

La question prioritaire de constitutionnalité

PIERRE SERRAND

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure qui permet de contrôler la constitutionnalité de la loi lors de son application. Introduite en droit français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elle est entrée en application le 1^{er} mars 2010, à la suite de l'adoption de la loi organique du 10 décembre 2009¹.

Pourquoi une telle procédure, qui existe depuis déjà longtemps en Italie et dans de nombreux pays européens, a-t-elle été implantée si tardivement en France? C'est probablement en raison d'une certaine tradition légicentriste, guère compatible avec le contrôle de constitutionnalité de la loi². C'est d'ailleurs ce que confirme le rejet, en l'an III, lors des débats sur la Constitution qui devait donner naissance au Directoire, du projet de "jury constitutionnaire" proposé par Sieyès³.

Pour le comprendre, il faut remonter à la Révolution et revenir à la définition donnée de la loi par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de

1789: «la loi est l'expression de la volonté générale». Cette expression signifie, pour reprendre les termes de Rousseau, que la loi «doit partir de tous pour s'appliquer à tous»⁴. Venant de l'ensemble des citoyens et s'appliquant à tous les sujets, la loi est générale «dans son objet ainsi que dans son essence»⁵. Comment la loi peut-elle ainsi recueillir l'assentiment de l'ensemble de ses auteurs? Parce qu'elle est l'expression de la raison⁶. Les hommes de la Révolution considèrent en effet que, au terme de la délibération nécessaire à la confection de la loi, le travail de la raison permet de déboucher sur des énoncés vrais. Intrinsèquement rationnelle, la loi exprime alors des vérités. Comment dès lors envisager qu'un tel acte de souveraineté puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel? Au nom de quoi la volonté particulière de quelques juges pourrait-elle faire obstacle à la volonté générale du peuple souverain?

C'est sans doute parce que cette conception de la loi n'était guère compatible avec le contrôle de constitutionnalité qu'il a fal-

lu attendre que la loi décline pour que l'on commence à envisager de la contrôler.

Apparu dès les travaux préparatoires du Code Napoléon⁷, ce déclin de la loi s'est progressivement accentué⁸. Toutefois, la souveraineté encore reconnue au Parlement sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ne permettait pas, comme l'a montré Carré de Malberg, d'envisager le contrôle de la constitutionnalité des lois⁹. Il a fallu attendre la Constitution de 1946 pour qu'apparaisse un début de contrôle de constitutionnalité de la loi. La Constitution de la IV^{ème} République, en son Titre XI intitulé «De la révision de la Constitution», institue en effet un Comité constitutionnel chargé d'examiner «si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution». Il ne s'agissait cependant que d'un pseudo contrôle de constitutionnalité de la loi. D'une part, il portait seulement sur la conformité de la loi aux Titres I à X de la Constitution, c'est-à-dire principalement aux dispositions relatives à la procédure législative, ainsi qu'à quelques règles de fond. Il s'agissait par-là d'exclure le contrôle de la loi par rapport au Préambule, c'est-à-dire aux droits de l'homme. D'autre part, en cas d'incompatibilité de la loi avec ces dispositions, la loi était renvoyée devant l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération et, si le vote initial était maintenu, elle ne pouvait être promulguée qu'après révision de la Constitution.

Ce n'est donc qu'avec la Constitution du 4 octobre 1958 que le contrôle de constitutionnalité de la loi apparaît véritablement en France. Confié à un Conseil constitutionnel composé de neuf membres nommés par le Président de la République et par les présidents des assemblées parlementaires, il était à l'origine principalement

destiné à imposer au Parlement le respect des mécanismes de rationalisation du parlementarisme mis en place par la nouvelle Constitution. Cette dernière distingue notamment la loi du règlement d'un point de vue matériel: en vertu de ses articles 34 et 37, la loi a alors un domaine assigné, et le règlement un domaine réservé¹⁰. A l'origine, le contrôle de constitutionnalité de la loi portait principalement sur la procédure législative et était destiné à protéger le pouvoir exécutif contre d'éventuels empiètements du pouvoir législatif. C'est d'ailleurs ce qui explique pourquoi l'article 61 de la Constitution impose un contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires.

Il a fallu attendre la grande décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (CC, 71-44 DC), relative à la liberté d'association, pour que le contrôle de constitutionnalité devienne un instrument de protection des droits fondamentaux. Le législateur avait alors décidé de limiter la liberté d'association en la soumettant à un régime d'autorisation préalable, alors qu'elle bénéficiait, depuis 1901, d'un régime de déclaration préalable. Saisi de cette loi, et procédant à une interprétation particulièrement volontariste de la Constitution – et manifestement contraire à l'intention de ses rédacteurs¹¹ –, le Conseil constitutionnel considère que le Préambule de la Constitution de 1958, ainsi que les textes auxquels il se réfère, bénéficient d'une valeur constitutionnelle. Font dès lors partie des règles susceptibles de servir de fondement au contrôle de la loi: la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes politiques économiques et sociaux considérés comme particulièrement nécessaires à notre temps et énumérés par

le Préambule de 1946, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels le Préambule de 1946 fait référence. Parmi ces derniers principes, il y a la liberté d'association. Consacrée par une loi de la III^{ème} République cette liberté a constamment été affirmée depuis, donnant ainsi naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La loi portant atteinte à ce principe méconnaît donc la Constitution.

Antérieurement protégés par la loi, les droits et libertés deviennent protégés de la loi. Le Conseil constitutionnel en ressort transformé: il passe de «chien de garde de l'exécutif» (M. Debré) à protecteur des libertés et droits fondamentaux.

C'est la volonté de renforcer cette protection qui a conduit à instituer une nouvelle procédure de contrôle par voie d'exception. Là encore, cela ne fut pas facile¹². Une première tentative eut lieu en 1989, à l'initiative de l'ancien président du Conseil constitutionnel Robert Badinter. Avec le soutien du Président Mitterrand, un projet de loi constitutionnelle fut adopté en Conseil des ministres, puis déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il ne put aboutir faute d'un accord entre les deux assemblées parlementaires. Une deuxième tentative eut lieu en 1993, à la suite du rapport rendu par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel¹³. Toutefois, le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité proposé par ce Comité et retenu dans le projet de révision constitutionnelle ne fut pas entériné par les assemblées parlementaires.

Il a donc fallu attendre 2008 pour que le contrôle de la loi par voie d'exception soit institué dans le cadre de ce que l'on appelle désormais la «question prioritaire

de constitutionnalité», plus communément dénommée QPC. En effet, le contrôle ne pouvait antérieurement avoir lieu qu'*a priori*, c'est-à-dire avant que la loi ne soit promulguée et n'entre en vigueur. Il n'était en revanche pas possible d'en contester la constitutionnalité lors de son application. Le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont en effet toujours refusés de vérifier la conformité des lois à la Constitution, y compris celles adoptées par le Gouvernement de Vichy¹⁴. C'est donc par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 que ce contrôle *a posteriori* est pour la première fois introduit en France. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose ainsi:

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

Cette disposition, complétée par la loi organique du 10 décembre 2009, institue un mécanisme de question préjudicielle permettant au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité à la Constitution des dispositions législatives lors de leur application. Nous allons le constater en étudiant successivement les modalités de ce contrôle (I), puis la procédure conduisant à l'exercer (II).

I. Les modalités du contrôle

Du point de vue de ses modalités, la QPC est d'abord une question de constitutionnalité (A). C'est ensuite une question prioritaire (B).

A. Une question de constitutionnalité

La question qui se pose au juge est en effet de savoir si certaines dispositions législatives (2) ne méconnaissent pas certaines règles de valeur constitutionnelle (1).

1. Les règles constitutionnelles servant de fondement au contrôle

Seule la méconnaissance de certaines règles constitutionnelles peut être invoquée dans le cadre de la QPC: celles garantissant «des droits et libertés». Il n'y a donc que les normes constitutionnelles de fond garantissant des droits et libertés qui peuvent servir de fondement au contrôle ici exercé, à l'exclusion des autres règles constitutionnelles comme celles relatives à la procédure législative ou à la compétence du législateur. Cela signifie que la QPC n'est pas une technique de garantie de la suprématie de la Constitution, mais une technique de protection des droits et libertés constitutionnels.

Toute la difficulté est de déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression «droits et libertés que la Constitution garantit». Comme la jurisprudence ne définit pas cette notion, on ne peut donc que donner une liste des droits et libertés considérés comme tels.

Certains sont consacrés par le texte même de la Constitution, c'est-à-dire par ses articles. C'est en définitive assez rare car le propre d'une Constitution est, non pas de consacrer des droits et libertés, mais de régir l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Le Conseil constitutionnel a cependant considéré que la libre administration des collectivités ter-

ritoriales, qui est mentionnée à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution, est une liberté invocable sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution (CC, 2010-12 QPC). A l'inverse, la méconnaissance par le législateur du domaine du règlement ne constitue pas une violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution¹⁵.

Les droits et libertés garantis par la Constitution sont donc principalement consacrés par les autres textes de valeur constitutionnelle auxquels le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence: la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, et la Charte de l'environnement de 2004.

La Déclaration de 1789 se rattache au mouvement philosophique des Lumières. D'obédience individuelle et libérale, c'est un texte bref comportant 17 articles. L'idée fondamentale qui s'en dégage est que l'homme est titulaire de droits naturels inhérents à sa personne et, par conséquent, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Ce sont «la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression» (art. 2). La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (art. 4). Il s'agit d'abord de la liberté individuelle, c'est-à-dire de la liberté d'aller et venir. Il s'agit aussi de la liberté de pensée, de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression (art. 10 et 11). Le droit de propriété, qui est qualifié d'«inviolable et sacré» (art. 17), ne peut céder que «lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité» (art. 17). La sûreté correspond au droit de ne pas être arbitrairement détenu, ce qui signifie que «nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés

par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites» (art. 7). Quant au droit de résister à l'oppression, il est la consécration du droit de résistance formulée par certains auteurs libéraux aux XVII et XVIII siècles.

Le Préambule de la Constitution de 1946 consacre d'abord 16 principes politiques, économiques et sociaux qu'il considère particulièrement nécessaires à notre temps. Ces principes sont l'expression de la pensée du socialisme humaniste issue de la résistance. Sont proclamés: l'égalité des sexes, le droit au travail, le droit syndical, le droit de grève, le droit à l'instruction publique, le droit à des moyens convenables d'existence, ainsi que la garantie donnée aux individus que leur santé et leur sécurité matérielle seront protégées. Mais le Préambule de 1946 fait également référence aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Ce texte fait seulement référence à cette notion sans donner une liste de ces principes. C'est donc au juge que revient le pouvoir de les découvrir, notamment au Conseil constitutionnel. C'est ce qu'illustre la grande décision précitée du 16 juillet 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel fait rentrer la liberté d'association dans cette catégorie. Pour consacrer l'existence de tels principes, le juge s'appuie sur des textes législatifs républicains, c'est-à-dire sur des lois adoptées sous les Républiques antérieures à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Les lois de la République sont donc principalement à rechercher parmi les lois de la III^{ème} République. Mais elles peuvent également résulter de textes adoptés par les Républiques antérieures. Ces lois républicaines doivent bien sûr toucher aux libertés et droits fondamentaux car les principes fondamentaux

reconnus par ces lois doivent se rattacher «aux droits et libertés de l'homme et du citoyen» au sens du Préambule de 1946. En outre, pour consacrer des principes fondamentaux, ces lois doivent contenir des règles fondamentales, c'est-à-dire appliquées avec constance. En dehors de la liberté d'association déjà mentionnée, on peut citer la liberté de l'enseignement (CC, 77-87 DC), le respect des droits de la défense (CC, 76-70 DC: en matière pénale; CC, 77-83 DC: en matière administrative et civile), ainsi que le droit de ne pas être extradé dans un but politique¹⁶.

La Charte de l'environnement a été adoptée en 2004. Elle a ensuite été «adosée» à la Constitution par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, de telle manière que le Préambule de 1958 y fait désormais référence. Par cette Charte, le peuple français, après avoir considéré la situation environnementale de la planète, proclame dix principes définissant en la matière des droits et des devoirs, notamment les principes de prévention¹⁷ et de précaution¹⁸, ainsi que le droit «d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement» (art. 7).

Tous ces droits et libertés sont garantis par la Constitution. Ils doivent être respectés par les règles législatives.

2. Les règles législatives contrôlées

Les dispositions législatives susceptibles d'être contrôlées peuvent figurer dans tous les actes législatifs: lois ordinaires, lois financières, ordonnances de l'article 38 de

la Constitution. Deux précisions doivent cependant être données. Par «dispositions législatives», il faut à la fois exclure les «neutrons législatifs» et inclure les interprétations jurisprudentielles de la loi.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat considère que les dispositions qui «se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat» et qui «sont dépourvues de portée normative» ne peuvent pas faire l'objet d'une QPC¹⁹. Que sont ces dispositions? On les appelle des «neutrons législatifs». Ceux-ci sont dépourvus de caractère législatif. Le Conseil constitutionnel estime en effet qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui définit la loi comme l'expression de la volonté générale, que «la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative» (2004-500 DC). Le Conseil constitutionnel a souhaité en cela mettre un terme à ce bavardage législatif qui contribue à la dégradation de la loi.

Il n'a pas fallu attendre bien longtemps pour que, sur le fondement de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel censure pour la première fois une disposition non normative contenue dans une loi (CC, 2005-512 DC). Il s'agissait de l'article 7 de la loi déferée, dont voici les termes: «L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles,

artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel». Cet exemple illustre bien ce que sont ces neutrons législatifs par lesquels, trop souvent, le législateur énonce d'inutiles évidences dépourvues de portée normative. Les lois mémorielles relèvent aussi de cette catégorie, comme c'est le cas, par exemple, de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi²⁰.

Si ces neutrons législatifs ne peuvent pas faire l'objet d'une QPC, il en va différemment des interprétations jurisprudentielles de la loi. Les juges ont évidemment le pouvoir d'interpréter les lois. Les interprétations qu'ils en donnent ont-elles le caractère de «dispositions législatives» au sens de l'article 61-1 de la Constitution? Le Conseil constitutionnel répond positivement à cette question puisqu'il estime que les justiciables peuvent user de la QPC à l'encontre des interprétations jurisprudentielles «constantes» (CC, 2010-39 QPC) tranchées par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation (CC, 2011-120 DC). Cette solution s'explique par la volonté du Conseil constitutionnel de faire échec à la jurisprudence de la Cour de cassation – non à l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, mais de la jurisprudence interprétant une telle disposition –, refusant de lui transmettre les QPC relatives.

Cette solution est importante car, en se faisant juge de la jurisprudence des juridictions se trouvant au sommet de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, le Conseil constitutionnel change de nature et devient, dans le cadre de la QPC tout au moins, une véritable Cour suprême susceptible de briser en dernier ressort les jurisprudences des deux ordres de juridiction.

Le Conseil d'Etat a pris acte de cette solution puisqu'il considère que

la circonstance que le Conseil d'Etat a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité²¹.

Voici quelles sont les dispositions législatives susceptibles de faire l'objet du contrôle. Ce contrôle est, rappelons-le, destiné à protéger les droits et libertés garantis par la Constitution. Toutefois, ces droits et libertés sont aussi très souvent protégés par les conventions internationales liant la France. Comment alors conjuguer ce contrôle de constitutionnalité avec le contrôle de conventionnalité? La question de constitutionnalité doit être posée avant la question de conventionnalité car elle est prioritaire.

B. Une question prioritaire

Reformulons le problème juridique rencontré. Le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge constitutionnel dans le cadre de la QPC est destiné à protéger les droits et libertés constitutionnels. Mais il existe également un contrôle de conventionnalité, qui est exercé par les juridictions administratives et judiciaires, et dont l'objet est d'imposer le respect des engagements internationaux de la France. Parmi ces engagements internationaux, il existe des conventions humanitaires qui consacrent des droits et libertés. C'est évidemment le cas de la Convention euro-

péenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis par la Constitution le sont donc également très souvent par ces conventions. Les deux contrôles ont ainsi souvent le même objet. Comment les articuler?

La question de constitutionnalité a un caractère prioritaire. En effet, selon les articles 23-2 et 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (issus de la loi organique du 10 décembre 2009), le juge ordinaire, administratif ou judiciaire, doit, lorsqu'il est saisi «de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité» sur la question de constitutionnalité. Cela signifie que la règle constitutionnelle, qui est en droit interne la norme suprême, doit d'abord être utilisée, et ce n'est qu'à défaut que l'on doit se tourner vers la norme internationale. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que, si la réponse donnée par le Conseil constitutionnel à la QPC n'a pas donné pleinement satisfaction au requérant, et si ce dernier invoque aussi la méconnaissance, par la loi, des engagements internationaux de la France, il revient au juge administratif ou au juge judiciaire d'exercer son contrôle de conventionnalité de la loi²². Le passage du contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité n'a donc lieu que si le premier n'a pas suffi à satisfaire entièrement les conclusions du requérant. La question de constitutionnalité prime par conséquent la question de conventionnalité. La primauté, dans l'ordre interne, de la norme constitutionnelle est ici affirmée.

La question s'est alors posée de savoir si ce caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, qui découle de la primauté de la Constitution dans l'ordre interne, était compatible avec la primauté, affirmée par la Cour de justice, du droit de l'UE. Cette délicate question a été posée par la Cour de cassation²³. La Cour de justice y répond dans sa décision du 22 juin 2010²⁴. Dans un souci d'apaisement qui illustre bien le dialogue des juges, elle considère que la QPC n'est pas contraire au traité dès lors que :

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

En adoptant cette solution, la Cour procède à un infléchissement de sa jurisprudence *Simmenthal*²⁵ selon laquelle le juge national, en tant que juge du droit de l'Union, doit pouvoir trancher lui-même le litige dont il est saisi en faisant immédiatement application du droit de l'Union et qu'aucune règle procédurale de droit interne ne doit l'en empêcher. Par l'arrêt *Melki*, la Cour accepte en effet que la solution du litige en application du droit de l'Union soit un peu différée pour laisser la possibilité au mécanisme interne de contrôle de constitutionnalité de s'exercer. Cela revient en pratique à retarder un peu l'effectivité du droit de l'Union, ce qui n'est pas trop grave.

Voici quelles sont les modalités du contrôle exercé dans le cadre de la QPC. Examinons maintenant la procédure qui conduit à l'exercer.

II. *La procédure conduisant au contrôle*

La procédure susceptible de conduire à la saisine du Conseil constitutionnel est régie par la loi organique du 10 décembre 2009 qui précise à la fois la recevabilité et la transmission de la QPC.

A. *La recevabilité de la QPC*

Qui, quand, comment? Telles sont les trois questions auxquelles il convient de répondre successivement.

D'abord, la question de constitutionnalité peut être posée devant le juge ordinaire, administratif ou judiciaire. Elle peut l'être devant toute juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, à l'exception de la Cour d'assises. Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il statue en qualité de juge électoral, ne relève pas non plus du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Cela ne l'a cependant pas empêché de se transmettre à lui-même quatre QPC. Reste le cas du Tribunal des conflits, qui ne relève lui non plus ni de l'ordre administratif, ni de l'ordre judiciaire. Il n'est donc pas évident qu'une QPC puisse être soulevée devant lui. Toutefois, la solution adoptée par le Conseil constitutionnel en qualité de juge électoral pourrait ici être étendue.

La QPC peut ensuite être posée au cours de toute instance, y compris pour la première fois en appel ou en cassation. Si le juge du fond a rejeté une QPC, le requérant n'est recevable à présenter une nouvelle QPC devant le juge de cassation qu'à la condition qu'il la fonde sur d'autres moyens²⁶.

Enfin, la QPC doit être, à peine d'irrecevabilité, présentée dans un écrit distinct et motivé. Cela signifie d'abord que le moyen tiré de la violation, par une disposition législative, de droits et libertés garantis par la Constitution ne peut pas être soulevé d'office. Ce n'est donc pas un moyen d'ordre public. Mais cela signifie aussi qu'un mémoire spécifique et argumenté doit être entièrement consacré à la question de constitutionnalité. La QPC est donc une question particulière à laquelle le juge doit répondre. Elle n'est cependant pas sans lien avec la requête initiale. Le Conseil d'Etat considère ainsi que le juge administratif n'a pas à examiner une QPC soulevée devant lui lorsque la requête qui lui est adressée est irrecevable²⁷. En revanche, si la requête est recevable, la QPC l'est également, même si le juge a déjà statué au fond afin de respecter les textes qui lui imposent de statuer en urgence²⁸.

Dès lors que les conditions de recevabilité sont remplies la QPC peut être transmise.

B. *La transmission de la QPC*

La juridiction ordinaire saisie de la QPC ne peut pas saisir directement le juge constitutionnel. Elle doit transmettre la question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

1. *La transmission de la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation*

La juridiction saisie de la QPC doit la transmettre au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation si trois conditions sont réunies:

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites.

2. Elle ne doit pas avoir été déjà validée par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. Le changement de circonstances est facilement identifiable s'il s'agit d'un changement de circonstances de droit, tel qu'une révision de la Constitution²⁹. Le changement de circonstances de fait est évidemment beaucoup plus difficile à apprécier. En cas de changement de circonstances, le Conseil accepte d'examiner une disposition qu'il avait antérieurement déclarée conforme à la Constitution (CC, 2010-14/22 QPC).

3. La question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. Le juge ordinaire doit donc à la fois vérifier qu'une disposition législative est bien en cause, que des droits et libertés garantis par la Constitution sont bien concernés, et que la première est éventuellement susceptible de porter atteinte aux seconds. Cela doit nécessairement le conduire à apprécier, même de manière sommaire, la constitutionnalité de cette disposition.

Si les conditions sont réunies, la juridiction doit surseoir à statuer et saisir la juridiction suprême dont elle relève: le Conseil d'Etat s'il s'agit d'une juridiction administrative, la Cour de cassation s'il s'agit d'une juridiction judiciaire. Sa décision doit être motivée. La décision de transmettre n'est susceptible d'aucun recours. La décision de ne pas transmettre

est susceptible de recours à l'occasion d'une contestation de la décision réglant le litige³⁰, ceci afin d'éviter que la question de constitutionnalité soit utilisée comme une manœuvre dilatoire. Statistiquement, il apparaît qu'environ 80% des QPC ne passent pas le premier filtre.

Lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sont saisis de la question de constitutionnalité, il leur appartient de décider de la transmettre ou non au Conseil constitutionnel.

2. La transmission de la QPC au Conseil constitutionnel

C'est au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation de décider s'il convient ou non de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel. La transmission est obligatoire si trois conditions sont réunies. Les deux premières conditions sont les mêmes que celles qui s'appliquent en amont (v. *supra*). Il n'en va pas de même de la troisième: il faut que la question présente un caractère sérieux ou soit nouvelle.

Il est donc ici exigé que la question présente un caractère sérieux, alors qu'en amont il faut seulement qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux. Le passage d'une formule négative (n'est pas dépourvue de caractère sérieux) à une formule positive (présente un caractère sérieux) signifie que le contrôle demandé aux juridictions suprêmes est plus poussé que celui demandé aux premiers juges. Ces derniers doivent donc se contenter d'écarter les questions peu pertinentes ou fantaisistes, alors que les juges suprêmes ne doivent renvoyer que les questions sérieuses. La différence de terminologie traduit ainsi un contrôle

«en entonnoir»³¹, large à la base et plus étroit au sommet. Nous sommes donc en présence d'un mécanisme de double filtrage. Evidemment, si la QPC est directement soulevée devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, il n'y a qu'un seul filtre. L'objectif du filtrage ainsi mis en place est d'éviter la multiplication des questions de constitutionnalité, et donc l'encombrement du Conseil constitutionnel.

Il est clair que l'examen de la troisième condition conduit les juridictions ordinaires suprêmes à contrôler la constitutionnalité des lois³². Le risque est qu'en statuant ainsi sur la question de savoir s'il faut transmettre ou non la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, elles développent une interprétation autonome des droits et libertés garantis par la Constitution et s'érigent ainsi en juges constitutionnels concurrents du Conseil constitutionnel. Pour éviter ce risque, il est prévu que la question de constitutionnalité n'a pas à avoir un caractère sérieux lorsqu'il s'agit d'une question nouvelle. Dans ce cas et par conséquent, «les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait [...] dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi»³³. L'objectif est ici d'éviter que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne concurrencent trop le Conseil constitutionnel en écartant des arguments d'inconstitutionnalité comme non sérieux alors même que la question serait nouvelle. Le Conseil constitutionnel doit donc être saisi d'un problème de constitutionnalité sur lequel il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Les juridictions ordinaires suprêmes disposent d'un délai de 3 mois pour saisir le Conseil constitutionnel. Si le délai de 3

mois n'est pas respecté, le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi de la question de constitutionnalité.

Dès lors que le Conseil constitutionnel est saisi, il en avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées parlementaires. Ceux-ci peuvent lui adresser leurs observations. Les parties sont aussi mises à même de présenter des observations. Une véritable procédure contradictoire est donc instituée devant le Conseil constitutionnel. En outre, l'audience est normalement publique.

Le Conseil doit statuer dans un délai de 3 mois à compter de sa saisine. Sa décision doit être motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée, soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation, ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question a été soulevée. Elle est aussi communiquée au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents des assemblées. Elle est publiée au *Journal officiel*.

Le délai de règlement de la question de constitutionnalité est donc fixé à 6 mois maximum, à raison de 3 mois laissés aux cours suprêmes pour envoyer ou non la question, et de trois mois accordés au juge constitutionnel pour se prononcer sur celle-ci. Ce délai assez bref conditionne l'attractivité de la question de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité. On peut en effet partir du postulat que, lorsque les parties ont à leur disposition plusieurs voies de droit, elles seront tentées d'utiliser celle qui leur permettra d'obtenir satisfaction le plus rapidement possible. Cela ne fait que confirmer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, ainsi que, par voie de

conséquence, la supériorité, dans l'ordre interne, de la règle constitutionnelle.

Si le Conseil constitutionnel estime que la disposition législative contestée ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, il rejette la QPC. Dans le cas contraire, la disposition est déclarée inconstitutionnelle. Elle est alors abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à une date ultérieure fixée par cette décision. Le mécanisme de l'abrogation différée permet au Parlement d'intervenir pour pallier les inconvénients d'une abrogation immédiate³⁴. Le Conseil constitutionnel se reconnaît le pouvoir, tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets, que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de la déclaration d'inconstitutionnalité (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). En effet, si l'abrogation de la disposition législative invalidée n'a normalement pas d'effet rétroactif, il en va différemment à l'égard des parties à l'origine de la question de constitutionnalité, afin de les faire bénéficier de la solution rendue par le juge constitutionnel (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). Le Conseil constitutionnel estime également que «la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel» (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). Il s'agit d'un renforcement de l'effet rétroactif des déclarations d'inconstitutionnalité puisque cet effet bénéficie, non seulement aux parties à l'origine de la QPC – ce qui est normal –, mais aussi à tous les requérants auxquels la disposition législative pourrait être appliquée – ce qui est moins évident.

Il revient alors aux juges du fond de régler le litige à la lumière de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel³⁵. Le moyen tiré de l'abrogation, par le Conseil constitutionnel, d'une disposition inconstitutionnelle est un moyen d'ordre public devant être soulevé d'office par le juge ordinaire³⁶. Il en va différemment du moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi qui doit être soulevé par les parties pour être examiné par le juge. Les règles de la procédure contentieuse contribuent donc, elles aussi, à distinguer les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, et à assurer le caractère prioritaire du premier sur le second.

Quelques précisions statistiques pour en terminer

Au 1^{er} mars 2013, c'est-à-dire au terme de 3 années de QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont été saisis de 1520 QPC. 314 d'entre elles ont été renvoyées au Conseil constitutionnel: 137 par le juge administratif et 177 par le juge judiciaire. Quatre QPC soulevées à l'occasion d'un contentieux

électoral ont été transmises au Conseil constitutionnel par lui-même. La procédure a ainsi donné lieu, depuis sa création, à 255 décisions du Conseil. Dans plus de la moitié des cas (137 décisions), le Conseil a déclaré conforme à la Constitution les dispositions qui lui étaient soumises. Il a en revanche prononcé 43 censures totales, émis des réserves d'interprétation dans 33 décisions, et conclu à une non-conformité partielle dans 23 décisions. Sur le fond, les dispositions jugées non conformes relèvent en premier lieu du domaine du droit pénal (7 censures) ou de la procédure pénale (8 censures). Il y a aussi le droit de l'environnement (6 censures) et le droit de la santé publique (5 censures). Le délai moyen de jugement s'établit à 2 mois, le plus court ayant été de 19 jours et le plus long de 92 jours.

¹ Sur la QPC, la littérature, bien que nécessairement récente, est très abondante. De très nombreux articles ont été publiés dans les principales revues juridiques françaises: «Dalloz», «Revue Française de Droit Administratif», «Actualité Juridique Droit Administratif», «Revue Française de Droit Constitutionnel»,

«La semaine juridique (JCP)». On relèvera seulement les numéros ou dossiers spéciaux consacrés à la QPC dans les revues suivantes: «Revue du Droit Public», 2009, p. 564, dossier «L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile»; «Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel», n. 29, 2010, dossier

La question prioritaire de constitutionnalité (disponible en ligne); «Pouvoirs», n. 137, 2011. Plusieurs ouvrages sont également consacrés, partiellement ou totalement, à la QPC. En dehors des manuels récents de droit et contentieux constitutionnels, dont il n'est pas utile de donner la liste, on consultera avec pro-

- fit: C. Maugué, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2013, coll. "Connaissance du droit", 308 p.
- ² Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France notamment M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957; H.H. Ky, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926; D. Mauss, *La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 713.
- ³ Sur ce projet destiné à instituer un organe politico-juridictionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et de proposer une révision de la Constitution, M. Fioravanti, *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives storico-juridiques*, en «Annales historiques de la Révolution française», n. 349, 2007, p. 87 (disponible en ligne); L. Jaume, *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une réinterprétation*, en «Droits», n. 36, 2002, p. 115; M. Troper, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 265.
- ⁴ J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Livre II, Chapitre IV.
- ⁵ *Ibidem*.
- ⁶ Sur ce point G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, en «Archives de Philosophie du Droit», 1939, pp. 12 ss.
- ⁷ En ce sens P. Serrand, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon*, en «Droits», n. 42, 2005, pp. 31-47.
- ⁸ Sur le déclin de la loi, v. notre entrée «Loi» dans *Dictionnaire des droits de l'homme* (sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénau, S. Rials et F. Sudre), Paris, Puf/Quadrige, 2008. V. également, de manière plus approfondie, notre contribution: *La loi, cinquante ans après, en 50^e anniversaire de la Constitution française*, Les journées du droit français en Pologne, 20-21 novembre 2008, Orléans, Presses Universitaires d'Orléans, 2011, pp. 119-137.
- ⁹ Selon lui, la puissance législative «ne s'analyse pas seulement en puissance d'un degré supérieur, mais la vérité est qu'elle apparaît comme douée des caractères et des vertus propres à la souveraineté elle-même. Elle implique, par conséquent, que la Constitution de 1875 ne s'est pas bornée à reconnaître au Parlement une primauté hiérarchique de qualité et de rang parmi les diverses autorités constituées, mais qu'elle l'a assimilé au souverain» (R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875* (1931), Paris, Sirey, Economica, 1984, p. 46).
- ¹⁰ En ce sens, G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les cours de droit, Paris, 1968-1969, p. 568.
- ¹¹ Lorsque la question se posa de savoir si le Préambule de la Constitution et la Déclaration de 1789 avaient valeur constitutionnelle et pouvaient servir de fondement au contrôle de constitutionnalité, le commissaire du gouvernement Janot, qui représentait officiellement le général de Gaulle au Comité Consultatif Constitutionnel, y répondit clairement par la négative. Selon lui, «ni la Déclaration ni le Préambule n'ont dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on a créé un Conseil Constitutionnel, c'est aller au devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable» (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation Française, t. II, 1988, p. 256).
- ¹² Sur ce point R. Badinter, *L'exception d'inconstitutionnalité*, en *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008; J.-H. Stahl, *La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité*, en *ibidem*.
- ¹³ *Propositions pour une révision de la Constitution: rapport au Président de la République*, Paris, La Documentation française, Février 1993, Collection des rapports officiels, p. 106.
- ¹⁴ CE, 22 mars 1944, *Vincent, Rec.*, p. 417.
- ¹⁵ CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, req. n° 340492.
- ¹⁶ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné, Rec.*, p. 255.
- ¹⁷ «Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences» (art. 3).
- ¹⁸ «Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage» (art. 5).
- ¹⁹ CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, req. n° 340512.
- ²⁰ CC, 2012-647 DC: «une disposition législative ayant pour objet de «reconnaître» un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi».
- ²¹ CE, 12 septembre 2011, *M. et Mme A.*, req. n° 347444.
- ²² CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136: «les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union eu-

ropéenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher; qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée».

- ²³ Cass., 16 avril 2010, *M. Melki*, *AJDA*, 2010, p. 1023.
- ²⁴ CJUE, grande chambre, 22 juin 2010, *Melki et autres*, aff. C-188/10 et C-189/10.
- ²⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106-77.
- ²⁶ CE, 17 juillet 2012, *M. et Mme Rodriguez*, req. n° 357574.
- ²⁷ CE, 28 septembre 2011, *Société Alsass*, req. n° 349820.
- ²⁸ CE, 4 juin 2012, *M. Morel*, req. n° 357693, *AJDA*, 2012, p. 1645, concl. D. Hedary: rejet au fond d'une requête relative à l'enregistrement d'une candidature à une élection locale, le juge du fond devant statuer dans un délai de 3 jours.
- ²⁹ CE, 8 octobre 2010, *M. Kamel D.*, *AJDA*, 2010, p. 2433, concl. Liéber: révision issue de la loi constitutionnelle du 23 février 2007 et introduisant à l'article 66-1: «Nul ne peut être condamné à la peine de mort».
- ³⁰ CE, 1^{er} février 2011, *SARL Prototech*, *AJDA*, 2011, p. 1209: «lorsqu'une cour administrative d'appel a refusé de transmettre au Conseil

d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été soumise, il appartient à l'auteur de cette question de contester ce refus, à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui statue sur le litige, dans le délai du recours contentieux et par un mémoire distinct et motivé, que le refus de transmission précédemment opposé l'ait été par une décision distincte de l'arrêt, dont il joint alors une copie, ou directement par cet arrêt».

- ³¹ En ce sens, P. Bon, *La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009*, en «RFDA», 2009, pp. 1107 ss.
- ³² V. p. ex. CE, 4 avril 2011, *Mme Moussa*, req. n° 345661: le Conseil d'Etat affirme la constitutionnalité du régime dérogatoire d'entrée et de séjour à Mayotte, lequel prévoit notamment que les bénéficiaires d'un titre de séjour à Mayotte ne sont pas autorisés à séjourner en France métropolitaine; il considère à la fois que le principe constitutionnel d'égalité n'est pas méconnu et que «le législateur n'a pas porté à la liberté d'aller et venir reconnue aux étrangers séjournant régulièrement sur le territoire une atteinte disproportionnée»; dès lors dépourvue de caractère sérieux, la question de constitutionnalité n'est pas transmise au Conseil constitutionnel. V. également CE, 21 octobre 2011, *Groupeement des entreprises de services à la personne du Languedoc-Roussillon*, req. n° 351424, *AJDA*, 2011, p. 2427: le Conseil d'Etat considère que deux dispositions législatives du code de l'action sociale et des familles «ne portent atteinte ni au principe d'égalité ni au principe de la liberté d'entreprendre». Il est clair que pour apprécier si la question soulevée présente un caractère sérieux, le juge ordinaire doit apprécier la constitutionnalité de la loi.
- ³³ CE, 8 octobre 2010, *M. Kamel D.*, *AJDA*, 2010, p. 2433, concl. Liéber.

- ³⁴ CC, 2010-1 QPC: «afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1^{er} janvier 2011».
- ³⁵ Sur cette question, v. CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *Mme L.*, et *Mme D.*, 3 espèces, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136.
- ³⁶ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136.