analyses pour peser les mérites respectifs de telle solution par rapport à telle autre, ce qui le rendrait prisonnier de l'appréciation ainsi livrée par ses partenaires extérieurs. Pousser trop loin la logique du concret, pourrait aboutir à fragiliser gravement les rôles et du Parlement et du juge constitutionnel.

Ce syllogisme bousculé s'est accompagné de l'extension par capillarité. Qu'est-ce que cela signifie ? Ce n'est pas le droit constitutionnel qui se répand partout ; ce sont plutôt les autres branches du droit qui se hissent au niveau constitutionnel. Parce que des branches du droit, qu'il s'agisse de la santé, de l'environnement avant la Charte, de n'importe quel autre droit, pénal, civil, commercial, vivaient sous une forme de plafond, celui de la loi. Au-dessus de la loi, ils n'avaient pas à s'interroger. La QPC leur permet de percer ce plafond, les conduit donc à se poser désormais la question de savoir si ce droit-là ne peut pas se réclamer de tel ou tel principe constitutionnel, qu'ils soient dès lors en mesure d'opposer à la loi. Donc oui, il y a un rehaussement général du droit.

Et tout cela évidemment invite le Conseil constitutionnel à essayer d'adapter son comportement à ces exigences nouvelles, notamment en renonçant à ce que je vois comme des solutions de paresse ou de timidité.

C'est bien compréhensible. Découvrant cette procédure nouvelle, il pouvait légitimement craindre d'être envahi par les QPC, submergé par elles. Donc je le soupçonne d'avoir utilisé quelques moyens destinés à faire toujours quelques contentieux en moins. *Kimberly Clark* : l'incompétence négative n'est pas en elle-même matière à QPC. Pourtant, la Constitution nous dit, dans son article 24, que le Parlement vote la loi ; l'article 34 nous dit les domaines dans lesquels le parlement vote la loi. Je n'arrive pas à voir au nom de quoi ce ne serait pas là un droit ou une garantie que la Constitution accorde aux citoyens eux-mêmes, et de ce point de vue, les propos de Farid Belacel, sont éclairants.

L'article 14 de la Déclaration de 1789 nous dit : « Tous les citoyens ont le droit... ». Le Conseil constitutionnel nous dit non, c'est une affaire entre Parlement et Gouvernement, et les citoyens n'ont rien à y voir. Donc pas de QPC fondée sur l'article 14. C'est un peu désolant.

Et que dire de cette jurisprudence, que personnellement je trouve timorée en matière fiscale. On a le sentiment que le Conseil, par une espèce de solidarité implicite avec les soucis de n'importe quel Gouvernement ou Parlement, se dit que ceux-ci ont déjà tant de difficultés à boucler les budgets qu'il ne faut pas en rajouter en prononçant des censures intempestives, moyennant quoi ils font preuve - me semble-t-il - d'une complaisance à l'égard des pouvoirs publics, d'une empathie coupable dans le domaine fiscal, au détriment des droits véritables des citoyens. Je crois que le Conseil constitutionnel devra progressivement renoncer à ces solutions de paresse ou de timidité, faute de quoi il serait inévitablement menacé par le risque de tarissement. La QPC a un bel avenir devant elle à condition qu'il y ait suffisamment de gens motivés pour la poser, à condition qu'il y ait des perspectives ouvertes par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Donc, être alléchante ou ne pas être, là est la question de la question prioritaire de constitutionnalité.

Guy Carcassonne

(1) E. Cartier, *La QPC : Étude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française*, Université de Lille 2, Mission de recherche Droit et justice, 2012.

(2) Confirmant ici encore sur QPC une solution déjà admise dans le cadre du contrôle par voie d'action : déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 22.

(3) Th. S. Renoux, « Le pouvoir juridictionnel », *in Institutions et vie politique sous la V^e République*, Dir. Michel Verpeaux, La Documentation française, 2012 et « De l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'indépendance de la justice », *in 1958-2008. 50^e anniversaire de la Constitution*

(4) Ainsi : déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue] ; n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres* [Retenue douanière] ; n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F.* [Mise à la disposition de la justice] ; n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.* [Défèrement devant le procureur de la République].

(5) « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices*, Dalloz, n° 10, avril-juin 1998, spéc. p. 85 et s.

(6) « Il est bon qu'un ministre puisse changer de place un procureur, mais il n'est pas bon qu'un procureur ne sente pas son indépendance comme un fonctionnaire de l'ordre administratif [tel que les membres du Conseil d'État]. Il faut donc affirmer que l'indépendance de toute la magistrature - du siège comme du parquet - est une disposition ayant valeur constitutionnelle » : *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, vol. II, La Documentation française, p. 164 et son commentaire : Th. S. Renoux, « L'écriture de la République : l'autorité judiciaire », in *L'écriture de la Constitution de 1958 : actes du colloque du XXX^e anniversaire*, Dir. Didier Maus, Louis Favoreu et Jean-Luc Parodi, Economica-PUAM, 1992, p. 667-711.

(7) Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993, art. premier.

(8) Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 25, à propos de la prolongation de la garde à vue « par un magistrat du siège ».

(9) Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, cons. 5.

(10) Notamment mais pas seulement : « Le statut constitutionnel des magistrats du siège et du parquet », *AJJC*, vol. XI, 1995, Economica-PUAM, 1996, p. 91-245 et récemment : *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, 2008 et *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012.

(11) CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, J. Pradel, *D.*, 2011, p. 338 et s., M. Robert, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, p. 79 et s.

(12) CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, req. n° 37104/06. Les circonstances doivent être rappelées. Le 13 avril 2005, alors qu'elle se trouvait au tribunal de grande instance d'Orléans, la requérante, avocate au barreau de Toulouse, est arrêtée sur commission rogatoire délivrée par des juges d'instruction près le tribunal de grande instance d'Orléans, dans le cadre d'une procédure suivie principalement pour trafic de stupéfiants et blanchiment des produits de ce trafic. Le même jour à 14h35, elle est placée en garde à vue. Le 14 avril 2005, après avoir été conduite à Toulouse pour assister à la perquisition de son cabinet, sa garde à vue est prolongée par un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Toulouse sans l'avoir entendu. La fin de la garde à vue lui est notifiée le 15 avril 2005 à 14h25 mais, saisi d'un mandat d'amener par les juges d'instruction d'Orléans, le procureur adjoint du tribunal de grande instance de Toulouse, ordonne sa conduite en maison d'arrêt en vue de son transfèrement ultérieur devant les juges d'instruction, lequel a lieu le 18 avril 2005. Le même jour à 15h14, la requérante est présentée aux juges d'instruction d'Orléans qui procèdent à son interrogatoire de première comparution et à sa mise en examen.

(13) CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan and others v. The United Kingdom*, req. n° 11209/84, n° 11234/84, n° 11266/84, n° 11386/85, v. §55 à 59. V., pour une comparaison entre « promptly », « immediately » et « aussitôt » ; 3 octobre 2006, *McKay v. The United Kingdom*, req. n° 543/03, § 47.

(14) CEDH, 6 novembre 2008, *Kandzhov v. Bulgaria*, req. n° 68294/01, § 36, (*trois jours et vingt-trois heures*), la Cour se référant toujours aux *circonstances de l'espèce*, notamment au type d'infraction, certaines enquêtes exigeant exceptionnellement un délai plus long (par exemple en matière de terrorisme) alors que d'autres durées qui ne seraient pas en elles-mêmes excessives le deviennent compte tenu de la vulnérabilité des personnes à laquelle elles s'appliquent. Ainsi à propos *de mineurs*, un délai de quatre jours est dépourvu de toute nécessité et viole l'article 5 § 3 : CEDH, 3 février 2009, *Ipek and others v. Turkey*, req. n° 17019/02 et n° 30070/02.

(15) Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F.* [Mise à la disposition de la justice].

(16) Ce qui, par exemple, n'est pas le cas des assesseurs des tribunaux pour enfants, qui *quoique juges et appartenant à l'autorité judiciaire, n'ont pas la qualité de « magistrats »* : Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.* [Composition du tribunal pour enfants].

(17) Cons. const., déc. n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres* [Tribunaux maritimes commerciaux] ; n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre* [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales], opinion partagée par la CEDH qui juge avec constance que

« l'erreur du menuisier » (sur l'estrade surélevée, le bureau du ministère public est situé à quelques centimètres seulement de celui du juge) ne porte pas atteinte à *l'égalité des armes entre les parties* : CEDH, 9 décembre 2003, *Chalmont c/ France*, req. n° 72531/01 ; 21 juin 2011, *Carballo et Pinero c/ Portugal*, req. n° 31237/09 et 31 mai 2012, *Diriöz c/ Turquie*, req. n° 38560/04, § 25 (arrêts définitifs).

(18) Ainsi, est non conforme à la Constitution l'avantage conféré *sans limite de temps* au ministère public, partie demanderesse, dans l'administration de la preuve d'une fraude au mariage : Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, *M. Omar S.* [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage].

(19) CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*.

(20) V. F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », *RDP*, 2009, p. 671

(21) Compte tenu du sujet (du fait que la contribution soit placée dans une partie consacrée au rôle des plaideurs), ce sont d'ailleurs moins les décisions du Conseil qui nécessiteraient d'être analysées, que les questions des plaideurs, de façon à déterminer si ces derniers sont à l'origine d'un mouvement d'eupéanisation des griefs.

(22) Que l'on songe au mariage homosexuel, aux prélèvements génétiques *post-mortem* au coeur de la déc. n° 2011-173 QPC ou à l'accouchement « sous X » traité par la déc. n° 2012-248 QPC.

(23) Citant l'arrêt *Leyla Sahin* du 29 juin 2004, alors que cette décision n'était pas encore définitive.

(24) V. la déc. n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, *A.N., Val-d'Oise (5^e circ.)*.

(25) Comme en Espagne, au Portugal ou en Roumanie.

(26) Comme en Allemagne, en Italie ou dans de nombreux PECO.

(27) V. D. Szymczak, *CEDH et juge constitutionnel national*, Bruylant, 2007, p. 117

(28) V. par ex. la déc. n° 2011-214 QPC concernant le droit de ne pas s'incriminer, rattaché non à l'article 16 mais à l'article 9 DDHC.

(29) M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et CEDH », *cette revue*, n° 32, 2011, p. 87.

(30) CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzales c/ France*.

(31) Certains ayant un caractère prospectif, la Cour n'ayant encore ni désavoué, ni conforté le Conseil.

(32) CEDH, GC, 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgique*.

(33) Comme dans les déc. n° 2010-14/22 QPC (Garde à vue), n° 2010-32 QPC (Retenue douanière) ou n° 2011-223 QPC (Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat).

(34) Solution *a priori* conforme à la jurisprudence *Funke c/ France* (CEDH, 25 février 1993), cet arrêt ne remettant pas en cause *in abstracto* le droit français, mais seulement son application *in concreto*.

(35) Le Conseil d'État a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question portant sur l'article L. 1111-7 du code de la santé publique (CSP), lequel reconnaît à toute personne le droit d'accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels (CE, 10 novembre 2010, n° 327337).

(36) Cons. const., déc. n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France* et déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, *M. Mickaël D.*

(37) Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC, cons. 5 ; déc. n° 2011-202 QPC, cons. 9.

(38) La décision n° 2011-174 QPC porte sur l'article L. 3213-2 du CSP qui ouvrait une alternative à l'autorité administrative pour ordonner le placement en hospitalisation à titre provisoire : l'aliénation pouvait être attestée soit par un avis médical, soit par la simple notoriété publique. En l'espèce, le Conseil est venu censurer une seule branche de l'alternative, laissant ainsi subsister celle apportant selon lui les garanties suffisantes.

(39) Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons. 16 et déc. n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, cons. 30 et 31.

(40) Cons. const., déc n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, cons. 15 et 16.

(41) Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC, *Mathieu E.*

(42) Cons. const., déc. n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011, *JO* du 2 avril 2011, p. 5895, texte n° 74, cons. 4.

(43) Cons. const., déc. n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, cons. 6 à 8.

(44) Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, Rec.*, p. 78.

(45) Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons. 7.

(46) Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, cons. 6 à 8.

(47) Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, cons. 6, 7, 9 et 10.

(48) Cons. const., déc. n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, cons. 6.

(49) Cons. const., déc. n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, cons. 4 et 5.

(50) Cons. const., déc. n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région.*

(51) Cons. const., déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991.

(52) Selon l'expression de D. Hédary, *Constitutions*, 2011, p. 407.

(53) N'ayant pas été saisi de certaines lois : lois de 2006 sur l'eau, les déchets radioactifs, la sûreté nucléaire, les parcs nationaux ou la politique agricole.

(54) Lors de son audition à l'Assemblée nationale sur le projet de Charte constitutionnelle. V. A.N., commission des lois constitutionnelles, compte rendu n° 10, séance du 3 décembre 2003.

(55) Cons. const., déc. n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, cons. 6.

(56) Cons. const., déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, cons. 5.

(57) Cons. const., déc. n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, cons. 22.

(58) Cons. const., déc. n° 2011-116 préc., cons. 7.

(59) Même décision. Il est également possible de renvoyer à la déc. n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, dans laquelle le Conseil mobilise ensemble les articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement (cons. 10).

(60) Les décisions n° 2011-183/184 QPC, n° 2012-262 QPC, n° 2012-269 QPC et n° 2012-270 QPC.

(61) En particulier, la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques et la loi du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement.

(62) Précisions qu'à l'heure où nous écrivons ces lignes, le projet de loi relatif à la mise en oeuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement (projet de loi n° 7 de la quatorzième législature) n'a pas encore été définitivement adopté par le Parlement.

(63) Selon les termes de l'exposé des motifs du projet de loi précité.

(64) Respectivement, déc. n° 2011-184/184 QPC et n° 2012-262 QPC.

(65) Cons. const., déc. n° 2012-282 QPC préc.

(66) Que l'on retrouve dans les deux décisions précitées relatives aux installations classées.

(67) Cons. const., déc. n° 2012-282 QPC, cons. 17.

(68) Le Conseil a rappelé cette limite de principe à sa compétence dans la même décision n° 2012-282 QPC, à propos de l'appréciation de la conformité aux articles 1^{er} et 3 de la Charte, des dispositions législatives soumettant à autorisation l'installation des dispositifs de publicité lumineuse et renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de fixer les prescriptions que ces installations doivent respecter. Le système d'autorisation préalable est en effet un moyen de prévenir les atteintes à l'environnement, et le juge constitutionnel considère « qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les moyens par lesquels le législateur entend mettre en oeuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ainsi que le principe de prévention des atteintes à l'environnement » (cons. 8).

(69) Cf., M. Guerrini, « Les moyens périphériques aux droits et libertés garantis par la Constitution », Contribution au VIII^e congrès AFDC, 2011.

(70) Cons. const., déc. n° 2012-05 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark, Rec.*, p. 114.

(71) Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *Mathieu E., JORF* du 17 mai 2012, p. 9154.

(72) « Discours préliminaires sur le projet de Code civil du 1^{er} pluviôse an IX », in *Écrits et discours juridiques et politiques de Portalis*, P.U.A.M., coll. « Publications du Centre de philosophie du droit », 1988, p. 32, présentation A. Seriaux.

(73) Cons. const., déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision, Rec.*, p. 33, cons. 1.

(74) Cons. const., déc. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi sécurité et liberté, Rec.*, p. 15, cons. 56.

(75) Cons. const., déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, Rec.*, p. 43, cons. 3.

(76) Cons. const., déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie, Rec.*, p. 119, cons. 25.

(77) Cons. const., déc. n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *Mur mitoyen, Rec.*, p. 321, cons. 4.

(78) Cons. const., déc. n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *Machines à sous, Rec.*, p. 291, cons. 4.

(79) G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.*, 1991, chron., p. 42.

(80) Cons. const., déc. n° 90-283 DC, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec.*, p. 11.

(81) Cons. const., déc. n° 79-105 DC, préc.

(82) Cons. const., déc. n° 80-127 DC, préc.

(83) Cf. G. Forest, « La cession forcée de mitoyenneté n'est pas inconstitutionnelle », *D.*, 2010, n° 42, p. 2771.

(84) Cons. const., déc. n° 2010-13 QPC, *Gens du voyage, Rec.*, p. 139.

(85) En ce sens, J.-G. Sorbara, « Constitutionnalité de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage », *JCP-G*, n° 29, 2010, p. 10.

(86) Cf. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 48.

(87) Cons. const., déc. n° 2010-55 QPC, préc.

(88) Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

(89) X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *cette revue*, n° 38.

(90) Telle est la logique depuis la première décision n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010.

(91) Non seulement l'intérêt général commande la logique même des conciliations opérées entre le droit de propriété et les autres droits constitutionnels (la liberté d'expression : Cons.const., déc. n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 ; la liberté contractuelle : déc. n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011 ; le droit au recours : déc. n° 2011- 203 QPC du 2 décembre 2011), mais il peut aussi justifier l'invocation d'autres droits constitutionnels à l'encontre de la propriété : déc. n° 2011-193 QPC du 10 novembre 2011à propos de la sécurité juridique.

(92) R. Libchaber : « La propriété, droit fondamental » *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, p. 645 et s..

(93) Les conditions de conformité à la Constitution des atteintes au droit de propriété sur le fondement de l'art. 2 D. 1789 ont fait l'objet d'une incontestable précision dans la jurisprudence QPC. De manière plus notable encore, le Conseil constitutionnel étend la protection juridique relative à la violation de la propriété prévue par l'art. 17. D. 1789 aux atteintes régies par l'art. 2. D. 1789. Quant aux trois conditions de constitutionnalité des violations (utilité publique, légalement constatée, et versement d'une indemnité préalable) elles sont rappelées dans une jurisprudence constante : déc. n° 2010- 33 QPC du 22 septembre 2010 ; n° 2010- 43 QPC du 6 octobre 2010.

(94) L. Favoreu, « La jurisprudence et le droit de propriété », *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989.

(95) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Sirey, 1922, Rééd. CNRS, p. 199 et s.

(96) *Ibid.*, p. 126.

(97) É. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 1921, Rééd., Dalloz, 2005.

(98) G. Drago, « Exception d'inconstitutionnalité - Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *La Semaine Juridique*, n° 49, I 217, p. 13 à 18.

(99) Cons. const., déc. n° 2010-607 DC du 10 juin 2010_, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée_. V. aussi : « La modernisation du droit constitutionnel de propriété : à propos de la constitutionnalisation du droit de propriété des créanciers », *Recueil Dalloz*, 4 nov. 2010, n° 38, p. 2553.

(100) CEDH, 30 novembre 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*.

(101) Cons. const., déc. n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011 ; déc. n° 2011-201 QPC du 2 décembre 2011.

(102) G. Mémeteau, cité par Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2012, 9° éd., n° 1554.

(103) Cons. const., déc. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985.

(104) Cons. const., déc. n° 2012-275 QPC du 28 septembre 2012.

(105) Cons. const., déc. n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010 ; déc. n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011.

(106) Cons. const., déc. n° 2012-236 QPC du 20 avril 2012.

(107) Les organisateurs remercient Marc Sztulman et Romain Vaillant, respectivement ATER et titulaire d'un contrat doctoral à l'Université de Toulouse 1 Capitole et membres de l'Institut Maurice Hauriou, d'avoir procédé à la retranscription de l'intervention orale du professeur Guy Carcassonne.