

# QPC : textes applicables et premières décisions

Marc GUILLAUME - Secrétaire général du Conseil constitutionnel <sup>(1)</sup>

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 29 (DOSSIER : LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ)  
- OCTOBRE 2010

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

L'article 61-1 dispose :

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

*« Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »*

Le deuxième alinéa de l'article 62 prévoit désormais qu'*« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »*

Cette réforme a un triple objectif :

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

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

- que la question prioritaire de constitutionnalité ait été soulevée devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (cons. 18) ou devant ces deux juridictions elles-mêmes (cons. 21), le fait que, malgré l'exercice de toutes les voies de recours par le requérant, une décision définitive puisse être rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) et sans attendre qu'il ait statué ne saurait priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ;
- en l'absence de dispositions procédurales spécifiques à l'examen par le Conseil d'État et la Cour de cassation, les dispositions des articles 23-3 à 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel doivent s'entendre comme prescrivant le respect d'une procédure juste et équitable, le décret devant, en tant que de besoin, apporter les compléments procéduraux nécessaires (cons. 28).

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

La loi organique du 10 décembre 2009 a principalement pour objet, en son article 1<sup>er</sup>, d'insérer un chapitre II *bis* « De la question prioritaire de

*constitutionnalité*» dans le titre II de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette ordonnance comprend trois titres : titre I « *Organisation du Conseil constitutionnel* » ; titre II « *Fonctionnement du Conseil constitutionnel* » ; titre III « *Dispositions diverses et transitoires* ». C'est bien dans le titre II que la question prioritaire de constitutionnalité avait sa place.

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

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

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

D'autre part, en qualifiant cette question de « *prioritaire* », la loi organique montre bien qu'il ne s'agit pas d'une question « *préjudicielle* ». En effet, la question doit être traitée avant toutes les autres alors que, face à une question préjudicielle, le juge doit d'abord statuer sur les autres moyens ; il ne pose la question préjudicielle et ne surseoit à statuer que si aucun de ces autres moyens ne lui permet de régler le litige. C'est bien l'inverse ici.

Ce droit du justiciable à déposer une QPC et à avoir une réponse à celle-ci est garanti par l'article 61-1 de la Constitution. La loi organique ne pourrait y porter atteinte, par exemple en mettant en place une procédure dans laquelle une réponse serait apportée à la requête au fond, y compris pour y faire droit, sans que la QPC ne soit traitée. Le Conseil constitutionnel veille à la protection de ce droit constitutionnel. Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, il a jugé que « *le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (considérant 2). Dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, il a jugé que la loi organique doit « *mettre en œuvre le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit* » (considérant 11).

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

## **Ire Partie – Les dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation : articles 23-1 à 23-3.**

### **1 - Article 23-1**

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

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

*« Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.*

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

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

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

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

L'article 23-1 de la loi organique prend un bon parti de rédaction. Il ne détaille pas les juridictions devant lesquelles une QPC peut être soulevée. Il rappelle seulement, à la suite de l'article 61-1, que ces juridictions doivent, le cas échéant, renvoyer leur question de constitutionnalité au Conseil d'État et à la Cour de cassation, seuls juges de cassation prévus par la Constitution et « placés au sommet de chacun des deux ordres de juridictions reconnus » par celle-ci. C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel au considérant 3 de la décision n° 2009-595 DC.

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

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

- Les lois organiques.

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

- Les lois référendaires.

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

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

- Les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie.

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

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

- En premier lieu, l'article 61-1 exclut toute contestation de la régularité de la procédure d'adoption de la loi. Le Conseil constitutionnel l'a expressément jugé dans la décision n° 2010-4/17 QPC du 23 juillet 2010. De même est exclue toute critique relative à l'empiètement de la loi sur la compétence réglementaire.
- En deuxième lieu, la QPC n'exclut pas d'autres aspects du contrôle de constitutionnalité externe. Doit ainsi pouvoir être soulevée une question relative à la compétence du législateur si est en cause un droit ou une liberté constitutionnellement garanti.

Un premier cas n'a pas encore été soumis au Conseil constitutionnel. C'est celui dans lequel serait soulevée la question du manquement à l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. Un second cas lui a en revanche déjà été soumis. C'est celui de l'incompétence négative du législateur.

Dans la décision n° 2010-5 QPC (*SNC Kimberly-Clark*) du 18 juin 2010, le Conseil constitutionnel a pu fixer sa jurisprudence sur ce point à la suite d'un renvoi du Conseil d'État. Dans un considérant de principe, il a jugé que « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ».

Dans le cas d'espèce, il appartenait au Conseil constitutionnel d'appliquer cette règle de principe à la matière fiscale et plus particulièrement à l'article 14 de la Déclaration de 1789. Or, comme le montre la jurisprudence du Conseil (n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001), l'article 14 de la Déclaration est davantage tourné vers le respect des droits des parlementaires que vers celui des justiciables, à l'occasion d'une instance, comme l'exige l'article 61-1 de la Constitution. Dès lors, le Conseil a jugé que « *les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

Le considérant général du Conseil pourra à l'avenir être appliqué à chaque matière. D'une part, certains items de l'article 34 de la Constitution n'affectent pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Des incompétences négatives ne peuvent alors être sanctionnées que dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. On songe par exemple à la censure de la garantie de l'État accordée à la SNPE pour couvrir des frais de dépollution sans en fixer le plafond dans la loi (n° 2008-574 DC du 29 décembre 2008). Mais, d'autre part, la plupart des items de l'article 34 affectent un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Il en a par exemple été ainsi lors de la censure du renvoi à un décret de la fixation des règles de procédure pénale (n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009).

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

On sait que les OVC n'énoncent pas un droit mais un but, un objectif, que le législateur doit prendre en compte lorsqu'il légifère dans ce domaine. Ainsi constituent de tels OVC le maintien de l'ordre public (décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982), l'accessibilité et l'intelligibilité du droit (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999), le pluralisme et l'indépendance des médias (décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009). Ce sont des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative. Les OVC ne sont pas des droits subjectifs comme les principes de valeur constitutionnelle. Ils ne sont pas d'application directe. Ils ne s'adressent pas aux individus mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat.

À l'occasion de la décision n° 2010-3 QPC (*Union des familles en Europe*) du 28 mai 2010, le Conseil constitutionnel n'a pas voulu trancher de façon générale la question de l'invocabilité des OVC dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Il a, en l'espèce, considéré que

le grief tiré de la méconnaissance de l'OVC du pluralisme des courants de pensées et d'opinions était, en tout état de cause, inopérant dès lors que ce grief n'était pas invoqué dans une matière où cet objectif revêt une valeur constitutionnelle, à savoir la vie politique et les médias. C'était déjà le raisonnement de l'inopérance qu'il avait fait en 2004 pour les sociétés sportives (n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004).

La décision n° 2010-4/17 QPC du 23 juillet 2010 souligne que le Conseil constitutionnel apportera une réponse au cas par cas à la question de savoir si un OVC est un « *droit* » ou une « *liberté* » au sens de l'article 61-1. Dans cette décision, le Conseil a expressément jugé que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une QPC sur le fondement de l'article 61-1. Par ailleurs, s'il juge qu'un OVC ne peut constituer le seul grief à l'appui d'une QPC, il peut être invoqué de manière confortative avec d'autres griefs ; c'est le sens du « *en elle-même* » dans la décision n° 2010-4/17 QPC.

- En quatrième lieu, dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que l'exigence constitutionnelle de la transposition des directives, qui découle de l'article 88-1 de la Constitution (n° 2004-496 DC du 10 juin 2004) ne figure pas au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* ». Le Conseil n'exerce son contrôle à l'égard de cette exigence que dans le cadre de l'article 61 de la Constitution.
- En cinquième lieu, dans sa décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a jugé que la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution (« *La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi* ») « *n'institue pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ». Dotée d'une très faible valeur normative, cette phrase de l'article 72-1 de la Constitution est une simple habilitation laissée à l'appréciation du législateur et ne constitue ni un droit ni une liberté qui puisse être invoquée dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.
- En sixième lieu, ce sont donc l'ensemble des « *droits et libertés* », tels qu'énoncés par la Constitution de 1958, le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui peuvent être invoqués dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution. Il en va par exemple ainsi du principe d'égalité (n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010) ou du principe d'égalité devant les charges publiques (n° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010).

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

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

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

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

Devant la juridiction administrative, l'article R. 771-4 nouveau du CJA pose la règle selon laquelle il n'appartient pas à la juridiction saisie de faire, le cas échéant, régulariser cette exigence d'un mémoire distinct et motivé. L'irrecevabilité découlant de l'absence d'un tel mémoire peut être soulevée d'office par le juge sans en informer préalablement les parties. Ceci n'interdira bien sûr pas aux parties de procéder spontanément à

une régularisation. La même règle s'applique devant les juridictions pénales. Il n'en va pas de même devant les juridictions civiles. L'article 126-2 nouveau du CPC dispose que « *le juge doit relever d'office l'irrecevabilité du moyen qui n'est pas présenté dans un écrit distinct et motivé* ». Le juge doit alors appliquer l'article 16 du CPC. Il ne peut sanctionner cette irrégularité qu'après avoir invité les parties à en débattre ce qui leur permet, si elles le souhaitent, de régulariser.

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

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

- Confirmant cette qualification de « *moyen* » et non de prétention, l'article 23-1 précise que la QPC peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel (alors qu'en matière civile, les articles 563 et 564 du CPC prohibent les prétentions nouvelles en appel, mais permettent les moyens nouveaux).
- Confirmant que la QPC est un moyen de pur droit, l'article 23-1 précise qu'elle peut être soulevée pour la première fois en cassation.
- En revanche, à la différence des autres moyens de pur droit, la QPC ne peut être soulevée par le juge. Cela fait suite aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution (« *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu...* »). Le Conseil constitutionnel a déduit de cette formulation qu'elle « *fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité* » (cons. 9 de la décision n° 2009-595 DC).

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

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

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

« *Lorsque le ministère public est partie jointe, soit en raison de la matière de l'affaire, soit de sa propre initiative, soit à celle du juge du siège, il est chargé d'intervenir* » pour faire connaître son avis sur l'application de la loi « *(article 424 du code de procédure civile). Dans la mesure où l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition législative est susceptible de poser la question de l'application de cette disposition, il ne serait pas infondé que le ministère public puisse, en qualité de partie jointe, invoquer un tel moyen.* »

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

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

16 – L'article 23-1 pose par ailleurs une condition spéciale d'irrecevabilité : la QPC ne peut être soulevée devant la cour d'assises. C'est là la reprise d'une disposition du projet initié par Robert Badinter en 1989. Il s'agit d'une restriction au droit très vaste que reconnaît l'article 61-1 de la Constitution de soulever une question. Cependant, le Conseil constitutionnel a jugé (cons. 10 de la décision n° 2009-595 DC) que cette restriction n'est pas contraire à cet article 61-1. Il en va ainsi du fait de la latitude ouverte dans toute la phase de l'instruction en amont du procès criminel de soulever une question. Or, cette phase en amont du procès criminel dure souvent plusieurs années. En outre, la loi organique prévoit, en cas d'appel d'une décision de cour d'assises rendue en premier ressort, que la question pourra être soulevée au moment de la déclaration d'appel. Un troisième élément doit être pris en compte, relatif à l'intérêt général qui s'attache à ce que les questions de droit et de procédure soient réglées avant l'ouverture du procès criminel. Il en va de la bonne administration de la justice qui est un objectif de valeur constitutionnelle (n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24).

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

## 2 - Article 23-2

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

« *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

« *1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;*

« *2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;*

« *3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.*

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

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

« *La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.* »

2.1 - Cet article ne crée pas de délai au terme duquel le juge *a quo* devrait avoir statué sur la QPC. On sait que l'Assemblée nationale avait initialement institué un délai de deux mois au terme duquel, si le juge *a quo* n'avait pas statué, le requérant pouvait saisir de la question le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Ce dispositif n'a finalement pas été retenu par le législateur organique. Il a semblé trop lourd et trop uniforme à ce dernier.

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

Cette précision d'un jugement « *sans délai* » est reprise à l'article 126-4 nouveau du CPC et à l'article R. 49-25 du CPP. Par ailleurs, pour assurer le

respect de cette prescription dans le cadre d'une bonne administration de la justice, l'article R. 771-5 du CJA prévoit que, s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil d'État la QPC, le mémoire distinct et motivé relatif à la QPC n'est pas notifié aux autres parties. La même règle figure à l'article R. 49-25 du CPP.

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

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

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

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

Dans la décision n° 2010-1 QPC, *Consorts L.*, du 28 mai 2010, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser son contrôle de cette première condition de l'applicabilité au litige de la disposition législative. En effet, d'une part, les requérants demandaient que soient examinées, non pas seulement les trois articles de loi renvoyés par le Conseil d'État, mais l'ensemble des lois relatives à la cristallisation des pensions. D'autre part, le Premier ministre estimait que l'un des articles de loi renvoyé par le Conseil d'État n'était pas applicable au litige. Le Conseil a écarté ces deux demandes, réservant au juge de renvoi le jugement de l'applicabilité de la disposition au litige. Il a jugé qu'il « *n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait le fondement des poursuites* ». Ainsi le Conseil ne saurait se substituer aux deux Cours suprêmes dans l'appréciation de ce critère.

Ce premier critère apparaît comme le plus simple des trois à apprécier. Il est rempli dès lors que la disposition législative est susceptible d'être appliquée dans l'espèce au requérant. Peu importe de savoir si cette disposition est temporaire ou si elle est déjà abrogée pour le futur. L'intéressé tire de la Constitution le droit de voir contrôler la conformité à la Constitution d'une disposition législative qui lui est appliquée dès lors que les droits et libertés constitutionnellement garantis sont en jeu. Ce droit joue donc y compris lorsque la disposition législative est déjà abrogée mais qu'elle est encore appliquée. Sur renvoi, le Conseil constitutionnel peut en effet décider que la disposition, si elle n'est pas conforme à la Constitution, ne sera pas appliquée aux requérants et plus généralement faire usage des dispositions de l'article 62 deuxième alinéa deuxième phrase.

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

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



devra, rapprocher les termes de la loi organique et ses techniques de jugement passées et notamment celles qui ont eu cours de 1977 à 1991.

Le Conseil constitutionnel a donné de premières précisions sur l'application de ce critère dans sa décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010. Le Conseil a alors jugé que l'article 706-53-21 du code de procédure pénale avait déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2008-562 DC du 26 février 2008. Dans sa décision de 2010 le Conseil a relevé trois éléments de sa décision de 2008 lors de laquelle il avait examiné la loi sur la rétention de sûreté dont l'article 1<sup>er</sup> comprenant l'article 706-53-21 du CPP. En premier lieu cet article avait alors été expressément contesté par les requérants. En deuxième lieu le Conseil avait « spécialement examiné » cet article 1<sup>er</sup>. Enfin il l'avait déclaré conforme dans le dispositif de sa décision.

Ce faisant, le Conseil a écarté deux interprétations :

- En premier lieu, il a écarté une interprétation peu sérieuse qui aurait conduit à juger qu'en l'absence, dans les motifs de la décision, d'une déclaration formelle de conformité à la Constitution de l'article 706-53-21 du CPP, cet article est hors du champ du 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 de la loi organique du 7 novembre 1958. Une telle interprétation était exclue dans la mesure où les motifs de la décision du 21 février 2008 ne comportent aucune déclaration formelle de conformité à la Constitution, ni de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée, ni d'aucun article inséré dans le code de procédure pénale par cet article 1<sup>er</sup>. Une telle interprétation eut conduit à la conclusion absurde et contraire à l'article 62 de la Constitution que, au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel n'avait pas déjà examiné le régime de la rétention de sûreté !
- En deuxième lieu, le Conseil a écarté l'interprétation selon laquelle le 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 ne vise que celles des dispositions ou parties de dispositions examinées par le Conseil constitutionnel sur lesquelles porte la motivation du Conseil constitutionnel conduisant à la déclaration de conformité à la Constitution.

Une telle interprétation qui pouvait se prévaloir d'arguments de texte aurait cependant conféré à l'expression « *dans les motifs et le dispositif* » de la décision du Conseil constitutionnel une portée différente de celle que le législateur organique a entendu lui donner.

Ainsi, dans son rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 29 septembre 2009, M. Portelli écrit que si le Conseil constitutionnel « *conclut aujourd'hui sa décision par un considérant libellé de la manière suivante : « Considérant qu'il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune (autre) question de conformité » après avoir indiqué la conformité ou non à la Constitution des seuls articles examinés par lui, il n'en a pas toujours été ainsi par le passé, le Conseil constitutionnel accordant une sorte de brevet de constitutionnalité à la loi en estimant, dans le dispositif, que la loi, examinée dans son ensemble, n'était pas contraire à la Constitution ».*

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

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

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

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

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

disposition confirme le caractère « *prioritaire* » de la QPC.

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

- Compte tenu de la proximité entre la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et la protection qui résulte des traités relatifs aux droits de l'homme (conventions du Conseil de l'Europe ou de l'ONU), la quasi-totalité des questions de constitutionnalité pourrait être rejetée au motif que la loi contestée doit être écartée pour inconstitutionnalité. La réforme serait vidée de tout contenu.
- La création d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* vise à replacer la Constitution au sommet de l'ordre juridique français. Il est en effet apparu anormal que tous les juges puissent écarter une loi nationale pour un motif d'inconstitutionnalité alors que le respect de la Constitution ne pouvait être invoqué devant eux. Si l'inconstitutionnalité devait faire écran à l'inconstitutionnalité, cette anomalie subsisterait. Pire, la Constitution deviendrait définitivement une norme seconde.
- La réforme du 23 juillet 2008 a investi le Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, du pouvoir d'abroger les dispositions législatives non conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cette centralisation du contrôle de constitutionnalité, avec effet abrogatif *erga omnes*, est un important gage de sécurité juridique et de cohérence dans la protection des droits fondamentaux. Comme l'a voulu le constituant, il doit primer sur le contrôle diffus et relatif de conventionnalité par les juges judiciaires et administratifs.

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

La réaffirmation de la hiérarchie des normes ne pose aucune difficulté dans l'ordre interne. Dans cet ordre interne, la Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes. Cette primauté est reconnue tant par le Conseil constitutionnel (décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004) que par le Conseil d'État (30 octobre 1998, *Sarran*) et par la Cour de cassation (2 juin 2000, *Mlle Fraisse*). Cette primauté du droit constitutionnel s'exerce bien sûr à l'égard du droit communautaire. C'est même pour cela que le Conseil constitutionnel a dégagé une jurisprudence sur l'« *identité constitutionnelle de la France* ».

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

Le recours dirigé contre la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne a fourni au Conseil constitutionnel l'occasion de rappeler et de préciser sa jurisprudence (n° 2010-605 DC du 12 mai 2010). Figuraient en effet parmi les griefs dirigés contre l'ensemble de la loi ceux relatifs au droit de l'Union européenne.

- En premier lieu, le Conseil a confirmé sa jurisprudence aussi constante qu'ancienne selon laquelle il ne contrôle pas la comptabilité des lois avec les engagements internationaux ou européenne de la France (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975). Cette orientation jurisprudentielle s'est trouvée consacrée dans la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'article 61-1 de la Constitution qui distingue dans les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 les moyens de constitutionnalité et de conventionnalité. Ainsi, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, pas plus que dans le cadre de l'article 61, d'examiner la comptabilité d'une loi aux engagements internationaux et européens de la France. Le Conseil a eu l'occasion de le confirmer à nouveau dans la décision n° 2010-4/17 QPC du 23 juillet 2010.
- En deuxième lieu, et de manière complémentaire, le Conseil a indiqué que nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (qui ne fait évidemment pas acquérir valeur constitutionnelle aux stipulations de ce traité), il ne revient pas davantage au Conseil de contrôler la compatibilité d'une loi avec ce traité.
- En troisième lieu, le contrôle de conventionnalité incombe donc aux juridictions administratives et judiciaires. Il appartient à celles-ci de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'une disposition incompatible avec le droit de l'Union européenne produise des effets. Lorsque le juge transmet une question prioritaire de constitutionnalité, ces mesures sont prises en application de l'article 23-3 de

l'ordonnance du 7 novembre 1958. Si la loi ou le règlement prévoit que le juge statue dans un délai déterminé ou en urgence, il peut statuer au fond sans attendre la décision sur la question prioritaire de constitutionnalité. Dans les autres cas, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. Il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tirent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir.

- En quatrième lieu, l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 décembre 1958 ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires de la faculté ou de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
- En cinquième lieu, le Conseil a précisé sa jurisprudence sur le contrôle de l'exigence constitutionnelle de la transposition des directives. Cette exigence découle de l'article 88-1 de la Constitution (n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006). Dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le Conseil a jugé que cette exigence constitutionnelle de transposition des directives ne figure pas au nombre des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Cette exigence n'est donc pas invocable par les justiciables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.
- En sixième lieu, l'exercice du contrôle de cette exigence constitutionnelle dans le cadre de l'article 61 laisse entier le contrôle de conventionnalité ultérieure des juridictions administratives et judiciaires. Le droit pour les justiciables d'invoquer une directive de l'Union européenne s'exerce devant ces juridictions administratives et judiciaires.

Au total, les articles 23-2 et 23-5 de la loi organique tirent bien les conséquences de la hiérarchie des normes et de la place, dans l'ordre interne, de la Constitution au sommet de cette hiérarchie. Dans ce cadre, sont soulignées la spécialisation des juges et la différence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, y compris communautaire.

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

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

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

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

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

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

### 3 - Article 23-3

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

*« Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.*

*« Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.*

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

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

*« Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. »*

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

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

Ce principe connaît des exceptions de deux natures :

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

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

- pour le juge judiciaire, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois suivant la première comparution lorsque le prévenu est en détention provisoire (à défaut, le prévenu est mis en liberté d'office) (article 397-3 du CPP) ;
- pour le juge administratif, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois sur les recours tendant à ce que soit ordonné le logement ou le relogement d'un demandeur de logement social reconnu prioritaire (article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation), dans un délai de trois mois sur les recours contre les décisions relatives au séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français, délai réduit à soixante-douze heures en cas de placement en rétention de l'étranger (article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), dans un délai de trois jours lorsque l'enregistrement d'une candidature à une élection est refusé (articles L. 159, L. 210-1, L. 265, L. 303, L. 351, L. 401, L. 410 et L. 420 du code électoral) et dans un délai de quarante-huit heures lorsque le juge administratif se prononce comme juge des référés et qu'est en jeu la sauvegarde d'une liberté fondamentale (article L. 521-2 du CJA) ;
- pour le juge de cassation, l'obligation de statuer dans un délai de trois mois lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de renvoi en cour d'assises (1<sup>o</sup> de l'article 604 du CPP) ou lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire (article 567-2 du CPP) et dans un délai de deux mois lorsqu'il est fait droit la requête du demandeur en cassation tendant à faire déclarer son pourvoi immédiatement recevable (3<sup>o</sup> de l'article 604 du CPP).

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

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

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

- D'autre part, la juridiction ne peut surseoir à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. Cette exception automatique n'était pas prévue dans le projet de loi organique de 1990. Comme le souligne M. Jean-Luc Warsmann <sup>(5)</sup>, « *cette dérogation est justifiée par la volonté de ne pas retarder la décision susceptible de mettre fin à cette privation de liberté* ».

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

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

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009, a relevé que cette exception pose une difficulté puisque, au moins en théorie, elle peut conduire à ce que l'instance soit définitivement tranchée sans attendre la décision relative à la décision de constitutionnalité. Dès lors, dans l'hypothèse où sa décision conduirait à une censure de la disposition législative contestée, le Conseil constitutionnel a émis une réserve pour préserver le droit du justiciable de ressaisir la juridiction.

## II<sup>e</sup> Partie - Les dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation (articles 23-4 à 23-7)

Les dispositions applicables devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont réunies dans les articles 23-4 à 23-7 insérés dans l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 précitée.

### 1 - Article 23-4

L'article 23-4 dispose :

« *Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.* »

L'article 23-4 est le premier article de la section 2 relative aux « *Dispositions applicables au Conseil d'État et à la Cour de cassation* ». Il traite du rôle des Cours suprêmes en cas de transmission de la question par le juge *a quo* (ou en cas de question formulée lors de la déclaration d'appel d'un arrêt de cour d'assises). Cet article prévoit que les Cours suprêmes ont trois mois pour se prononcer sur la QPC. Les prescriptions de l'article 61-1 de la Constitution sont ainsi respectées (« *... du Conseil ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* »).

L'article 23-4 précise également les critères de renvoi par les Cours suprêmes vers le Conseil constitutionnel. Deux des trois conditions sont les mêmes que pour la transmission par le juge *a quo* aux Cours suprêmes : disposition contestée applicable au litige, disposition non déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent ainsi appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il ne peut s'agir seulement de

l'autorité de la chose jugée mais également de la chose interprétée. Au demeurant, le Conseil d'État reconnaît déjà, depuis décembre 2006, l'autorité de la chose interprétée aux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (Ass., 11 décembre 2006, *Sté de Groot*). La même orientation serait, à l'avenir, logique, pour les décisions du Conseil constitutionnel. Si le Conseil d'État et la Cour de cassation ont un doute, si cela n'a pas déjà été jugé, ils doivent renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

La troisième condition est différente de celle formulée à l'article 23-1 pour le juge *a quo*. Ici, la question est renvoyée si elle « *est nouvelle ou présente un caractère sérieux.* »

Le premier critère, « *présente un caractère sérieux* », est très proche de celui du juge *a quo* (« *pas dépourvue de caractère sérieux* »). La condition est ici légèrement plus exigeante. Elle permet aux Cours suprêmes de jouer leur rôle de filtre. Leur appréciation de cette condition est à l'évidence l'un des éléments déterminants de la réussite ou non de la réforme. Comme il a déjà été souligné, il importe notamment, dans l'application de cette condition, que le Conseil d'État ou la Cour de cassation n'opère pas des déclarations de constitutionnalité « sous réserve ».

Le deuxième critère est celui du caractère « nouveau » de la question. Dans sa décision n° 2009-565 DC du 10 décembre 2009 (cons. 21), le Conseil a estimé que ce critère ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative contestée. Sinon, toute question qui n'a pas déjà été examinée par le Conseil serait toujours nouvelle. Ce critère de la « question nouvelle » doit s'apprécier au regard de la disposition constitutionnelle à laquelle la disposition législative est confrontée. Cette hypothèse vise sûrement le cas d'une disposition constitutionnelle qui n'a encore jamais été appliquée, notamment parce qu'elle serait récente comme la Charte de l'environnement.

Le critère de la « question nouvelle », alternatif au caractère sérieux, a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel sous prétexte que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question. Le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution. Son action, dans le cadre de l'article 61-1, ne sera pas seulement de censurer des dispositions législatives mais aussi d'assurer l'interprétation uniforme de la Constitution, même dans les cas dans lesquels la disposition législative contestée n'apparaît pas contraire à la Constitution.

Par ailleurs, le Conseil a estimé que ce critère de la nouveauté habilitait le Conseil d'État et la Cour de cassation à apprécier, en fonction de ce critère alternatif, l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel. Pourrait ainsi être qualifiée de nouvelle une disposition législative qui fait l'objet à un recours massif à la QPC et qu'il est opportun de faire trancher définitivement par le Conseil constitutionnel.

Le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 apporte des précisions importantes quant à l'instruction de la QPC devant le Conseil d'État et la Cour de cassation lorsque ceux-ci exercent leur rôle de filtre. C'est en effet à l'occasion de la notification du jugement de transmission de la QPC par le juge *a quo* que les parties vont se voir donner un délai de production devant les Cours suprêmes.

Devant les juridictions administratives, l'article R. 771-9 du CJA dispose, en son deuxième alinéa, que « *la notification d'une décision de transmission mentionne que des observations peuvent être produites devant le Conseil d'État dans un délai d'un mois.* »

Devant les juridictions civiles, l'article 126-7 du CPC prévoit « *qu'en cas de décision de transmission, l'avis aux parties précise que (...) les parties qui entendent présenter des observations devant la Cour de cassation doivent se conformer aux dispositions de l'article 126-9... L'avis est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux parties qui n'ont pas comparu.* ». L'article 126-9 prévoit quant à lui le délai d'un mois pour la production des observations. Le même dispositif est applicable devant les juridictions pénales en application des articles R. 49-28 et R. 49-30 du CPP.

Les règles de représentation par avocats devant le Conseil d'État et la Cour de cassation sont précisées par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010.

Devant le Conseil d'État, ce sont les règles applicables aux demandes d'avis qui ont été reprises. Ainsi l'article R. 771-20 du CJA dispose en son deuxième alinéa : « *Si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'État ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre ou du Premier ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.* »

Devant la Cour de cassation, ce sont les règles de droit commun applicables qui ont été reprises. Ainsi l'article 126-9 du CPC dispose que les observations des parties « *sont signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, dans les matières où la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation.* ». Au pénal, l'article R. 49-30 du CPP dispose que les observations des parties « *sont signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, conformément aux règles prévues par l'article 585, sauf lorsqu'elles émanent de la personne condamnée, de la partie civile en matière d'infraction à la loi sur la presse ou du demandeur en cassation lorsque la chambre criminelle est*

## 2 - Article 23-5

L'article 23-5 dispose :

*« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.*

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

*« Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.*

*« Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation surseoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer. »*

Cet article 23-5 est relatif aux QPC soulevées directement devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Ceci vise la situation de la Cour de cassation, uniquement comme juge de cassation. Le Conseil d'État peut, quant à lui, être ici concerné comme juge de première instance, d'appel ou de cassation. Lorsqu'une QPC est posée à l'appui d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, l'article R. 771-17 du CJA dispose que le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi.

Le premier alinéa de l'article 23-5 rappelle, comme à l'article 23-1, que la QPC est un moyen de pur droit. Dès lors, il peut être soulevé pour la première fois en cassation.

L'article 23-5 applique devant le Conseil d'État et la Cour de cassation plusieurs règles applicables devant le juge *a quo*: exigence d'un mémoire distinct et motivé, question traitée prioritairement notamment à l'égard de tout moyen de conventionnalité, délai de trois mois pour se prononcer, critères de renvoi au Conseil constitutionnel, règle générale du sursis à statuer en cas de renvoi. Le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 précise en conséquence ces différents points.

L'article 23-5 pose à nouveau la difficulté relevée à l'article 23-3 pour les exceptions à la règle du sursis à statuer. Elles sont ici au nombre de deux : d'une part, automatiquement, « em>quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé » et, d'autre part, facultativement, « *si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence* ».

Pour répondre à cette difficulté, tenant au fait qu'une décision définitive pourrait être rendue alors que le Conseil constitutionnel n'a pas encore statué sur la QPC dont il a été saisi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009, a donc repris et appliqué aux deux dernières phrases du dernier alinéa de l'article 23-5 la réserve faite sur l'article 23-3.

## 3 - Article 23-7

L'article 23-7 dispose :

*« La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23 - 5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.*

*« La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé. »*

Le Conseil a validé cette disposition en précisant qu'il s'agit des mémoires et conclusions des parties propres à la QPC et non relatives à la totalité de la procédure à l'occasion de laquelle elle a été posée. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas juge de l'instance qui a donné lieu à la QPC mais seulement de cette dernière. En outre, l'exigence, à tous les stades de la procédure, du mémoire distinct et motivé conduira à ce que les échanges de conclusions entre les parties au sujet de la transmission, puis du renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel soient également distincts.

Cet article 23-7 apporte des précisions utiles au « *dialogue des juges* ». Ainsi en cas de transmission de la QPC, la décision de la cour suprême sera transmise au Conseil constitutionnel « *avec les mémoires ou les conclusions des parties* ». Par ailleurs, en cas de non-transmission de la QPC, ces Cours suprêmes adresseront copie de leur décision au Conseil constitutionnel.

Cet article 23-7 comporte surtout une précision le rendant conforme à l'article 61-1 de la Constitution. On sait que celui-ci prévoit que le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce « *dans un délai déterminé* ». Cette précision avait, lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, été ajoutée par amendement de M. Warsmann. Cette précision implique une sanction de non-respect du délai de trois mois. C'est ce que fait l'article 23-7 en prévoyant la transmission automatique de la QPC au Conseil constitutionnel au terme du délai de trois mois si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé. Cette transmission s'opérera de greffe à greffe.

En définitive, sur l'ensemble des dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a formé une réserve générale relative à l'absence, dans la loi organique, de dispositions particulières organisant la procédure applicable. Le Conseil a estimé que cette absence ne méconnaissait pas la compétence du législateur dans la mesure où les articles 23-4 à 23-7 doivent s'interpréter comme prescrivant le respect d'une procédure juste et équitable devant ces juridictions pour l'examen du renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel.

## III<sup>e</sup> Partie - Les dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel (articles 23-8 à 23-12)

Les règles procédurales applicables au Conseil constitutionnel découlent du caractère juridictionnel des décisions que rend celui-ci. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a eu l'occasion de préciser son contrôle sur les cours constitutionnelles des divers États européens.

La Cour de Strasbourg a jugé que le Conseil constitutionnel échappe à son contrôle lorsqu'il statue comme juge électoral (21 octobre 1997, *Jean-Pierre Pierre-Bloch*). Elle a fondé son raisonnement sur le caractère politique du contentieux électoral pour ne pas appliquer l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui concerne les litiges de caractère « *civil* ».

La question de l'application de l'article 6 § 1 ne se pose pas pour le contrôle de constitutionnalité préventif et abstrait que pratique le Conseil constitutionnel avant la promulgation d'une loi. Il n'y a en effet ni « *litige civil* », ni « *parties* ». Le Conseil n'est donc, à ce jour, pas concerné par la jurisprudence développée par la CEDH sur les cours constitutionnelles.

La CEDH a en revanche jugé que l'article 6 § 1 s'appliquait dans les systèmes de contrôle constitutionnel *a posteriori* et concret. Il en va ainsi tant en cas de saisine directe d'un particulier devant une cour constitutionnelle (16 septembre 1996, *Süssmann c/ Allemagne*), qu'en cas de question préjudicielle posée à la cour constitutionnelle par une juridiction ordinaire (23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*; 3 mars 2000, *Kremer c/ République tchèque*). L'Espagne et la République tchèque ont, dans ces espèces, été condamnées au motif que la procédure devant leur cour constitutionnelle n'assurait pas aux parties un procès équitable, faute d'un échange contradictoire sur la question posée.

### 1 - Article 23-8

L'article 23-8 est le premier de la section 3 relative aux « *Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel* ». Il dispose :

« *Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise.* »

« *Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.* »

Cet article assure l'information des quatre plus hautes autorités de l'État lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de QPC. Ces autorités



peuvent ainsi, si elles le souhaitent, adresser leurs observations au Conseil. Les débats parlementaires ont montré que les présidents de chaque assemblée parlementaire informeront les membres de celle-ci de ces QPC. Ainsi, soixante députés ou soixante sénateurs, ou plus simplement tout parlementaire, pourront adresser une « porte étroite » au Conseil s'il le désire.

Les premières décisions de QPC rendues par le Conseil constitutionnel montrent, d'une part que le Premier ministre a produit des observations à l'occasion de toutes les questions prioritaires et, d'autre part, que le président de l'Assemblée nationale a produit à trois reprises (n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010).

La loi organique s'applique à juste titre aux lois du pays de la Nouvelle-Calédonie et procède aux quelques adaptations nécessaires. Il en va notamment ainsi à l'article 23-8 pour l'information des autorités locales.

Le règlement de procédure du 4 février 2010 du Conseil constitutionnel met en œuvre cet article 23-8 ainsi que l'article 23-10 relatif au caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil. L'article 1<sup>er</sup> de ce règlement prévoit que le Conseil avise les parties et les autorités mentionnées à l'article 23-8 de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui le saisit d'une QPC. Cet avis mentionne la date avant laquelle les parties ou ces autorités peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci. La brièveté du délai de trois mois donné au Conseil pour statuer impose une instruction méthodique. Dès lors, les observations et pièces adressées postérieurement à cette date, laquelle ne peut être reportée, ne sont pas versées à la procédure.

Ce délai de production des premières observations est également le délai pendant lequel une partie (ou un représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial) peut, en application de l'article 3 du règlement de procédure du 4 février 2010, demander la récusation d'un membre du Conseil par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à les justifier. Cette demande est alors communiquée au membre du Conseil qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée.

Aucune demande de récusation d'un membre du Conseil n'a été formulée à l'occasion des premières QPC. En revanche, trois membres ont estimé spontanément devoir s'abstenir de siéger (M. Barrot dans la décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, M. Canivet dans la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 et M. Charasse dans la décision n° 2010-4/17 QPC du 23 juillet 2010).

Dans un deuxième temps de l'instruction, une copie des premières observations et, le cas échéant, des pièces produites à leur soutien, est notifiée aux parties et aux autorités de l'État. Celles-ci peuvent présenter des observations avant une date qui leur est à nouveau fixée. Ces secondes observations ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières. Une copie en est également notifiée aux parties et autorités.

Le principe retenu par le Conseil constitutionnel est qu'au cours de l'instruction, tous les actes et pièces de procédure ainsi que les avertissements ou convocations sont notifiés par voie électronique (article 3 du règlement). À cette fin, toute partie communique au Conseil l'adresse électronique à laquelle ces notifications lui sont valablement faites. À ce principe le Conseil a prévu une exception : en tant que de besoin et pour garantir le caractère contradictoire de la procédure, le Conseil peut recourir à tout autre moyen de communication, notamment l'envoi de lettre avec accusé de réception.

Ce caractère contradictoire de la procédure trouve également à s'appliquer lorsque, pour le besoin de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition. Les parties et autorités sont alors invitées à y assister. Il leur est ensuite imparti un délai pour présenter leurs observations (article 6 du règlement).

## 2 - Article 23-9

L'article 23-9 dispose :

*« Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question. »*

Cet article 23-9 est issu d'un amendement de M. Warsmann à l'Assemblée nationale. On a déjà vu combien ses effets étaient utiles pour faire en sorte que l'article 61-1 garde sa portée malgré des décisions définitives du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Deux autres justifications ont été avancées par M. Warsmann.

D'une part, celui-ci a souligné que la QPC « em>présentera un caractère de contentieux objectif, dans l'intérêt du droit – tout comme le confirme

également l'effet erga omnes de l'éventuelle décision d'abrogation du Conseil constitutionnel » (AN, rapport n° 1898, p. 82). Cette logique de l'objectivisation de la QPC est bien celle de la réforme. Le Conseil constitutionnel ne devient pas une cour suprême au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Il ne connaît d'ailleurs pas directement de l'espèce. Il tranche une question de pur droit, de conformité de la loi à la Constitution. Fort de sa réponse, le juge compétent résout le litige après avoir sursis à statuer.

D'autre part, M. Warsmann a rappelé que, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de considérer que les autorités ou les parlementaires l'ayant saisi d'une loi avant sa promulgation ne pouvaient retirer leur saisine et empêcher ainsi le contrôle de constitutionnalité engagé d'aller à son terme<sup>(6)</sup>. La logique retenue pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* est donc ainsi transposée au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Le Conseil, dans sa décision du 3 décembre 2009, a relevé que cette disposition tire les conséquences de l'effet *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel en vertu, d'une part, du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution et, d'autre part, du 2° de l'article 23-2 de la loi organique.

### 3 - Article 23-10

L'article 23-10 dispose :

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

En premier lieu, cet article 23-10 fixe un délai de trois mois au Conseil constitutionnel pour statuer. L'article 61-1 de la Constitution n'imposait pas à la loi organique de fixer un tel délai. Pour autant, celui-ci n'est pas contraire à la Constitution. Il n'est pas sanctionné par le dessaisissement du Conseil constitutionnel en cas de non-respect.

À l'occasion des premières questions prioritaires de constitutionnalité qu'il a jugées, le Conseil s'est prononcé dans un délai moyen de six semaines et demi (45 jours pour les décisions n° 2010-1 QPC et 2010-3 QPC, 59 jours pour la décision n° 2010-2 QPC, 35 jours pour la décision n° 2010-6/7 QPC, 56 jours pour la décision n° 2010-5 QPC, 38 jours pour la décision n° 2010-8 QPC).

En second lieu, cet article 23-10 fixe deux règles de procédure applicables devant le Conseil. D'une part, les parties seront mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. Il en a été question à l'occasion de l'article 23-8. D'autre part, l'audience sera, sauf exception, publique.

Cette règle de publicité de l'audience est précisée dans le règlement intérieur du Conseil constitutionnel. Celui-ci prévoit que le président du Conseil inscrit l'affaire à l'ordre du jour et fixe la date de l'audience. Il en informe les parties et autorités (article 5 du règlement). Il peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs (article 8).

Compte tenu de la taille de la salle d'audience du Conseil, l'audience fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil (article 9). Pendant cette audience et dès son ouverture, tout autre emploi d'un appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit dans la salle d'audience comme dans la salle ouverte au public. Le Président peut toutefois, après avoir recueilli l'avis des parties présentes, ordonner la diffusion de l'audience sur le site Internet du Conseil. Il peut aussi en ordonner la conservation si elle présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques du Conseil.

À l'occasion des premières questions prioritaires de constitutionnalité, l'audience du Conseil constitutionnel a toujours été publique. De même, à une exception près, elle a toujours fait l'objet d'une diffusion sur le site Internet du Conseil en léger différé, l'après-midi de la séance. Il n'en a été autrement qu'à la demande d'une partie lors de l'audience publique du 15 juin 2010 pour la QPC 2010-8. La question avait été posée par la victime d'un accident du travail à l'occasion d'un contentieux relatif à la réparation de son préjudice.

L'article 10 du règlement de procédure du Conseil précise également le déroulement de l'audience. D'une part, il est donné lecture par la greffière du Conseil de la QPC et d'un rappel des étapes de la procédure. D'autre part, les représentants des parties, s'ils sont avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou s'ils sont avocats, sont ensuite invités à présenter leurs observations orales. Ainsi, le Conseil constitutionnel a retenu des règles de représentation des parties très adaptées à la nature de la QPC. Les productions écrites sont libres, ce qui découle notamment de

l'absence d'avocat obligatoire devant le juge *a quo*, par exemple en droit pénal ou en contentieux d'excès de pouvoir. En revanche, la barre du Conseil constitutionnel est réservée aux avocats, qu'ils soient aux conseils ou à la cour. Il en va du bon déroulement des audiences, aucune cour constitutionnelle comparable ne connaissant d'ailleurs d'accès libre à la barre. Ce monopole des avocats ne connaît qu'une seule exception : les quatre plus hautes autorités de l'État peuvent se faire également représenter par des agents désignés à cet effet pour présenter leurs observations orales. Il en a été ainsi systématiquement, pour les premières audiences de QPC lors desquelles le Premier ministre s'est fait représenter par le directeur du secrétariat général du Gouvernement ou par des chargés de mission de ce secrétariat général.

#### 4 - Article 23-11

L'article 23-11 dispose :

« *La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée.*

« *Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées.*

« *La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.* »

Cet article 23-11 reprend l'article 20 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel applicable dans le cadre du contrôle de l'article 61 (« *La déclaration du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est publiée au Journal officiel* »). En outre, cet article 23-11 adapte les notifications aux contentieux de l'article 61-1 avec l'information des parties, des Cours suprêmes, le cas échéant du juge *a quo*, des quatre plus hautes autorités de l'État et des autorités de Nouvelle-Calédonie.

L'article 12 du règlement de procédure du Conseil apporte diverses précisions sur les décisions du Conseil. Celles-ci comportent le nom des parties et de leurs représentants. Cette dernière précision a été introduite par le Conseil en 2007 dans le contentieux électoral. Dans un premier temps, les décisions ont spécifié que la requête avait été présentée « pour » le requérant et non « par » celui-ci (décision n°s 2007-3965 du 23 novembre 2007, *Assemblée nationale, 12<sup>e</sup> circonscription des Hauts-de-Seine*; 2007-3888/3967 du 29 novembre 2007, *Assemblée nationale, 1<sup>ère</sup> circonscription d'Eure-et-Loir*). Dans un second temps, le nom des avocats a été mentionné dans les décisions (décision n° 2008-4509 à 2008-4514 du 26 juin 2008, *Assemblée nationale, 1<sup>ère</sup> circonscription d'Eure-et-Loir*). Avec le règlement de procédure relatif à l'article 61-1, le Conseil généralise cette pratique de la mention de nom de l'avocat.

Dans ses premières décisions rendues dans le cadre de l'article 61-1, le Conseil constitutionnel a été amené, en cas d'inconstitutionnalité, à préciser les effets dans le temps de l'effet abrogatif de ses décisions. Il a fait usage des dispositions de l'article 62 de la Constitution :

- Dans la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, il a fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2011 la date de la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour préserver l'effet utile de sa décision, le Conseil a précisé « *qu'il appartient, d'une part aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à cette date dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de (sa) décision* ».
- Dans la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, il a censuré le 2 du II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Le Conseil n'a pas précisé de date particulière d'effet de cette abrogation. En conséquence, celle-ci a, en application du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, pris effet à compter de la publication de la décision du Conseil au journal officiel.
- Dans la décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, il a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 7 du code électoral. De même, cette abrogation a pris effet le jour de la publication de la décision. Le Conseil a précisé qu'à cette date, tous les condamnés soumis à cet article recouvraient la capacité de s'inscrire sur les listes électorales dans les conditions déterminées par la loi.

– Dans la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, il a déclaré contraire à la Constitution l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Cette abrogation prend effet le jour de la publication de la décision. Bien sûr, les affaires définitivement jugées ne sont pas remises en cause par l'effet de cette abrogation. En revanche le Conseil a précisé que cette abrogation « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision* ». Le Conseil a même ajouté, pour éviter toute ambiguïté et fournir le « mode d'emploi » de sa décision : « *Par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun* » (c'est-à-dire le tribunal de police ou le tribunal commercial). Il en ira ainsi, le cas échéant, pour les consorts C et autres qui avaient introduit cette QPC.

– Dans la décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, le Conseil a abrogé l'article 575 du code de procédure pénale. Il a précisé que cette abrogation est applicable à toutes les instructions préparatoires auxquelles il n'a pas été mis fin par une décision devenues définitives à la date de publication de cette décision.

– Dans la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil a jugé contraires à la Constitution quatre articles du code de procédure pénale relatifs à la garde à vue. Il a reporté au 1<sup>er</sup> juillet 2011 la date de cette abrogation. Il a précisé que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

De ces premières décisions du Conseil, on peut dégager trois idées :

– La première est qu'en cas d'inconstitutionnalité, la décision rendue par le Conseil doit logiquement bénéficier au requérant à la QPC et à tous ceux qui avaient également un contentieux en cours. C'est le sens des décisions n°s 2010-1 QPC, 2010-6/7 QPC et 2010-10 QPC. Par exemple, dans cette dernière affaire, le Conseil a veillé à rappeler le caractère rétroactif de sa décision au bénéfice des consorts C. : la disparition de la composition inconstitutionnelle des tribunaux maritimes commerciaux (TMC) « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la décision* ». Ainsi, à cette date, les personnes non encore jugées par un TMC et les personnes dont la condamnation par un TMC n'a pas acquis un caractère définitif, soit parce qu'elles sont encore dans le délai pour former un pourvoi en cassation, soit parce que ce dernier n'a pas été rejeté par la Cour de cassation, se sont vu reconnaître, par le Conseil constitutionnel, le droit d'être, selon le cas, jugées ou rejugées par le tribunal maritime commercial siégeant dans une composition des juridictions pénales de droit commun. À la suite de la décision n° 2010-6/7 QPC, relative à l'article L. 7 du code électoral, la Cour de cassation ne s'y est pas trompé et a, au visa de l'article 62 de la Constitution, tiré immédiatement les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel (Cass. crim. 16 juin 2010, n° 3920, *M. Gaston Flosse*).

– La deuxième est qu'en cas d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne peut se substituer au Parlement sur les différentes options susceptibles d'être retenues pour y remédier. Il est des cas où la décision de non-conformité se suffit à elle-même. Ainsi, à la suite de la décision n° 2010-6/7 QPC, disparaît l'article L. 7 du code électoral et la peine automatique qu'il instituait d'interdiction d'inscription sur les listes électorales. Pour autant, demeure l'article 131-26 du code pénal qui permet déjà au juge de prononcer cette sanction. Dès lors, le Parlement n'avait pas à reprendre la main. Il en allait très différemment à la suite de la décision n° 2010-1 QPC. Il revient en effet au Parlement de faire des choix à la suite de la décision du Conseil sur la « décrystallisation » des pensions, notamment sur le niveau de cette décrystallisation et sur l'application dans le temps. Le Conseil constitutionnel a donc reporté dans le temps les effets de l'inconstitutionnalité prononcée pour donner le temps au Parlement de voter une nouvelle loi. C'est la même logique qui a présidé à la décision n° 2010-14/22 QPC sur la garde à vue.

– La troisième est l'avantage du contrôle de constitutionnalité par rapport le contrôle de conventionnalité au regard de la sécurité juridique. D'une part, la QPC a, en cas de non-conformité à la Constitution, un effet *erga omnes*. La norme disparaît et ce au bénéfice de tous. Il n'y a pas de distinction entre le traitement de la procédure dans laquelle la QPC a été posée et les autres procédures. D'autre part, grâce à l'article 62 de la Constitution, le Conseil est investi, lorsqu'il constate cette inconstitutionnalité, du pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Par exemple, il ne s'est pas contenté d'abroger la composition des TMC, il a indiqué que ceux-ci siégeront, dans l'attente d'une éventuelle loi, dans la composition des juridictions pénales de droit commun. Il n'y a ainsi pas de vide juridique.

## 5 - Article 23-12

L'article 23-12 dispose :

« *Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, la contribution de l'État à la rétribution des auxiliaires de justice qui prêtent leur concours au titre de l'aide juridictionnelle est majorée selon des modalités fixées par voie réglementaire.* »

La QPC ne se distingue pas de l'instance principale dont elle constitue un incident d'instance. Dès lors, l'aide juridictionnelle ne saurait être accordée spécialement pour soutenir une QPC. En revanche, l'article 23-12 prévoit une majoration de l'aide juridictionnelle lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une QPC. Une telle règle, qui crée une dépense à la charge du ministère de la justice, n'aurait pu figurer dans le règlement intérieur du Conseil. Elle avait donc toute sa place dans la loi organique.

Le décret n° 2010-149 du 16 février 2010 est relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Comme l'indique son titre, ce décret pose le principe de la continuité de l'aide juridictionnelle accordée pour l'instance au cours de laquelle le moyen de la conformité à la Constitution d'une disposition législative a été soulevé.

En application de ce principe, l'aide juridictionnelle demeure acquise à son bénéficiaire devant le Conseil d'État et la Cour de cassation chargés de se prononcer sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Lorsque la question est soulevée dans des matières où la représentation des parties est obligatoire devant les Cours suprêmes, le bénéficiaire de l'aide dispose de la faculté de demander la désignation d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation afin de garantir son droit à un procès équitable.

De même, l'aide juridictionnelle demeure acquise à son bénéficiaire devant le Conseil constitutionnel saisi le cas échéant de cette question.

Le montant de la majoration est, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, identique à celui retenu pour une demande d'avis. Devant le Conseil constitutionnel, il est identique à celui applicable devant le Tribunal des conflits.

En prévoyant ainsi la rétribution des avocats au moyen d'une « majoration » de l'aide juridictionnelle, le législateur organique a prévu que le dispositif d'aide juridictionnelle soit géré dans le cadre de la procédure à l'origine de l'affaire. L'octroi ou le refus de l'aide juridictionnelle et la liquidation du droit à rétribution des auxiliaires de justice sera réalisé devant le juge saisi de l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée.

Pour obtenir le paiement de sa rétribution pour le concours prêté devant le Conseil constitutionnel, l'avocat présente au bureau de l'aide juridictionnelle qui l'a désigné son « attestation de fin de mission » rédigée par lui (à laquelle est jointe la décision du Conseil constitutionnel attestant de son intervention dans la procédure).

Le Conseil constitutionnel n'a donc pas à tenir un « bureau d'aide juridictionnelle » pour accorder ou refuser l'aide juridictionnelle. En conséquence, le règlement de procédure du Conseil ne comporte pas de précision sur ce point.

(1) Le présent article n'exprime que le point de vue de son auteur. Il reprend et actualise un article paru dans *Justice et cassation*, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 2010.

(2) Commission des lois, Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, compte rendu n<sup>o</sup> 59, 23 juin 2009.

(3) Conseil constitutionnel, décision n<sup>o</sup> 62-20 DC du 6 novembre 1962 dont les termes ont été confirmés par la décision n<sup>o</sup> 92-313 DC du 23 septembre 1992 relative au recours en inconstitutionnalité dirigé contre la loi autorisant la ratification du traité de Maastricht.

(4) Portelli (H.), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, n<sup>o</sup> 637, 29 septembre 2009, p. 41.

(5) Warsmann (J.-L.), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, n<sup>o</sup> 1898, 3, septembre 2009, p. 67.

(6) Le Conseil constitutionnel a considéré « ? *qu'aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ?* » (décision n<sup>o</sup> 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*, considérant 4).