



HAL
open science

Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : concurrence ou complémentarité ?

Emeline K'Bidi

► To cite this version:

Emeline K'Bidi. Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : concurrence ou complémentarité?. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2011, 12, pp.5-52. hal-02544472

HAL Id: hal-02544472

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544472v1>

Submitted on 16 Apr 2020

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

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

SOURCES DU DROIT

Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : concurrence ou complémentarité ?

Emeline K/BIDI¹

Master 2 Droit et Contentieux

Université de La Réunion - Faculté de Droit et d'Economie – promotion 2009/2010

« Le principe de tout gouvernement doit-être qu'une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle »². Cette phrase prononcée par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1803 à l'occasion de l'affaire *Marbury vs Madison* fait d'elle la première cour constitutionnelle de l'Histoire. Si le litige qui opposait William Marbury, un riche financier nouvellement nommé au poste de juge de paix, au secrétaire d'Etat James Madison, était *a priori* mineur ; la solution est quant à elle l'une des plus importantes jamais rendue par la Cour. Cette dernière affirme en effet la capacité, pour les tribunaux et en particulier pour elle même, de juger de la conformité des lois à la Constitution et d'écarter, en ne les appliquant pas, celles qui y contreviendraient. Depuis 1803, le contrôle de constitutionnalité effectué aux Etats Unis est par conséquent un contrôle déconcentré, concret, *a posteriori*. Cela signifie qu'il peut être exercé par tous les juges, qu'il s'effectue par voie d'exception à l'occasion d'un litige au principal, et qu'il vise des lois déjà promulguées.

Ce modèle de justice constitutionnelle est assez différent de celui adopté par les pays européens. Il a fallu attendre 1920 en Autriche pour que le contrôle de constitutionnalité fasse son apparition en Europe. Le modèle autrichien, inspiré de la théorie kelsenienne de la normativité, se caractérise par un contrôle concentré, abstrait, *a priori*. Le contrôle est donc confié à une juridiction spécialisée. La loi est directement attaquée, avant même sa promulgation.

En France, le contrôle de constitutionnalité a été instauré par la Constitution du 4 octobre 1958. Répondant à la rigueur théorique du modèle kelsenien, le contrôle de constitutionnalité français est confié de façon exclusive au Conseil constitutionnel. Il se déroulait jusqu'alors uniquement avant la promulgation des lois, sur saisine du Président de la République, du Premier ministre, du président de chacune des deux chambres du Parlement ou de soixante députés ou

¹ L'auteur figure parmi les lauréats du « Concours de mémoires » organisé par la RJOI pour la promotion 2009/2010.

² Cour suprême des États-Unis, 24 février 1803, *Marbury vs Madison*, 5 US 137, traduction française in E. ZOLLER, *Les Grands Arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Presses Universitaires de France, 2000, p. 40.

soixante sénateurs. Il peut concerner également les traités avant leur ratification ou leur approbation.

Ce contrôle *a priori* a pour avantage d'éviter qu'une loi inconstitutionnelle n'entre en vigueur et assure ainsi une plus grande sécurité juridique. Cependant, il souffre également de nombreuses lacunes. Premièrement, le citoyen n'est pas autorisé à saisir le Conseil constitutionnel. La saisine appartient en effet uniquement au pouvoir politique. Cette politisation du contrôle a pour conséquence de restreindre fortement le nombre de lois déférées au Conseil constitutionnel chaque année. Ainsi, la plus grande partie des lois ordinaires en France ne fait pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. De même, dans le cadre du contrôle *a priori*, les lois promulguées avant 1958 ne peuvent pas être passées au crible de la Constitution. Il est donc tout à fait possible, voire même certain, que des lois inconstitutionnelles soient en vigueur aujourd'hui en France. Or, le Conseil constitutionnel jusqu'en 2010 n'était pas compétent pour examiner la compatibilité à la Constitution d'une loi déjà promulguée. Depuis le 25 janvier 1985, par sa décision dite *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie* le Conseil constitutionnel accepte néanmoins de vérifier « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* »¹. Cette exception n'instaure par pour autant un véritable contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Afin de pallier ces lacunes, les gouvernements successifs depuis la fin des années 1980 ont donc fait plusieurs tentatives pour instaurer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France. En 1989, Robert Badinter, président du Conseil, et François Mitterrand, président de la République, ont proposé l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Rejetée par le Sénat en 1990, cette réforme n'a cependant pas abouti. Reprise par le comité Vedel en 1993, la proposition a connu à nouveau l'échec face au Parlement.

Finalement, il aura fallu attendre treize ans pour que la proposition refasse surface avec le comité Balladur. En 2007, dans son rapport intitulé « *une Vème République plus démocratique* », le comité proposa en effet de reconnaître aux citoyens un droit nouveau : « *l'exception d'inconstitutionnalité* ». La dénomination de cette nouvelle procédure fit d'ailleurs l'objet d'un débat, mais le principe fut néanmoins accepté et le constituant vota la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 23 juillet 2008. Pour mettre en œuvre le nouvel article 61-1 de la Constitution qui instaure le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Parlement vota une loi organique le 10 décembre 2009². Le 3 décembre 2009, malgré trois réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel décida que la loi organique était conforme à la Constitution³. La loi organique fut finalement publiée au Journal Officiel le 10 décembre 2009. Quelques mois plus tard, le règlement intérieur du Conseil constitutionnel fut adopté et les décrets relatifs à l'aide juridictionnelle et à la procédure de la QPC publiés. La QPC entra en vigueur le 1^{er} mars 2010 mettant ainsi fin au règne absolu du contrôle *a priori* en France.

Désormais, le justiciable peut soulever l'inconstitutionnalité d'une loi lors d'un litige devant n'importe quelle juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Cependant, contrairement au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* américain, il ne s'agit pas à proprement parler d'une « *exception d'inconstitutionnalité* ». En effet, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi ne peut pas être examiné directement par la juridiction devant

¹ CC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 85-187 DC, Rec. p. 43

²Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (en annexe II)

³CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *AJDA*, 2009, p. 2318, note S. BRONDEL ; *RFDA*, 2010, p. 1, note B. GENEVOIS ; *Gaz. Pal.*, n° 344, 10 décembre 2009, p. 4 note D. ROUSSEAU ; *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2010, p. 233 note J. ROUX ; *CCC*, n° 28 (en annexe III)

laquelle il est invoqué. La question prioritaire de constitutionnalité – d’où son nom – doit être renvoyée au Conseil constitutionnel. D’ailleurs, parmi les dénominations pressenties pour cette nouvelle procédure, certains parlementaires avaient proposé le terme de « *renvoi préjudiciel* ».

La question de constitutionnalité est également qualifiée de « *prioritaire* ». Cet adjectif fait référence à l’ordre d’examen de la question devant les juridictions, par rapport aux autres moyens et notamment au contrôle de conventionnalité. Ainsi, lorsque le justiciable choisit d’invoquer les deux moyens, l’inconstitutionnalité et l’inconventionnalité de la loi, le juge doit en priorité se prononcer sur la QPC et si besoin la renvoyer au Conseil constitutionnel. La juridiction devra donc sursoir à statuer, de sorte que l’examen de tous les autres moyens est suspendu jusqu’à la réponse du juge constitutionnel. Bien que cette priorité ne soit pas directement inscrite dans l’article 61-1 de la Constitution, il ne s’agit pas pour autant d’une règle anodine. Bien au contraire, la *priorité* est la pierre angulaire de cette réforme. En effet, en votant la règle de la *priorité* de la QPC lors de l’élaboration de la loi organique, les parlementaires ont ainsi souhaité différencier deux contrôles souvent proches, parfois fusionnels et peut-être même concurrents.

En effet, le contrôle de conventionnalité des lois est le mécanisme par lequel le juge ordinaire examine la compatibilité d’une loi à une convention internationale. Depuis 1975, le Conseil constitutionnel s’est clairement déclaré incompétent pour exercer ce contrôle, considérant qu’« *une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution* »¹. Les deux contrôles, dont les normes de référence sont différentes et qui sont exercés par des juridictions distinctes, paraissent donc opposés.

Pourtant, ils peuvent aussi s’avérer complémentaires. En effet, l’article 61-1 de la Constitution précise que seule « *une disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » pourra être déférée au Conseil constitutionnel dans le cadre d’une QPC. Bien que cette disposition puisse être considérée comme une limite au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la majorité des auteurs s’accorde néanmoins pour saluer une grande réforme constitutionnelle et une avancée importante dans le domaine de la protection des droits de l’homme. Une telle protection n’était jusque là assurée en France que par le biais du contrôle de conventionnalité. Dans le domaine des droits et libertés, les citoyens disposeront donc désormais de deux moyens au soutien de leurs prétentions.

Cependant, le contrôle de conventionnalité a toujours entretenu des relations complexes avec le contrôle de constitutionnalité. Notamment, la grande proximité des droits conventionnels avec le bloc de constitutionnalité peut laisser penser que le juge ordinaire est en charge d’un « *contrôle de constitutionnalité déguisé* ». Le Conseil d’Etat lui-même, dans un arrêt du 5 janvier 2005, a semblé considérer qu’il pouvait exercer un contrôle de constitutionnalité indirect lorsqu’il s’agissait d’apprécier la conformité de la loi aux traités internationaux².

Plus encore, il est des cas où les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité se confondent pour ne former plus qu’un. Ce cas certes exceptionnel a été mis en évidence par le Conseil constitutionnel lui-même en 2006 lors du contrôle de constitutionnalité d’une loi de transposition d’une directive³. En effet, à l’occasion de cet examen le Conseil vérifie la conformité d’une loi à une directive, opérant ainsi un contrôle de conventionnalité. Cependant, ce contrôle ne s’opère que sous l’égide de l’article 88-1 de la Constitution, lequel fait de la

¹ CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*, n° 75-74 DC, Rec. p. 19

² CE, 5 janvier 2005, *Melle Deprez et M. Baillard*, Rec. p. 1, *AJDA* 2005, p. 845, note L. Burgorgue-Larsen

³ CC, 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, Rec. p. 120, *RFDA* 2006 p. 1163, note R. de Bellecize ; *AJDA* 2007 p. 473, note G. Marcou ; *D.* 2007. Jur. 1760, note M. Verpeaux

transposition des directives une exigence constitutionnelle. Pour le Conseil constitutionnel, ce contrôle du respect par la loi d'une exigence constitutionnelle doit donc s'analyser comme un contrôle de constitutionnalité.

Cette articulation assurément délicate de la QPC avec le contrôle de conventionnalité (Titre 1) a pu faire craindre aux parlementaires un échec de cette nouvelle procédure. La règle de la *priorité* avait donc pour but avoué d'assurer son succès. Il n'est pas certain cependant que cela ait suffi à faire disparaître tout risque de concurrence entre les deux types de contrôle.

Bien au contraire, il est un domaine où la *priorité* de la question de constitutionnalité peut être à l'origine de bien des conflits. En effet, le contrôle de conventionnalité recouvre aussi le droit de l'Union européenne (EU). Or, dans l'ordre juridique européen, le droit de l'UE possède une valeur supra-constitutionnelle. Dans la continuité du principe de primauté, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a donc eu l'occasion d'affirmer que les moyens tirés du droit national ne devaient pas être traités de façon plus favorable que ceux tirés du droit de l'UE¹. Au regard du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, il peut donc subsister un doute sur l'articulation et la conformité de la question avec le droit européen. Notamment, il est permis de s'interroger sur la cohabitation potentiellement conflictuelle de la QPC avec la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice (Titre 2).

Partie 1 : L'articulation assurément délicate de la QPC et du contrôle de conventionnalité

La question de la concurrence ou de la complémentarité des deux contrôles est difficile à trancher. La réponse dépend en effet des points que l'on retient concernant chaque mécanisme. Le champ d'application matérielle des deux contrôles, c'est-à-dire les droits et libertés fondamentaux, leur procédure, le nombre de juges qu'ils font intervenir, sont autant d'éléments qui peuvent être retenus pour défendre chacune des thèses en présence.

Cependant, la grande majorité des articles qui ont été écrits jusqu'à présent sur la QPC insistent davantage sur les inconvénients de cette nouvelle procédure et sur la concurrence qui pourrait naître avec le contrôle de conventionnalité.

Cette concurrence a en effet été largement redoutée, tant par la doctrine que par le constituant et le législateur organique (Chapitre 1). Or, il n'est pas certain que les arguments avancés pour expliquer cette concurrence soit tous fondés.

Au contraire, la complémentarité des deux procédures a beaucoup moins été mise en avant. Pourtant, même s'il est probable que l'articulation des deux contrôles ne se fasse pas sans accros, la QPC et le contrôle de conventionnalité devront avant tout être envisagés comme des moyens connexes. D'ailleurs, après seulement quelques mois de pratique, tout semble indiquer que les praticiens du droit, et notamment les avocats, ont très vite intégré cette dimension complémentaire (Chapitre 2).

¹ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances c. Simmenthal*, Aff. 106/77

Une chose est sûre, l'avenir de la QPC dépendra indéniablement de sa capacité à se faire une place dans les prétoires auprès du contrôle de conventionnalité.

Chapitre 1 : QPC et contrôle de conventionnalité : une concurrence redoutée

Le contrôle de conventionnalité et la QPC sont des procédures distinctes. Mais elles présentent également de nombreux points communs. Lorsque l'on envisage les relations entre les deux procédures, tous les éléments, y compris ceux qui semblent les rapprocher, peuvent être à l'origine d'une concurrence entre elles.

Ainsi, le fait que les contrôles visent tous deux à protéger les droits et libertés fondamentaux n'indique pas pour autant que les procédures soient complémentaires. La similitude des catalogues de droits ou le miroitement des contrôles (Section 1), associé à la pérennité du contrôle de conventionnalité, pourrait être un facteur d'insuccès pour la QPC.

Au contraire, sur le plan procédural, tout semble opposer le contrôle de conventionnalité et la question de constitutionnalité. La loi organique du 10 décembre 2009 a en effet instauré un mécanisme complexe qui, confronté à la simplicité du contrôle de conventionnalité, pourrait être délaissé par les plaideurs. Néanmoins, les avantages de la QPC rendront sûrement la concurrence féroce entre les deux procédures (Section 2).

Section 1 : Le miroitement des contrôles

En France, la protection des droits fondamentaux est un domaine très diversifié. Les normes de référence tout comme les organes de protection sont nombreux. Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait penser, la source de droits fondamentaux la plus connue et la plus accessible n'est pas la Constitution. En effet, les droits fondamentaux conventionnels et plus particulièrement européens jouissent d'une grande popularité auprès des justiciables et des praticiens du droit qui n'hésitent plus à s'y référer. Pourtant, les catalogues de droits constitutionnels et conventionnels sont presque similaires (§1). Avec l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel devient donc véritablement, aux côtés des juges ordinaires et des juridictions européennes et internationales, le gardien des droits fondamentaux. L'ouverture d'une nouvelle voie de droit pour protéger des droits équivalents pourrait néanmoins accroître le risque de controverses jurisprudentielles (§2).

§1 : L'identité des catalogues de droits

La France est souvent présentée comme le pays des droits de l'homme, mais s'il est bien un domaine du droit qui s'est mondialisé, il s'agit certainement des droits fondamentaux. Ainsi, les divers catalogues de droits, qu'ils soient constitutionnels, européens ou internationaux,

présentent de nombreuses similitudes. Cette identité, entre « *les droits et libertés que la Constitution garantit* » (A) et les droits fondamentaux conventionnels (B), pourrait être à l'origine d'une concurrence entre le contrôle de conventionnalité et la QPC, que certains disent en défaveur de cette dernière.

A/ « Les droits et libertés que la Constitution garantit »

Contrairement au contrôle de constitutionnalité *a priori*, la QPC ne peut viser que les dispositions législatives qui porteraient atteinte aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* »¹. Cette formule, qui a finalement été préférée à celle proposée par le comité Balladur de « *libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution* », n'en est pas moins ambiguë. Il est en effet difficile de déterminer avec précision les droits et libertés auxquels l'article 61-1 de la Constitution fait référence. Il appartiendra donc au juge constitutionnel d'apprécier les droits et libertés qui pourront être invoqués à l'appui d'une QPC.

L'on peut toutefois penser que c'est l'ensemble du bloc de constitutionnalité qui est visé et non pas le seul texte de la Constitution, lequel ne contient en réalité que peu de droits fondamentaux. En effet, outre les principes d'égalité (article 1) et de liberté (article 66), l'essentiel des droits et libertés se trouvent dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 et dans la Charte de l'environnement. La jurisprudence constitutionnelle de doit pas non plus être négligée.

Bien que l'article 61-1 soit vague, il semble que les règles constitutionnelles de compétence et de la procédure législative ne seraient pas invocables. Le constituant a ainsi souhaité que seules les règles constitutionnelles de fond puissent être invoquées. Il ne faut cependant pas confondre les règles de procédure législatives et les droits de procédure. En effet, si la procédure d'adoption de la disposition législative ne devrait pas pouvoir être remise en cause, les droits procéduraux tels que le droit à un recours effectif (article 16 de la DDHC de 1789) ou le droit à un procès équitable² font indéniablement partie des droits garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1.

Un doute subsistait néanmoins quant à l'incompétence négative du législateur. Cela consisterait pour le législateur à ne pas exercer pleinement sa compétence, en déléguant ainsi l'exercice au pouvoir réglementaire. Les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoyaient que ce moyen ne pourrait pas être invoqué à l'appui d'une QPC. Toutefois, une partie de la doctrine considère qu'une telle exclusion serait une erreur³. Cette incompétence pourrait avoir des conséquences sur les droits fondamentaux car le législateur est également le garant de certains droits et libertés. Ainsi, un défaut d'intervention du législateur dans des domaines comme la protection des « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* »⁴, la légalité des délits et des peines⁵ ou la garantie de

¹ Cf. article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, (en annexe I)

² CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, Rec. p. 88

³ D. ROUSSEAU *et al.*, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, p. 47-48 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 789

⁴ Article 34 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958

⁵ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

l'égalité entre hommes et femmes¹, devrait pouvoir être invoqué à l'appui d'une QPC. Cette question a été tranchée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 18 juin 2010². Le requérant dans cette affaire soutenait que le troisième alinéa du I de l'article 273 du code général des impôts était inconstitutionnel et demandait la sanction de l'incompétence négative du législateur dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a rejeté sa demande au motif 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* ». En l'espèce, le Conseil a considéré que les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789, relatives au consentement à l'impôt et mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution n'instituaient 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* ». A condition de pouvoir prouver le lien entre l'atteinte à un droit fondamental et l'incompétence négative du législateur, le moyen peut donc être reçu dans le cadre d'une QPC.

Si *a priori*, l'ensemble des droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité devraient pouvoir faire l'objet d'une QPC, la doctrine continue de s'interroger sur le sort réservé par le Conseil constitutionnel aux objectifs de valeur constitutionnelle et autres principes constitutionnels³.

Les objectifs de valeur constitutionnelle sont des normes de même valeur que la Constitution qui ont été dégagées par le Conseil constitutionnel au fil de sa jurisprudence. En principe, ces objectifs, vers lesquels doivent tendre le législateur, ne s'adressent pas directement aux justiciables. Cependant, certains objectifs de valeur constitutionnelle peuvent être de nature à limiter les droits et libertés des particuliers. C'est le cas par exemple de « *la sauvegarde de l'ordre public* »⁴. D'autres, au contraire visent directement à garantir des droits et libertés, comme par exemple « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »⁵. Ainsi, selon qu'ils restreignent ou protègent les droits fondamentaux, les objectifs de valeur constitutionnelle devraient pouvoir être invoqué pour contrer ou pour soutenir une QPC.

L'invocabilité des principes constitutionnels, à l'appui d'une QPC, reste également incertaine. Ces principes englobent des normes d'une grande diversité qui ont été créées par le législateur ou la jurisprudence.

Certains principes qui ne contiennent pas de droits ne devraient pas pouvoir être invoqués. C'est le cas notamment du principe de précaution contenu dans la Charte de l'environnement (article 5) ou du principe de séparation des pouvoirs énoncé par l'article 16 de la DDHC.

En revanche, les principes constitutionnels qui font naître des droits et libertés au profit des justiciables, comme le principe d'égalité⁶, devraient être invocables. De même, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) consacrés par le Conseil constitutionnel devraient pouvoir faire l'objet d'une QPC. En effet, ces PFRLR ont vocation à

¹ Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

² CC 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, *Dalloz Actualité*, 23 juin 2010, note S. Brondel

³ D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 55-56

⁴ CC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n°82-141 DC, Rec. p. 48

⁵ CC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, n°94-359 DC, Rec. p. 176 ; CC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, n°98-403 DC, Rec. p. 276 ; CC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, n°2009-578 DC

⁶ D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 51-54

protéger des droits et des libertés tels que la liberté d'association¹, la liberté de conscience², les droits de la défense³, etc.

Même si le travail d'identification des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » peut s'avérer difficile, il démontre également la grande richesse du bloc de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux. Mais dans ce domaine, la Constitution est depuis longtemps concurrencée par les conventions internationales.

B/ Les droits fondamentaux conventionnels

Nous l'avons vu, il est possible d'identifier sous la dénomination de « *droits et libertés garantis par la Constitution* » un grand nombre de droits fondamentaux. La création tardive d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne signifie pas pour autant que les droits et libertés sont restés jusque-là lettre morte.

En effet, le contrôle de conventionnalité permet également de protéger les droits fondamentaux consacrés par les conventions internationales. Or, ces droits fondamentaux conventionnels sont nombreux et les instruments qui les contiennent extrêmement diversifiés, de sorte qu'il est presque toujours possible de trouver l'équivalent conventionnel d'une norme constitutionnelle garantissant les droits et libertés.

Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Charte des droits fondamentaux de l'UE, largement inspirées des instruments nationaux, contiennent à elles seules la quasi-totalité des droits et libertés constitutionnels français. Par exemple, le droit de propriété proclamé dans la DDHC à l'article 17, l'est également dans le CEDH (article 1 protocole 1) et dans la Charte des droits fondamentaux (article 17). De plus, la jurisprudence de la CJUE et de la Cour européenne des droits de l'homme a encore contribué à accroître le nombre de droits fondamentaux protégés. Ainsi, le droit de grève, que l'on a longtemps considéré comme une exclusivité française, a été consacré par la CJUE comme un principe général de droit communautaire⁴.

Du fait de cette grande similitude entre les blocs français et européens de droits fondamentaux, certains auteurs ont même proposé de les fusionner⁵. D'autres, quant à eux, considèrent que, du fait de la concordance matérielle entre les droits fondamentaux garantis dans la Constitution et ceux garantis par la CEDH, « *point n'est besoin de recourir à une nouvelle réforme pour instituer un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception puisqu'il existe, pour la défense des intérêts fondamentaux de la personne, cette procédure parfaitement efficace de vérification de la conformité de la loi à la Convention internationale* »⁶.

¹ CC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n°71-44 DC, Rec. p. 29

² CC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, n°77-87 DC, Rec. p. 42

³ CC, 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, n°76-70 DC, Rec. p. 39

⁴ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, Aff. C-438/05, pts. 43 et 44

⁵ Cf. par ex. G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, p. 249

⁶ R. DENOIS DE SAINT MARC, *Histoire de la loi*, Paris, Privat, coll. HC Sciences Humaines, 2008, p. 147

Outre les textes européens, le justiciable dans le cadre du contrôle de conventionnalité, peut également se référer à un grand nombre de conventions internationales et universelles. En effet, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU), plusieurs conventions relatives aux droits de l'homme ont vu le jour. On peut citer notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948, la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale de 1965, le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, la convention relative aux droits de l'enfant de 1990, la convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006, *etc.* Ces conventions sont invocables devant les juridictions françaises à condition d'avoir été régulièrement ratifiées ou approuvées par la France. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la QPC, à défaut de pouvoir invoquer l'article 3 de la DDHC sur le droit à la vie, les requérants pouvaient toujours se référer à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ce dernier ayant été ratifié par la France en 1980. De même, l'article 3 de la Constitution sur le droit de vote des femmes pouvait indifféremment être remplacé par l'article 7 de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes. Les exemples de substitutions sont encore nombreux et ont contribué au succès du contrôle de conventionnalité.

Il est donc possible de retrouver dans les textes européens et internationaux les mêmes droits fondamentaux que ceux figurant dans le bloc de constitutionnalité français. Cela a permis au juge ordinaire, puisqu'il ne pouvait pas se faire juge de la constitutionnalité, d'examiner néanmoins un moyen identique tiré de la non-conformité d'une loi à une convention internationale. Ainsi, ne pouvant utilement invoquer l'article 5 de la DDHC pour contester un arrêté interdisant la cryogénéisation des défunts, un requérant a pu néanmoins obtenir que ce même arrêté soit examiné au regard des articles 8 et 9 CEDH¹.

Par conséquent, bien que s'agissant de deux contrôles différents, on remarque que les normes de référence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et du contrôle de conventionnalité sont sensiblement les mêmes. De plus, le moyen tiré de l'inconventionnalité est désormais largement utilisé et maîtrisé tant par les justiciables et leurs avocats que par les juridictions elles-mêmes. Dés lors, il est possible de penser qu'à chaque fois que le justiciable aura le choix entre la QPC et le contrôle de conventionnalité, il choisira ce dernier. Pour le professeur Paul Cassia, il ne fait pas de doute que « *ce miroitement est porteur d'insuccès pour le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, tant la pratique du contrôle de conventionnalité est désormais ancrée et présente des avantages par rapport à l'architecture de l'article 61-1 de la Constitution* »². Craignant que les juridictions fassent de même et refusent systématiquement de renvoyer les QPC au juge constitutionnel, les parlementaires ont souhaité que la question de constitutionnalité soit prioritaire. Cependant, cette priorité ne vaudra que lorsque le requérant aura choisi d'invoquer les deux moyens, celui tiré de l'inconstitutionnalité et celui relatif à l'inconventionnalité de la loi. Pour le reste, le justiciable pourra toujours choisir le contrôle de conventionnalité à l'exclusion de la QPC. Toutefois, lorsqu'il optera pour les deux moyens, un autre problème pourrait bien se poser : celui du risque de controverses jurisprudentielles entre les différents juges chargés de veiller au respect des droits fondamentaux.

¹ CE, 6 janvier 2006, *Martinot*, n° 260307

² P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 884

§2 : Le risque de controverses jurisprudentielles

Parallèlement au développement des instruments de protection des droits de l'homme, on a vu naître de nouvelles juridictions en charge de leur respect. La création de la Cour européenne des droits de l'homme en 1959 pour veiller à l'application de la CEDH en est sûrement le meilleur exemple. Au contraire, la CJUE n'avait pas originellement vocation à protéger les droits fondamentaux. Au fil du temps, sa jurisprudence a néanmoins contribué à élargir son champ de compétence et l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en 2000 confirme son rôle majeur de gardienne des droits de l'homme en Europe. En France, ce rôle est, de longue date, dévolu aux juridictions ordinaires via le contrôle de conventionnalité et au Conseil constitutionnel. Bien qu'évoluant à des niveaux différents, du fait de la proximité des catalogues de droits, ces différentes juridictions sont amenées à interpréter des textes similaires et à juger des situations analogues. Avec l'avènement de la QPC, le risque est donc grand de voir se développer des divergences de jurisprudence, tout d'abord entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires ou européennes (A), mais également entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation (B).

A/ Le risque d'asymétrie verticale des décisions juridictionnelles

L'asymétrie verticale des décisions juridictionnelles fait référence à des divergences de jurisprudence à différents niveaux. Dans le cadre de la QPC, cette opposition pourrait être interne, c'est-à-dire qu'elle aurait lieu entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires (1), ou externe. Il s'agirait alors d'une divergence de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes (2).

1/ Le risque de controverse jurisprudentielle entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires

La mise en œuvre de la QPC ne fait pas obstacle au jeu postérieur et supplétif du contrôle de conventionnalité. Après que le Conseil constitutionnel se soit prononcé sur la conformité d'une disposition législative à un droit ou une liberté contenue dans la Constitution, le juge ordinaire pourrait donc avoir à se prononcer sur la conventionnalité de cette même disposition. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction suprême.

C'est alors qu'il risquerait d'y avoir une divergence de jurisprudence entre les juridictions et donc une atteinte à la sécurité juridique.

En toute logique, si la liberté ou le droit invoqué a exactement la même portée dans le texte constitutionnel que dans le texte conventionnel, les deux ordres de juridiction devraient rendre une décision identique. Cependant rien, ni dans l'article 61-1 ni dans la loi organique, n'oblige les deux juridictions à se prononcer dans le même sens. Le Conseil constitutionnel pourrait donc dans un premier temps décider que le texte de loi est conforme aux droits garantis par la Constitution, et la juridiction ordinaire, dans un second temps, décider que ce texte est contraire à une convention. Concernant un même texte et un même droit, on pourrait donc aboutir à deux décisions contradictoires. Il s'agit ici d'un cas d'école, mais la situation n'est pas tout à fait impossible

En effet, même si Philippe Jestaz souligne qu' « *en pratique la Cour de cassation ne contredit presque jamais la Conseil constitutionnel* »¹, une opposition jurisprudentielle entre les deux juridictions n'est pas exclue. La récente question de la conformité du caractère prioritaire de la QPC au droit de l'UE en est un exemple².

Dans sa synthèse, Philippe Jestaz fait état également d'une possible divergence de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, notamment quant à la portée du principe de dignité³. Dans sa décision *bioéthique* de 1994, le Conseil constitutionnel voit en ce principe un droit de l'homme destiné à protéger l'individu contre autrui. Au contraire, dans son arrêt de 1995 *Commune de Morsang sur Orge*, dit *affaire du lancé de nain*, le Conseil d'Etat interprète le principe de dignité comme un devoir du sujet de se respecter lui-même. L'on peut voir dans ces interprétations opposées, une divergence de jurisprudence sous-jacente.

De telles oppositions pourraient être amenées à se reproduire sous l'empire de la QPC. Dés lors, selon la position de la juridiction, le justiciable invoquerait plutôt le moyen d'inconventionnalité ou le moyen d'inconstitutionnalité. Une telle situation, où le justiciable devrait choisir la juridiction devant laquelle ses droits seraient le mieux protégés, serait inacceptable.

En revanche, lorsque les droits et libertés ne sont pas protégés avec la même intensité dans le bloc de constitutionnalité que dans le texte conventionnel, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes. En effet, dans ce cas, des décisions opposées ne seraient pas forcément le signe d'une mésentente entre les juridictions. Deux situations pourraient se présenter.

Soit le texte constitutionnel est plus protecteur. La loi pourrait donc être censurée au regard de la Constitution, mais être valide au regard de la convention.

Soit le texte conventionnel est plus protecteur. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel pourrait très bien émettre une décision de conformité tandis que la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat décideraient de l'inconventionnalité du texte de loi.

Ainsi, l'on voit bien que des décisions différentes ne seraient pas forcément contradictoires et répondraient finalement à la logique. Cette logique pourrait toutefois ne pas être respectée par les juridictions ce qui poserait un problème de sécurité juridique évident. L'on ne comprendrait pas en effet que le texte le plus protecteur ne permette pas de protéger efficacement les droits des justiciables, alors que le texte le moins protecteur le permettrait. Cette situation abstraite pourrait se résumer par la maxime populaire « *qui peut le plus, peut le moins* ». L'inverse n'est pas forcément vrai.

Enfin, des divergences de jurisprudence pourraient également se présenter à un autre niveau, entre le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes.

¹ P. JESTAZ, *Synthèse*, in P. ANCEL *et al.*, *Les divergences de jurisprudence*, Université de Saint Etienne, 2003, p. 363

² Cf. *infra*

³ P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 362

2. Le risque de controverses jurisprudentielles entre le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes

Le Conseil constitutionnel et la CJUE s'opposent depuis longtemps sur la question de la hiérarchie entre la Constitution et les traités communautaires. Le Conseil considère en effet que la Constitution a une valeur supérieure au droit communautaire¹, tandis que la CJUE a maintes fois proclamé la primauté du droit de l'Union sur l'ensemble des droits nationaux des États membres². Il n'est pas exclu que cette mésentente puisse s'étendre à d'autres sujets, et notamment à l'interprétation des droits fondamentaux.

Néanmoins, la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel peut laisser penser qu'il acceptera au moins de reconnaître l'autorité de la chose jugée et interprétée des arrêts rendus par les juridictions européennes. En effet, par le passé le Conseil était réticent à se référer directement à un texte ou à une décision européenne. Mais en 2004, dans sa décision *bioéthique*, il n'a pas hésité à viser, outre la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, l'arrêt de la CJCE du 9 octobre 2001 qui l'interprétait³. De même, dans sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel a pour la première fois visé un arrêt de la CEDH relatif à la liberté religieuse⁴. Il a considéré que ce principe, contenu dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE et dans l'article 9 de la CEDH, était conforme à la Constitution française et notamment au principe de laïcité.

Cette avancée vers un véritable « *dialogue des juges* » ne permet pas cependant d'exclure tout risque de controverses pour l'avenir. En effet, même si le Conseil constitutionnel respecte les décisions rendues par la CJUE et la CEDH, on peut se demander ce qui se passera en l'absence de décision européenne. Dans ce cas, il y a tout lieu de penser que le Conseil retrouvera son entière liberté d'interprétation. Or, une même norme n'est jamais sujette à une interprétation unique. Dès lors, le Conseil constitutionnel pourrait rendre une décision qui se révélerait plus tard controversée.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a déjà fait l'expérience d'une telle opposition avec la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer dans un cas où la loi en cause avait déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Elle a estimé que la décision du Conseil constitutionnel ne suffisait pas à établir la conformité de la loi avec les dispositions de la Convention⁵. Ainsi, dans le cadre d'une QPC, en cas d'interprétation divergente d'un droit ou d'une liberté par le Conseil constitutionnel, un plaideur pourrait décider de saisir la Cour européenne des droits de l'homme afin d'obtenir une condamnation de la France.

Dans tous les cas, que la divergence de jurisprudence soit consciente ou non, elle porterait inévitablement atteinte au principe de sécurité juridique. En effet, l'interprétation différente de normes similaires entraînerait une protection inégale des droits fondamentaux. Si on note que la QPC est censée améliorer la protection des droits et libertés, on comprend alors le paradoxe.

Néanmoins, il faut bien noter que le risque de controverses jurisprudentielles entre le Conseil constitutionnel et les Cours européennes existait déjà avant la création de la QPC.

¹ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, n°2004-505 DC, Rec p. 173

² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, Aff. 6-64

³ CC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, n° 2004-498 DC, Rec. p. 122

⁴ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, n°2004-505 DC, Rec p. 173

⁵ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzalez c/ France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96

Lorsqu'il était saisi de la constitutionnalité d'une loi *a priori*, le Conseil risquait aussi de rendre une interprétation contraire à la jurisprudence des Cours de Strasbourg et du Luxembourg.

Cependant, avec la QPC, c'est l'organe même du Conseil constitutionnel qui est substantiellement affecté. Il n'est désormais plus possible de nier le caractère juridictionnel du Conseil lorsqu'il effectue un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le nombre de dispositions législatives déferées au Conseil devrait également fortement augmenter. Le risque de divergences de jurisprudence est donc d'autant plus accru. Ces divergences pourraient également affecter les relations entre les juridictions suprêmes françaises.

2/ Le risque d'asymétrie horizontale des décisions juridictionnelles

Au contraire de l'asymétrie verticale, l'asymétrie horizontale des décisions juridictionnelles concerne les cas où des juridictions de même niveau s'affrontent entre elles. Ces divergences de jurisprudence pourraient provenir essentiellement d'une opposition entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Une telle opposition ne serait pas récente. En effet, les points d'opposition entre les juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire sont nombreux et n'épargnent pas les droits fondamentaux.

Par exemple, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont pu retenir des décisions différentes concernant l'opposabilité de la Convention de New York sur les droits de l'enfant de 1990. Le Conseil d'Etat considérait en effet que certaines dispositions de la convention étaient pourvues d'effet direct¹. Au contraire, la Cour de cassation décidait que cette convention n'avait aucun effet direct, car elle « *ne cré[ai]ent] des obligations qu'à la charge des Etats parties* »².

Une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat pourrait donc également intervenir dans le cadre de la QPC. En effet, les juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire jouent le rôle de filtre dans la procédure de la question prioritaire³. Elles doivent donc décider si la question de constitutionnalité posée par le plaideur doit être renvoyée au Conseil constitutionnel. Il en va donc de l'égalité entre les justiciables que les deux juridictions appliquent le filtre avec la même rigueur et retiennent la même interprétation. Par conséquent, la même question devrait recevoir le même traitement qu'elle soit posée devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou devant une juridiction de l'ordre administratif.

Malheureusement ici encore, la théorie pourrait bien être différente de la pratique. En effet, les conditions posées par la loi organique laissent au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation une marge de manœuvre pour apprécier l'applicabilité de la disposition au litige ou le caractère sérieux de la question.

Or, les Cours suprêmes, plus habituées au contrôle de conventionnalité, pourraient décider de ne pas renvoyer la question au Conseil constitutionnel. On se rappelle ainsi de la méfiance du Conseil d'Etat et de son utilisation abusive de la théorie de l'acte clair face au renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité à la CJUE⁴. Un tel

¹ CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, Rec. p. 610 ; CE Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, Rec. p. 143 ; CE, 22 septembre 1997, *Cinar*, Rec. p. 319 ; CE, 1^{er} avril 1998, *Melle Auble*, Rec. p. 668

² Cass. crim., 18 juin 1997, n°97-82008, Bull. p. 806

³ Cf. *infra*

⁴ CE Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell Berre et autres*, Rec. p. 344

comportement à l'égard de la QPC ne pourra être évité que par un « *dialogue des juges* ». Toutefois, le dialogue ne suffirait pas à éviter toute concurrence entre la QPC et le contrôle de conventionnalité. L'aspect procédural de chaque contrôle pourrait être aussi à l'origine d'une certaine concurrence entre eux.

Section 2 : La concurrence procédurale

Si le miroitement des contrôles pouvait être une source de concurrence entre la QPC et le contrôle de conventionnalité ce serait essentiellement du fait des particularités procédurales de chacun des mécanismes. En effet, bien que les normes de référence des contrôles apparaissent similaires, la procédure de chaque contrôle est quant à elle bien différente. Dès lors, le justiciable pourrait choisir préférentiellement la procédure la plus avantageuse. Il n'est pas possible cependant de déterminer de façon abstraite lequel, entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, serait le plus avantageux. En effet, les deux procédures possèdent des avantages qui, en fonction des attentes du justiciable, les rendront plus ou moins intéressantes. Ainsi, selon les points que l'on retiendra, la QPC peut paraître moins attractive que le contrôle de conventionnalité (A), ou au contraire beaucoup plus efficace (B).

§1 : L'attractivité du contrôle de conventionnalité

Outre le fait que les justiciables soient habitués au contrôle de conventionnalité, ce dernier leur est également beaucoup plus accessible. L'attractivité du contrôle de conventionnalité résulte donc principalement des inconvénients de la QPC. La lourdeur procédurale de la question de constitutionnalité a en effet été largement mise en avant par ses détracteurs (A). La majorité de la doctrine s'accorde également pour regretter l'absence de relevé d'office des moyens d'inconstitutionnalité (B). De plus, la règle de la *priorité*, censée avantager la QPC, pourrait bien au contraire donner au juge de l'inconventionnalité le pouvoir du « *dernier mot* » (C).

A/ La lourdeur procédurale de la QPC

La lourdeur procédurale de la question prioritaire de constitutionnalité résulte principalement du double filtre instauré par la loi organique du 10 décembre 2009 (1). Ce filtrage est de nature à engendrer des frais de procédure supplémentaires (2) et un allongement de la durée de l'instance (3).

1/ Le double « filtre »

Le comité Balladur avait proposé d'instaurer une exception d'inconstitutionnalité. Toutefois, par crainte d'un engorgement du Conseil constitutionnel, c'est une question préjudicielle qui a vu le jour. La question de constitutionnalité posée devant les juridictions

ordinaires devra donc être renvoyée au juge constitutionnel. La loi organique a instauré deux filtres : le premier au niveau des juridictions du fond, le second au niveau de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

Ainsi devant les juridictions du fond, l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit que la juridiction doit transmettre la question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation 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 vertu de l'article 23-4 de la même ordonnance, les deux Cours suprêmes devront à leur tour renvoyer la question au Conseil constitutionnel « dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

Tout d'abord, la disposition législative doit être « *applicable au litige ou à la procédure ou constitue[r] le fondement des poursuites* ». A l'origine, le projet de loi prévoyait que pour que la question soit recevable, la disposition législative devrait commander « *l'issue du litige ou la validité de la procédure* ». L'on peut donc relever un léger assouplissement de la première condition. A ce stade, il ne devrait pas y avoir de difficultés particulières.

Il faut ensuite que la disposition n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution. L'ordonnance précise : « *dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances* ». Cette condition découle de la reconnaissance de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel proclamée à l'article 62 de la Constitution. La QPC ne pourra en aucun cas être un moyen d'obtenir un revirement de jurisprudence. Cela implique que toutes les dispositions législatives qui auront déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, et qui auront été déclarées constitutionnelles dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil, ne pourront plus être réexaminées. Cependant, il faut bien remarquer que le contrôle de constitutionnalité de l'article 61 ne concerne qu'une minorité de loi chaque année. De plus, selon une pratique du Conseil constitutionnel, il est possible qu'une disposition législative ait été déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif d'une décision, sans avoir toutefois été examinée dans les motifs¹. L'inverse est également vrai. Ainsi par exemple dans la décision dite *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie*, le Conseil a pu examiner une disposition dans les motifs de la décision, sans pour autant la reprendre dans le dispositif². Cela peut se produire dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité incident lorsque les dispositions en cause n'appartiennent non pas à la loi déferée au Conseil, mais à une loi antérieure. Enfin, alors même que la disposition a été visée dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil, une QPC pourrait être recevable en cas de « *changement de circonstances* ». A l'occasion de l'examen de la loi organique relative à l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil a précisé qu'il pouvait s'agir de changements « *dans*

¹ CC, 30 juillet 2009, n°2009-587 DC, Rec. à paraître

² CC, 3 mars 2009, n°2009-577 DC, Rec. à paraître

les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »¹.

Concernant la troisième condition, on remarque que les deux filtres sont sensiblement différents. En effet, pour être recevable devant les juridictions du fond, la QPC ne doit pas être « *dépourvue de caractère sérieux* » ; alors que devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, il faut qu'elle « *présente un caractère sérieux* ». La subtilité dans la formulation ne devrait cependant pas conduire à une différence majeure dans l'examen de cette condition. En revanche, au niveau du deuxième filtre, un critère supplémentaire et alternatif a été ajouté. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent également renvoyer au Conseil constitutionnel les questions nouvelles. Cela signifie que le Conseil doit être saisi « *de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application* »². Ainsi, le fait qu'une disposition législative n'ait encore jamais été déférée au Conseil constitutionnel ne fait pas pour autant de la QPC une question nouvelle. Sur ce point, il faut distinguer la deuxième et troisième condition.

Force est de constater que le double filtrage instauré par l'article 61-1 rend la QPC beaucoup moins accessible que le contrôle de conventionnalité. En effet, lorsqu'un moyen d'inconventionnalité est soulevé devant une juridiction ordinaire, il est directement examiné par cette juridiction sans qu'il soit nécessaire de le renvoyer à un autre juge. Ce mécanisme de filtre a par conséquent été largement critiqué par la majorité des membres de la doctrine. Parmi eux, le professeur Paul Cassia déplore de façon très virulente « *un filtre inopportun* », « *inutile et désobligeant pour les juridictions « très » ordinaires* » et qui « *aura également des effets collatéraux déplorables sur le coût de la procédure et sa durée* »³. Bertrand de Lamy considère également que « *ce double filtre est de nature à décourager le justiciable d'invoquer un argument constitutionnel dont la solution reste éloignée, alors qu'il peut demander au même juge d'opérer directement un contrôle de conventionnalité de la loi* »⁴. Se livrant à une étude de droits comparés, Laurence Burgorgue-Larsen remarque quant à elle que dans les pays où un tel filtrage a été instauré, en Allemagne et en Belgique, il a provoqué de vives tensions entre les juridictions, auxquelles la France ne risque pas d'échapper⁵. Si toutefois l'on peut penser comme Astrid Marais que l'instauration de ce mécanisme de filtre permet de garantir la sécurité juridique car il « *met le Conseil constitutionnel à l'abri d'une avalanche de renvois préjudiciels* »⁶, il faut néanmoins admettre que la QPC coûtera plus cher au justiciable que le contrôle de conventionnalité.

¹ CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, spéc. §13, *AJDA*, 2009, p. 2318, note S. BRONDEL ; *RFDA*, 2010, p. 1, note B. GENEVOIS ; *Gaz. Pal.*, n° 344, 10 décembre 2009, p. 4 note D. ROUSSEAU ; *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2010, p. 233 note J. ROUX ; *CCC*, n° 28, Rec. à paraître

² *Ibid.*, spéc. §21

³ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 890

⁴ B. DE LAMY, « Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique », *D.*, 2009, p. 178

⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 795

⁶ A. MARAIS, « L'introduction du contrôle de constitutionnalité a posteriori: une réforme espérée mais une réforme manquée ? », *RDC*, n° 1, 1^{er} janvier 2009, p. 235

2/ Le coût de la QPC

Du fait du mécanisme de filtrage, la QPC fait intervenir au moins deux juridictions différentes, si elle posée pour la première fois devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, sinon trois, lorsque la question est posée devant une juridiction du fond. Or, l'assistance et la représentation devant ces différentes juridictions représentent un coût non négligeable. Il faudra donc ajouter aux honoraires de l'avocat qui aura invoqué la QPC devant le juge du fond, ceux de l'avocat au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation et ceux de l'auxiliaire de justice qui interviendra devant le Conseil constitutionnel. Le coût pourra être moindre dans les procédures dispensées du ministère d'avocat ou lorsque la question sera posée pour la première fois devant une juridiction suprême. Néanmoins, on peut estimer à 5000 euros supplémentaires par justiciable le coût moyen d'une QPC¹.

Afin que cette nouvelle procédure ne soit pas réservée à une minorité de justiciable, un décret du 16 février 2010 a instauré le principe de continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Ce décret prévoit une majoration de l'aide juridictionnelle dans le cadre de la procédure de la QPC.

Toutefois, les justiciables qui ne seront pas éligibles à l'aide juridictionnelle devront supporter personnellement l'ensemble des frais de procédure supplémentaires. En outre, ils pourront être condamnés à supporter les frais d'avocat de la partie « gagnante ». Afin de combattre cette inégalité, le professeur Paul Cassia avait proposé l'instauration d'un mécanisme d' « assistance judiciaire de plein droit, sans condition de ressource, pour l'ensemble des parties, devant les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel »². Cependant, cette proposition n'a pas été retenue. Les justiciables qui n'auront pas les moyens financiers de soulever une QPC pourront néanmoins invoquer le moyen tiré de l'inconventionnalité de la disposition en cause. En effet, le contrôle de conventionnalité n'engendre pas de frais de procédure supplémentaire et peut s'avérer aussi efficace. Ce détail devrait avoir son importance car il n'est pas certain que les plaideurs privilégient une procédure plus coûteuse mais également plus longue.

3/ La durée de la procédure

La QPC est basée sur un mécanisme de question préjudicielle. Cela implique que le juge du fond doit surseoir à statuer en attendant que la juridiction suprême, et le cas échéant le Conseil constitutionnel, rendent leur réponse. Le sursis à statuer a forcément pour conséquence d'allonger les délais de procédure.

Lors de l'élaboration de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, les parlementaires ont donc eu le souci d'encadrer les délais de procédure de la QPC. Il s'agissait en effet d'un point essentiel pour l'attractivité de la procédure. Mais surtout, il s'agissait de répondre aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme, un allongement déraisonnable de la procédure risquant d'aboutir à une condamnation de la France.

¹ D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 75

² Rapport de l'Assemblée nationale n°1898 sur l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, spéc. p. 154 (audition du professeur Paul Cassia).

L'Assemblée nationale avait donc proposé en premier lieu que la question soit transmise au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation « *sans délai* ». Cette condition apparaissant trop stricte, il était ensuite prévu que les juridictions du fond aient deux mois pour transmettre la question. En cas de non respect de ce délai, l'Assemblée nationale proposait que toute partie à l'instance puisse saisir elle-même la juridiction suprême concernée dans un délai d'un mois. Craignant un engorgement de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, le Sénat a cependant supprimé l'exigence du délai de deux mois et la possibilité de saisine directe par les justiciables.

Finalement, l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit que les juridictions du fond doivent statuer « *sans délai* » sur la transmission de la question (article 23-2). Cela signifie en fait qu'elles doivent statuer dans les plus brefs délais. Une fois la question transmise au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, ces derniers ont trois mois pour décider de la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel. Si la question est transmise, les juges de la rue de Montpensier auront également trois mois pour rendre leur décision.

La question qui se pose alors est celle des sanctions du non respect des délais. Dans un premier temps, l'Assemblée nationale avait proposé qu'à l'issue du délai, l'absence de réponse des juridictions suprêmes vaille refus de transmission au Conseil constitutionnel¹. Finalement, c'est la solution inverse qui a été retenue : si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne se sont pas prononcés dans les délais impartis, la question est transmise d'office au Conseil constitutionnel. En revanche, aucune sanction n'est prévue si le juge constitutionnel ne respecte pas le délai de trois mois. On peut également regretter qu'aucun délai fixe n'ait été imposé aux juridictions du fond. L'appréciation du délai raisonnable est alors laissée à chaque juge. Il est à craindre qu'une appréciation différente puisse entraîner des différences flagrantes dans les délais de procédure selon les juridictions.

La loi organique a également prévu un certain nombre d'exceptions permettant aux juridictions de statuer sans attendre la réponse des cours suprêmes et du Conseil constitutionnel. Tel est le cas lorsqu'une personne est privée de liberté ou dans le cadre des procédures d'urgence. De même, le quatrième alinéa de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit que les juges du fond pourront statuer sur certains points « *lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou excessives pour les droits d'une partie* ». De plus, devant les juridictions du fond, le cours de l'instruction n'est pas suspendu. Le juge peut donc prendre « *les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires* » (article 23-3 alinéa 1).

Ces exceptions ne concerneront néanmoins qu'une minorité de litige. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, l'invocation d'une QPC devrait allonger la procédure de plusieurs mois. Le justiciable pressé pourrait donc lui préférer le contrôle de conventionnalité. Puisqu'elle ne peut pas être relevée d'office, la question de constitutionnalité serait alors tout simplement exclue.

B/ L'absence de relevé d'office de la QPC

L'alinéa premier de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi « *ne peut être relevé d'office* ». Ce point avait pourtant été âprement débattu lors de l'élaboration de la loi organique. Ainsi, le procureur

¹ Rapport de l'Assemblée nationale n°892 sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République, 15 mai 2008, spéc. p. 442

général Nadal estimait qu'il devait être reconnu au juge la faculté de soulever d'office une QPC, car il lui semblait difficile « *d'admettre qu'un juge puisse appliquer une loi en la sachant inconstitutionnelle* »¹.

Le terme « *soutenu* » dans l'article 61-1 ne laissait cependant que peu de doute sur le caractère d'ordre public de la QPC. Tirant les conséquences de la volonté du constituant, le Conseil constitutionnel a donc précisé que « *les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »².

L'on peut toutefois se demander, avec le professeur Jean-David Dreyfus, si l'interdiction du relevé d'office n'est pas « *quelque peu contradictoire avec la volonté de réappropriation de la Constitution par les justiciables* »³. En effet, si les parlementaires avaient réellement voulu rendre la QPC plus attractive que le contrôle de conventionnalité, ils auraient dû autoriser le juge à relever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la disposition en cause. Surtout que la Cour de cassation admet de son côté que la violation des droits fondamentaux conventionnels doit être relevée d'office⁴. Même si le Conseil d'Etat adopte une position contraire⁵, cette différence de traitement devant les juridictions judiciaires pèsera fortement en faveur du contrôle de conventionnalité. Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité pourrait également offrir un avantage supplémentaire au contrôle de conventionnalité en laissant au juge ordinaire le pouvoir du « *dernier mot* ».

C/ Le pouvoir du « *dernier mot* » du juge de l'inconventionnalité⁶

La succession des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité offre au juge ordinaire la possibilité de se prononcer en second sur la disposition législative en cause. Cette position lui permettrait donc de contredire le Conseil constitutionnel. Ce pouvoir du « *dernier mot* » peut être perçu comme un avantage pour les justiciables, car il leur offre une chance supplémentaire d'obtenir gain de cause pour le cas où le Conseil constitutionnel les aurait désavoué.

Il faut cependant relativiser ces propos. En effet, ce pouvoir du « *dernier mot* » ne vaut que dans l'ordre interne. Les décisions de la Cour de cassation comme du Conseil d'Etat encourent toujours la censure des juges européens.

Dans l'ordre interne cependant, la succession des contrôles présente surtout un risque majeur de controverses jurisprudentielles entre le Conseil constitutionnel et les juridictions

¹ Rapport de l'Assemblée nationale n°1898 sur l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, spéc. p. 172 (audition du procureur général Nadal)

² CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, spéc. §9

³ Jean David Dreyfus, *De la « question de constitutionnalité »* :

<http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/2009/07/de-la-question-de-constitutionnalit%C3%A9-.html>

⁴ Cass. Soc. 5 juin 2001, Bull. n°209 p. 166 (req. n°98-46422); Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 2006, Bull. n°218 p. 191 (req. n°05-15707)

⁵ CE Sect.11 janvier 1991, *SA Morgane*, Rec. p. 9

⁶ D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 74

ordinaires¹. La *priorité* peut donc s'avérer un élément à double tranchant. Le plus souvent, elle est néanmoins décrite comme un facteur d'efficacité de la QPC.

§2 : L'efficacité de la QPC

Malgré les avantages du contrôle de conventionnalité, les plaideurs pourraient néanmoins être tentés de lui préférer la QPC. Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité apparaît en effet comme un argument supplémentaire au soutien de leurs prétentions qui ne doit pas être négligé. D'ailleurs, cette procédure a notamment été créée pour permettre aux justiciables de se réapproprier la Constitution. Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité se révèle donc comme son meilleur atout (A). De plus, cette procédure qui se trouve entièrement entre les mains des parties (B), permet, au contraire du contrôle de conventionnalité, d'obtenir l'abrogation de la loi (C).

A/ La priorité ou la réaffirmation de la suprématie de la Constitution

Jusqu'à présent, les justiciables pouvaient uniquement contester la conformité d'une loi au regard des droits et libertés conventionnels. Alors même que l'ensemble des juridictions françaises s'accordait sur la valeur supra-conventionnelle de la Constitution², cette dernière ne pouvait toujours pas être invoquée par les citoyens. Il y avait donc là un paradoxe auquel le QPC vient mettre fin.

Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité ne figure cependant pas dans l'article 61-1 de la Constitution. Cette spécificité procédurale a en effet été votée par les parlementaires afin d'assurer à la QPC davantage de compétitivité face au contrôle de conventionnalité. Désormais, le justiciable a donc le choix entre le moyen tiré de l'inconstitutionnalité et celui tiré de l'inconventionnalité de la loi. S'il les invoque tous les deux, le juge doit statuer avant toute chose sur la question de la constitutionnalité. D'un point de vue symbolique le législateur organique a ainsi souhaité réaffirmer la suprématie de la Constitution au sommet de l'ordre juridique français. Il a également voulu faire de la Constitution le texte de référence de protection des droits fondamentaux. On peut donc dire que « *l'exception d'inconstitutionnalité confère à la Constitution et aux droits fondamentaux qu'elle reconnaît une place renouvelée* »³.

Du fait de son caractère prioritaire, la QPC pourrait sérieusement concurrencer le contrôle de conventionnalité, voire même dans certains cas l'évincer. En effet, lorsque les deux moyens sont invoqués simultanément devant la même juridiction, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi doit être examiné en premier. Si la question est transmise au Conseil constitutionnel et que celui-ci prononce l'abrogation de la loi, le contrôle de conventionnalité deviendrait alors inutile. De ce point de vue, il est clair que la QPC est bien plus

¹ Cf. *supra*

² CE Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, RFDA 1998, p. 1081 concl. Maugué, note D. Alland ; RFDA 1999, p. 57, note L. Dubouis, B. Mathieu et M. Verpeaux ; *Europe*, mars 1999, obs. D. Simon, chron. 3 ; Cass Ass. plén. 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, Bull. Ass. Plén. n° 4, p. 7 ; obs. A. Rigaux et D. Simon, *Europe*, août septembre 2000, chron. 8 ; CC 19 novembre 2004, n°2004-505 DC, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173.

³ S. MACAIRE, « L'exception d'inconstitutionnalité : ni gadget, ni révolution », *LPA*, n° 262, 31 décembre 2008, p. 10

efficace que le contrôle de conventionnalité. En effet, une décision d'inconventionnalité ne pourrait pas priver d'objet un contrôle de constitutionnalité. Pour le cas où cet avantage n'aurait pas convaincu le justiciable, ou si le moyen tiré de l'inconventionnalité n'avait pas abouti en première instance, celui-ci pourrait toujours poser une QPC par la suite.

B/ La QPC, une procédure entre les mains des parties

Bien que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi ne puisse pas être relevé d'office, les parties peuvent néanmoins opter pour la QPC à n'importe quel stade de la procédure. De l'introduction de l'instance jusque pendant la phase de délibéré, il est toujours possible de poser une question de constitutionnalité. Un tel moyen peut naturellement être soulevé devant les juridictions de première instance. Mais il peut en outre être soulevé pour la première fois devant les juridictions d'appel et devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. La QPC se distingue donc clairement des exception de procédure *in limine litis* qui doivent être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non recevoir.

Contrairement à la procédure de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, les plaideurs peuvent poser une QPC sans avoir épuisé auparavant les autres voies de recours interne. Les parlementaires ont donc souhaité que la QPC ait un champ d'application le plus large possible afin d'être facilement accessible aux citoyens. De ce point de vue, la question de constitutionnalité est bien plus accessible que le contrôle de conventionnalité. En effet, le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi ne pourrait pas être invoqué pour la première fois devant le Conseil d'Etat, car il revêtirait alors le caractère d'un moyen nouveau irrecevable devant la juridiction suprême. Devant la Cour de cassation, la solution serait un peu différente car celle-ci relève d'office la violation des droits fondamentaux conventionnels¹.

Le fait que la QPC puisse être soulevée à tout moment permet aussi aux justiciables de mettre en place une stratégie et de choisir le moment où il est le plus opportun de soulever la question. Il est fort probable que les plaideurs choisiront d'abord d'invoquer le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi si celui-ci présente de bonne chance de succès. En cas de rejet du moyen, ils opéreraient alors en appel ou en cassation pour la QPC. Cette faculté donnée aux citoyens peut apparaître comme préjudiciable pour la question de constitutionnalité. Cependant, elle peut aussi être considérée comme un atout.

De plus, la question de constitutionnalité peut être soulevée devant presque toutes les juridictions, c'est-à-dire les juridictions de première instance, d'appel et de cassation, y compris les juridictions pénales. On peut noter toutefois une restriction en matière criminelle, car la QPC ne peut pas être soulevée devant la Cour d'assise. Seul un petit nombre de juridictions est exclu de cette procédure. Il s'agit du Tribunal des conflits, de la Haute Cour, des autorités administratives indépendantes et des juridictions arbitrales.

Le fait que la QPC soit entièrement entre les mains des parties devrait donc contribuer à son succès, tout comme ses effets sur la loi contestée.

¹ Cass. Soc. 5 juin 2001, Bull. n°209 p. 166 (req. n°98-46422); Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 2006, Bull. n°218 p. 191 (req. n°05-15707)

C/ L'abrogation de la loi

Il appartenait au législateur organique de déterminer les suites d'une décision de non-conformité à la Constitution. Il aurait alors pu choisir comme en Allemagne ou en Espagne que la loi serait annulée *ab initio*. Les effets passés de la loi auraient alors également été remis en cause. Mais le législateur a préféré prendre modèle sur le système autrichien. Le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution dispose désormais : « *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* ». En cas d'inconstitutionnalité, la disposition législative est donc abrogée. L'annulation ne vaut que pour l'avenir ; les situations passées ne sont pas affectées par la décision. Afin toutefois de conserver l'effet utile de la QPC, la partie qui aura posé la question pourra bénéficier de la solution.

De façon exceptionnelle, il est possible que le juge saisi au principal puisse statuer sans attendre la décision du Conseil constitutionnel. Ce cas est prévu par la loi organique par exemple lorsque le juge doit statuer dans le cadre d'une procédure d'urgence. Le Conseil constitutionnel a toutefois prévu que dans un tel cas, ni la loi organique, ni l'autorité de la chose jugée, « *ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision* »¹. Il est prévu que le juge constitutionnel puisse également moduler l'effet dans le temps de sa décision d'inconstitutionnalité en décidant que l'abrogation prendra effet à « *une date ultérieure fixée par cette décision* ». Ce peut être le cas notamment lorsque l'abrogation risquerait de remettre en cause de façon brutale des situations acquises par un grand nombre de personnes. Il appartient donc au Conseil constitutionnel de concilier la sécurité juridique avec la protection des droits fondamentaux. Cinq mois après l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel a déjà utilisé deux fois cette possibilité de différer dans le temps les effets de sa décision². Sur ce point, il est certain que la QPC présente un net avantage par rapport au contrôle de conventionnalité. En effet, l'abrogation de la loi par le juge constitutionnel a un effet *erga omnes*. Au contraire, la décision d'inconventionnalité prononcée par le juge ordinaire n'a qu'un effet relatif. Le doyen Philippe Blachère remarque même que « *le Conseil dispose potentiellement à l'égard des lois d'une puissance plus forte que la Cour européenne des droits de l'homme* »³.

Toutefois, le justiciable pourrait se satisfaire du contrôle de conventionnalité dans la mesure où si la loi est écartée, il peut gagner son procès. Selon l'expression de Laurence Burgorgue-Larsen, la QPC conviendra donc mieux aux justiciables soucieux « *de participer au toilettage de l'ordre constitutionnel français* » ou « *de voir leur nom intégrer au sein du panthéon des grandes décisions du Conseil constitutionnel* »⁴. On peut donc penser que les associations opteront plus facilement pour la QPC que les particuliers. Il n'en ressort pas moins que cet aspect de la procédure de la QPC représente son plus grand avantage face au contrôle de conventionnalité.

¹ CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, spéc. §18

² Pour une décision de non-conformité partielle : CC, 30 juillet 2010, n°2010-14/22 QPC ; pour une décision de non-conformité totale : CC, 28 mai 2010, n°2010-1 QPC

³ P. BLACHÈRE, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, p. 466

⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 798

Le miroitement des contrôles comme l'ensemble des aspects procéduraux forme une série d'arguments très sérieux en faveur de la thèse de la concurrence entre la QPC et le contrôle de conventionnalité. D'ailleurs, ces arguments ne sont pas tous en faveur du contrôle de conventionnalité. En effet, nous avons vu que la QPC possède de solides avantages qui pourraient détrôner le contrôle opéré par le juge ordinaire. Mais sûrement aurait-il été préférable que le législateur organique retienne un mécanisme moins compliqué à mettre en œuvre pour accéder à la QPC. On peut également regretter que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* soit limité à la protection des droits fondamentaux. La concurrence entre les contrôles ne doit donc pas être négligée. Le temps nous dira certainement si l'on avait raison ou tort de craindre une telle opposition.

Néanmoins, les limites de la QPC restent modestes à côté du progrès que représente cette réforme pour l'Etat de droit. La question de constitutionnalité, combinée au contrôle de conventionnalité, permet en effet de faire avancer la protection des droits fondamentaux. Ainsi, les points d'opposition entre les contrôles peuvent aussi s'avérer être des éléments de complémentarité.

Chapitre 2 : QPC et contrôle de conventionnalité : une complémentarité avérée

Les rapports entre le contrôle de conventionnalité et la QPC pourraient s'avérer difficiles. Les nombreuses raisons sus-évoquées ne doivent cependant pas faire oublier que les deux contrôles peuvent aussi être complémentaires. Tout d'abord, même si leurs champs d'application matérielle sont très proches, l'on ne peut néanmoins pas dire que l'instauration de la question de constitutionnalité est totalement inutile. En effet, bien que les deux contrôles visent tous deux la protection des droits et libertés, leurs normes de références ne sont pas exactement les mêmes. Ainsi, les deux procédures peuvent se compléter afin d'assurer une meilleure protection des droits fondamentaux aux citoyens (Section 1).

Ensuite, bien que l'intervention de plusieurs juridictions différentes représente un inconvénient pour la QPC, elle peut aussi être considérée comme un avantage. La question de constitutionnalité va en effet permettre au Conseil constitutionnel et aux juridictions ordinaires d'être plus à l'écoute l'un de l'autre. Cette nouvelle procédure est donc de nature à améliorer les relations entre les trois ordres juridictionnels français. S'ils veulent éviter les divergences de jurisprudence et assurer la fluidité du mécanisme de la QPC, les différentes juridictions devront inévitablement instaurer un véritable « *dialogue des juges* » (Section 2).

Section 1 : L'amélioration de la protection des droits fondamentaux

La création d'un mécanisme supplémentaire visant à protéger les droits fondamentaux ne peut pas être considérée comme une réforme superflue. Au contraire, la multiplication des contrôles doit être vue comme une avancée de plus vers une protection optimale des droits et

libertés, et ce malgré la redondance des catalogues de droits. La création de la QPC permet donc aux justiciables d'invoquer des droits qui, étant spécifiques au bloc de constitutionnalité, ne pouvaient jusque là pas faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité (§1). Au contraire, concernant les droits et libertés spécifiquement conventionnels, les citoyens peuvent toujours se tourner vers le juge ordinaire pour le contrôle de la conformité des lois aux conventions internationales (§2).

§ 1 : La spécificité des droits constitutionnels

Il serait faux d'affirmer que les catalogues de droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels sont parfaitement identiques. En effet, bien qu'ils soient peu nombreux, certains droits et libertés ne figurent que dans le bloc de constitutionnalité (A). D'autres, bien qu'ils existent également dans les conventions internationales, ne sont pas aussi bien protégés que dans la Constitution (B) ou ne sont tout simplement pas applicables au litige (C).

A. Les droits et libertés exclusivement constitutionnels

Malgré la multitude d'instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux, il est encore possible de trouver dans le bloc de constitutionnalité français quelques droits et libertés qui n'ont pas d'équivalent dans les conventions internationales et européennes.

L'on peut ainsi citer le principe d'indépendance des enseignants chercheurs¹. Ce principe qui découle du droit à la libre communication des pensées et des opinions, garanti par l'article 11 de la DDHC, a été consacré comme un PFRLR par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984. Ainsi, bien que la liberté d'expression soit largement protégée dans les diverses conventions internationales, ce principe, qui est spécifique au personnel enseignant de l'enseignement supérieur, n'est explicité que dans le bloc de constitutionnalité français. Il faut toutefois avouer que la portée de ce principe est limitée car il ne s'adresse qu'à environ 10% de la population, le nombre d'enseignants chercheurs en France s'évaluant à un peu plus de 60 000 selon l'agence pour l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, alors que la population totale est de plus de soixante millions d'habitants. Toutefois, le principe d'indépendance des enseignants chercheurs a déjà fait l'objet de deux questions renvoyées par le Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel concernant la constitutionnalité de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et aux responsabilités des universités².

Le principe de libre administration des collectivités territoriales figurant à l'article 72 de la Constitution peut également être considéré comme un principe exclusivement constitutionnel qui résulte de l'organisation décentralisée du pouvoir exécutif en France.

¹ CC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, n°83-165 DC, Rec. p. 30

² CE, 9 juin 2010, n° 316986 et n°329056, *Daloz Actualité*, 22 juin 2010, note M.C. DE MONTECLER, « Le nouveau statut des enseignants-chercheurs est-il conforme à la Constitution ? »

De même, le principe selon lequel « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* » (article 53 Constitution) peut également être considéré comme étant spécifique à la Constitution française¹.

Pour le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, la QPC permettra également aux justiciables « d'invoquer à l'encontre de la loi une norme telle que le principe d'égalité, qui n'est pas directement consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme »². La Convention en effet ne reconnaît qu'un principe d'interdiction des discriminations (article 14). Mais il faut reconnaître que la nuance entre les deux principes est ténue. De plus, le principe d'égalité, s'il n'est pas présent en tant que tel dans la CEDH, est reconnu en droit communautaire avec une portée encore plus large qu'en droit français³.

Même si les droits propres à la Constitution française sont peu nombreux, le professeur Paul Cassia fait remarquer que la Charte de l'environnement de 2004 pourrait également receler « *des potentialités non-encore explorées* ». Une modification du Préambule de la Constitution suite aux travaux du Comité de réflexion présidé par Simone Veil depuis le 15 avril 2008 pourrait aussi faire naître de nouveaux droits spécifiquement constitutionnels⁴. Le Conseil constitutionnel pourrait aussi dégager lui-même de nouveaux droits, sous la forme « *d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »⁵.

De plus, même lorsqu'un droit ou une liberté constitutionnelle a son pendant dans une convention internationale, le justiciable pourrait avoir intérêt à préférer la QPC lorsque la protection constitutionnelle est plus élevée.

B. La « plus-value constitutionnelle »

La redondance des droits et libertés dans les divers catalogues de droits ne doit pas forcément être vue comme un inconvénient pour la QPC. En effet, l'utilisation de termes et de formulations différentes recouvrent souvent une différence de degré dans la protection du droit concerné.

Ainsi, prenant l'exemple du droit au juge, le professeur Laurence Burgorgue-Larsen, aboutit à la conclusion que « *la protection offerte par le texte conventionnel est a priori en-deçà du texte constitutionnel* »⁶. L'article 6§1 de la CEDH qui proclame le droit au juge semble en effet limiter ce droit aux contestations portant sur les droits et obligations de caractère civil et sur les accusations en matière pénale. Au contraire l'article 16 de la DDHC retient une formulation très large, de laquelle il est possible de déduire un droit général au juge. L'auteure rappelle cependant que la jurisprudence européenne est en constante évolution car elle est très ouverte sur

¹ D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 73

² Intervention de M. Jean-Marc SAUVE, Vice-président du Conseil d'Etat, auditionné par le rapporteur le 5 mai 2008, in Rapport de l'Assemblée nationale n°892 sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République, 15 mai 2008

³ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 883

⁴ *Loc. cit.*

⁵ CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, Rec. p. 88

⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 792

les instruments nationaux. Un changement de jurisprudence vers plus de souplesse n'est donc pas à exclure. La « *plus-value constitutionnelle* » est par conséquent fragile. Cependant, l'avantage peut également être donné à la Constitution en cas d'inapplicabilité des conventions internationales.

C. L'inapplicabilité des droits fondamentaux conventionnels

Jusqu'à présent, quand un droit ou liberté conventionnelle était inapplicable au litige, le justiciable ne pouvait pas se prévaloir de son équivalent constitutionnel. Il en résultait indéniablement un amoindrissement de la protection des droits fondamentaux.

Désormais, alors même qu'une convention internationale serait inapplicable, par exemple en cas de défaut d'un élément d'extranéité ou de ratification par la France, le citoyen peut poser une question de constitutionnalité.

Cela ne vaut cependant que lorsqu'il existe un droit constitutionnel équivalent au droit conventionnel inapplicable. Par exemple, dans l'affaire *Boamar* du Conseil d'Etat du 7 février 2008, le requérant avait été confronté à un tel problème¹. Il invoquait le principe d'égalité contenu dans la CEDH comme étant contraire aux dispositions de la loi de finance rectificative pour 2002. Le Conseil d'Etat a considéré que la Convention était inapplicable en l'espèce. Relevant que le principe d'égalité figurait également dans la Constitution, le Conseil s'est néanmoins déclaré incompétent pour « apprécier la conformité de dispositions législatives au principe constitutionnel d'égalité ». Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, lorsqu'un tel cas se présente, le Conseil d'Etat ne peut toujours pas opérer lui-même le contrôle de constitutionnalité, mais il peut renvoyer la question au Conseil constitutionnel. De ce point de vue, la QPC s'analyse donc comme une réforme extrêmement intéressante pour les plaideurs.

Bien que les avantages de la constitutionnalité soient nombreux, le contrôle de conventionnalité ne perdra pas de son intérêt. Il sera même privilégié à chaque fois que la spécificité proviendra des droits conventionnels.

§ 2 : La spécificité des droits conventionnels

La nouvelle procédure de question prioritaire représente une avancée non négligeable pour l'Etat de droit, mais il ne faut pas oublier qu'elle n'est pas forcément applicable à tous les litiges. Notamment, lorsque le droit ou la liberté invoquée a une origine exclusivement conventionnelle, le justiciable n'a pas d'autres choix que se tourner vers le contrôle de conventionnalité (A). Ensuite, lorsque le droit conventionnel est mieux protégé, il est préférable de choisir le contrôle de conventionnalité (B).

¹ CE Sect. 7 février 2008, *Broamar*, Rec. p. 29

A/ Les droits et libertés exclusivement conventionnels

Les droits et libertés conventionnels sont bien plus nombreux et bien plus diversifiés que les droits constitutionnels. La plupart des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux sont de plus très spécialisés. C'est-à-dire qu'ils s'appliquent à une catégorie de justiciable en particulier comme, par exemple, les enfants, les femmes, les personnes handicapées, les travailleurs, etc. Il en résulte une hyper spécialisation des droits et libertés. Au contraire, les textes constitutionnels sont plus généraux. La déclaration de 1789, par exemple, s'adresse à l'ensemble des citoyens. Les justiciables pourraient donc préférer se référer au texte qui les concerne personnellement.

De plus, certains droits fondamentaux ne sont reconnus que par les textes ou la jurisprudence européenne et internationale. Tel est le cas par exemple du droit à une bonne administration proclamé à l'article 41§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Ce droit doit être distingué du droit à une bonne administration de la justice qui est en France un objectif à valeur constitutionnelle. En effet, l'article 41 de la Charte semble viser toutes les administrations de l'Etat sans distinction. Or, le droit à une bonne administration ne figure pas dans la Constitution.

Il en est de même, concernant l'obligation de motivation des arrêts de cours d'assises. Ce droit qui découle de l'article 6§1 de la CEDH a été proclamé par la Cour européenne notamment dans un arrêt du 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*. Mais il n'existe aucun équivalent constitutionnel.

Il serait possible de citer encore d'autres exemples. Cependant, le plus souvent, l'intérêt d'invoquer la norme internationale ou européenne plutôt que le texte constitutionnel provient de la « *plus-value constitutionnelle* ».

B/ La « plus-value conventionnelle »

L'utilisation d'un même terme dans les textes conventionnels et constitutionnels ne signifie pas pour autant que les droits protégés soient identiques. En effet, une même expression peut parfois recouvrir des sens différents selon l'interprétation de la juridiction.

Ainsi, à propos de l'application du principe *non bis in idem*, le droit français considère que ce principe fait obstacle à ce qu'une personne soit jugée deux fois pour la même infraction. Cependant, pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce principe a une portée beaucoup plus vaste. Dans un arrêt de grande chambre du 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, la Cour a en effet décidé que le principe *non bis in idem* s'appliquait aux mêmes faits et non aux mêmes infractions. La solution est donc plus avantageuse pour les individus.

De même, concernant les droits de la défense et plus précisément la présence de l'avocat durant la garde à vue, la Cour européenne et la Cour de cassation ont des positions opposées. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'absence de l'avocat durant la garde à vue et notamment lors des interrogatoires de police porte irrémédiablement atteinte aux droits de la défense¹. En France, au contraire, même si la loi précise que « *dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat* », l'entretien ne dure en réalité que trente

¹ CEDH, 27 novembre 2008, *SALDUZ c/ Turquie*, n° 36391/02

minutes et l'avocat ne peut ni assister aux interrogatoires, ni avoir accès au dossier. Ce n'est qu'en cas de prolongation de la garde à vue que le prévenu pourra s'entretenir à nouveau avec son avocat. La jurisprudence européenne est donc bien plus protectrice que le droit français.

Avec la création de la QPC, les justiciables disposent désormais de deux moyens pour faire face à toutes les situations. Quelle que soit la violation en cause, il devrait donc être possible de trouver un texte et un contrôle qui s'applique. Néanmoins, l'idéal serait, qu'au terme d'un dialogue des juges, la juridiction la moins protectrice s'aligne sur la plus protectrice et garantisse ainsi un standard de protection à tous les citoyens en France comme en Europe.

Section 2 : L'instauration d'un dialogue des juges

Nous l'avons vu, la procédure de la question de constitutionnalité fait intervenir tous les ordres juridictionnels français et intéresse potentiellement les juridictions européennes. Les relations entre ces différentes juridictions devraient s'articuler autour du caractère prioritaire de la question. En effet, la *priorité* ne doit pas être perçue uniquement comme un élément de concurrence entre les deux procédures ou un moyen d'instaurer la suprématie de la Constitution sur les normes internationales. Certains auteurs défendent la thèse selon laquelle, la *priorité* ne serait qu'une simple règle d'examen procédural (§1) dont le respect nécessitera une réelle coopération juridictionnelle (§2).

§ 1 : La priorité : une règle d'examen procédural

La *priorité* est sans aucun doute l'aspect procédural le plus important de cette réforme. Le Conseil constitutionnel lui a d'ailleurs réservé deux considérants (n°14 et 22) lors de l'examen de la loi organique relative à l'article 61-1 de la Constitution. Il y précise bien 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 ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne* »¹. La *priorité* permet donc de déterminer l'ordre de succession du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, et par conséquent, l'ordre d'intervention des différentes juridictions.

Le Conseil constitutionnel l'a encore rappelé dans sa décision du 12 mai 2010², la *priorité* n'est qu'une règle d'articulation des contrôles pour le cas où les plaideurs invoqueraient simultanément le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la disposition législative, et celui tiré de son inconstitutionnalité. Dans ce cas effectivement, la question de constitutionnalité devra être traitée en premier. Cela n'empêche nullement la juridiction ordinaire de procéder à un contrôle de conventionnalité après la décision du Conseil constitutionnel. En effet, il résulte de la

¹ CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, spéc. §14

² CC, 12 mai 2010, n° 2010-205 DC, LPA, n°108, 1^{er} juin 2010, p. 8, note F. CHALTIEL ; *Gaz. Pal.*, n°147, 27 mai 2010, p. 3, note C. KLEITZ ; *Dalloz Actualité*, 19 mai 2010, note S. LAVRIC ; *D.*, 2010, p. 1321, note A. LEVADE ; *Gaz. Pal.*, n°147, 27 mai 2010, p. 8, note D. ROUSSEAU

jurisprudence *IVG* qu'une loi contraire à la Constitution n'est pas forcément contraire aux conventions internationales¹. Il est vrai cependant que si le Conseil abroge la disposition législative en cause, le contrôle de conventionnalité n'aurait plus d'objet. Mais en cas de décision de conformité constitutionnelle, une décision de conformité conventionnelle viendrait considérablement renforcer la loi, laquelle apparaîtrait alors indiscutable aux yeux de tous.

Au contraire de ce que l'on peut craindre, la règle de la *priorité* permet donc de rendre les deux contrôles complémentaires plutôt que concurrents. La combinaison des contrôles permet soit de renforcer la protection des droits fondamentaux en abrogeant ou en écartant la loi, soit de renforcer le brevet de conformité de la loi en constatant l'absence de violation des droits fondamentaux.

Les plaideurs ont d'ailleurs tout intérêt à invoquer les deux moyens au soutien de leurs prétentions. Nous pouvons constater que cinq mois après l'entrée en vigueur de la QPC, sur les 89 décisions rendues par le Conseil d'Etat en la matière, les deux moyens n'avaient été invoqués que dans 7% des affaires environ². Cela représente une faible proportion, mais il faut également tenir compte des affaires dans lesquelles le moyen tiré de l'inconventionnalité n'était pas invocable. Ce chiffre démontre également que les plaideurs se sont très vite approprié la nouvelle question prioritaire, car dans les 93% des affaires restantes l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause était le principal voire l'unique moyen invoqué. Ces chiffres bien entendu seront amenés à changer et ne sont pas très significatifs des relations entre la QPC et le contrôle de conventionnalité. Mais ils dégagent une première tendance et démontrent l'engouement des parties et de leurs conseils pour la question de constitutionnalité.

La saisine du Conseil constitutionnel pourrait également s'avérer être une alternative efficace à la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme et ainsi désengorger la Cour qui est assaillie chaque année de nombreuses demandes à l'encontre de la France.

La seule crainte réside dans de possibles divergences de jurisprudence qui ne pourront être évitées que par l'instauration d'un « *dialogue des juges* ».

§ 2 : La QPC : une procédure de coopération juridictionnelle

Dans les nombreux écrits qui ont été réalisés sur la QPC avant et après son entrée en vigueur, beaucoup d'auteurs ont craint que les justiciables se désintéressent de la question de constitutionnalité à cause de ses nombreux inconvénients. Il s'avère cependant que les inconvénients de la QPC sont à la hauteur de ses avantages. Le succès de la QPC dépend donc davantage des juridictions elles-mêmes.

Lors de la présentation de la nouvelle procédure de question de constitutionnalité en 2009, le Secrétaire d'Etat à la justice avait lui-même indiqué qu' « *il n' [était] pas question de faire du Conseil constitutionnel « une super cour suprême » et que « la question de constitutionnalité impliqu[ait] une coopération des juridictions nationales dans le respect de la compétence et de la spécialité de chacune d'entre elles »*³. Or, le respect de chaque juridiction ne signifie pas l'ignorance.

¹ CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, n° 75-74 DC, Rec. p. 19

² Chiffres élaborés par nos soins à partir de l'étude des décisions QPC du Conseil d'Etat sur le site <http://www.conseil-etat.fr> (chiffres arrêtés au 12 août 2010)

³ JO Sénat, 13 octobre 2009, p. 8559

Les risques de controverse jurisprudentielle qui viendraient ternir l'image de la QPC ne pourront donc être évités que par une solide coopération juridictionnelle. Cette coopération devra intervenir à tous les niveaux.

Tout d'abord, les juridictions du fond, comme les juridictions suprêmes, devront s'entendre sur l'application des critères de filtrage instaurés par la loi organique.

Ensuite, le Conseil constitutionnel devra instaurer un dialogue perpétuel avec les juridictions ordinaires afin que les contrôles de constitutionnalité et d'inconventionnalité n'aboutissent pas à des décisions contradictoires. Le renforcement du mouvement de dialogue entre les juridictions pourrait même permettre d'abolir certaines divergences qui opposent aujourd'hui le Conseil d'Etat à la Cour de cassation. Sans doute permettra-t-il aussi une meilleure reconnaissance de la jurisprudence constitutionnelle par les juges ordinaires. La QPC va également permettre de reconnaître officiellement aux juridictions ordinaires un rôle dans le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, l'aboutissement d'une décision de non-conformité de la loi à la Constitution sera le fruit d'un travail de collaboration entre les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel. Pour le moment, les premières décisions du Conseil d'Etat « *traduisent la volonté de coopérer loyalement avec le Conseil constitutionnel* »¹. On est donc bien loin de l'hostilité qui avait accueilli la question préjudicielle devant la CJUE.

Enfin, le Conseil constitutionnel devra veiller à prendre en compte la jurisprudence de la CJUE et de la Cour européenne des droits de l'homme pour éviter les positions opposées et les éventuelles condamnations de la France. Actuellement en cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'une norme communautaire, il est possible aux juridictions nationales de poser une question préjudicielle à la CJUE. Rien n'indique pour l'instant que le Conseil constitutionnel accepterait de faire usage d'un tel mécanisme, mais il serait sûrement recevable à le faire. On peut d'ailleurs regretter qu'une procédure similaire n'existe pas devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cela permettrait sans doute de réduire les contradictions entre la jurisprudence de la Cour et celle des juridictions nationales et par conséquent le nombre des condamnations. On peut donc dans un élan d'optimisme espérer qu'un dialogue officiel s'installe un jour entre ces différentes juridictions. Dans l'attente, « *un dialogue sans parole* » pourrait néanmoins suffire à éviter les divergences.

Lorsqu'on fait le tour de tous les éléments de rapprochement et d'opposition de la question de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, on est frappé par le nombre de critères qui penchent en défaveur de la QPC. Il est également bien plus facile de trouver des arguments pour défendre la thèse de la concurrence que celle de la complémentarité. Mais aussi nombreux soient-ils, ces arguments ne sont, pour la plupart, que de simples risques évoqués. Même si le miroitement des contrôles est réel, les divergences de jurisprudence ne sont pas avérées (du moins pas encore). De même, la concurrence procédurale, bien qu'elle repose sur des arguments sérieux, n'est encore qu'une hypothèse. Un peu plus de cinq mois après l'entrée en vigueur de la QPC, il n'est pas encore possible de dire si tous ces risques vont se réaliser. Pour l'instant, la concurrence entre les contrôles reste redoutée, mais n'est pas encore redoutable.

En revanche, même si les arguments en faveur de la complémentarité des procédures sont peu nombreux, ils sont bien plus solides. Il est en effet difficile de nier que la création de la QPC améliore inévitablement la protection des droits et libertés fondamentaux. Bien qu'il soit plus facile de critiquer l'instauration d'un dialogue des juges, les chiffres permettent de dire que les

¹ CE, 14 avril 2010, n° 323830, n° 336753, n° 329290, n° 320667 et a., n° 336270, *AJDA*, 2010, p. 756, note S. BRONDEL ; *JCP A*, n° 17, 26 avril 2010, act. 331, note B. MATHIEU

débuts sont prometteurs. En effet, dès son entrée en vigueur, la QPC a bénéficié d'un vif succès auprès des plaideurs. La première question de constitutionnalité a été posée le 1^{er} mars devant la chambre criminelle de la Cour de cassation¹, soit le jour même de son entrée en vigueur ; c'est dire comment elle était attendue. Depuis, la Cour de cassation a enregistré 238 questions au total, dont 84 provenant des juridictions du fond². De son côté le Conseil d'Etat a enregistré 143 QPC³. Quant au Conseil constitutionnel, il a pour l'instant été saisi de 44 affaires, dont la moitié a déjà fait l'objet d'une décision⁴. Les craintes concernant une éventuelle opposition des juridictions ordinaires, et notamment du Conseil d'Etat, s'envolent donc peu à peu. Au regard de ces premiers chiffres, il est donc possible de dire que la complémentarité des contrôles est avérée. Toutefois, dans le domaine du droit de l'UE une difficulté subsiste concernant la cohabitation de la QPC avec le renvoi préjudiciel.

Partie 2 : La cohabitation potentiellement conflictuelle de la QPC et du renvoi préjudiciel

Le contrôle de conventionnalité est défini de manière générale comme le contrôle de la conformité du droit national aux normes internationales. Parmi les normes internationales, certaines doivent cependant faire l'objet d'une attention toute particulière. En effet, les traités européens ont une place privilégiée car « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* »⁵. Aussi, le contrôle de conventionnalité qui a pour objet l'examen de la conformité des lois au droit de l'UE doit être distingué du contrôle de conventionnalité classique. Par conséquent, les relations entre la QPC et le contrôle de l'« *européanité* » ne sont pas tout à fait les mêmes que celles que nous avons pu étudier dans la partie précédente. Les problèmes d'articulation entre les procédures se posent également en des termes différents.

En effet, le problème majeur qui se pose concernant le droit de l'UE concerne la cohabitation de la QPC avec la question préjudicielle en interprétation et en appréciation de validité devant la CJUE. Cette problématique est en lien direct avec le contrôle de conventionnalité, car c'est notamment dans le cadre de celui-ci que les juridictions ordinaires peuvent poser des questions préjudicielles à la Cour de justice. Or, la QPC et le renvoi à la CJUE, qui sont tous deux basés sur un mécanisme de question préjudicielle, sont potentiellement concurrents.

Avec l'arrivée de la question prioritaire il était donc légitime de se demander si les juridictions ordinaires allaient conserver leur faculté (ou leur obligation) de renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

¹ Cass. crim., 2 mars 2010 et 19 mars 2010, n° 09-81.027, *Dalloz Actualité*, 25 mars 2010, note S. LAVRIC

² Cf. Tableau statistique sur les QPC soumises à la Cour de cassation (chiffres arrêtés au 11 juin 2010), sur le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

³ Cf. Tableau des QPC portant sur des dispositions législatives codifiées et non codifiées (chiffres arrêtés au 11 juin 2010), sur le site du conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr>

⁴ Cf. Tableau des affaires en instance de la QPC et liste des décisions QPC (chiffres arrêtés au 11 juin 2010), sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁵ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L, Aff. 6-64

Bien que le législateur organique ait eu conscience de cette difficulté, il ne devait cependant pas se douter que la question de l'incompatibilité des procédures serait soulevée directement par la Cour de cassation (Chapitre 1). Heureusement, malgré les forts soupçons d'incompatibilité, cette dernière a pu être évitée (Chapitre 2).

Chapitre 1 : QPC et renvoi préjudiciel : une incompatibilité soulevée

Le problème de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union n'est pas une question si incongrue. En effet, ce problème avait déjà été envisagé par l'Assemblée nationale lors de l'élaboration de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Il était prévu à l'origine que les juges se prononcent prioritairement sur la QPC « *sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution en matière de droit communautaire* »¹. Cela démontre bien que les parlementaires étaient conscients du problème que pouvait représenter l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution. Par la suite, la référence à l'article 88-1 a disparu, mais le problème de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'UE a néanmoins subsisté et la Cour de cassation a été la première à oser poser la question.

Reprenant à son compte le raisonnement du Conseil constitutionnel concernant la constitutionnalisation de l'obligation de transposition des directives communautaires², la Cour en a déduit, qu'en matière de droit européen, le contrôle de conventionnalité se confondait avec le contrôle de constitutionnalité (Section 1). Forte de ce constat, elle a donc interrogé la CJUE sur une éventuelle incompatibilité entre la QPC et le droit de l'UE (Section 2).

Section 1 : La fusion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

Dans son désormais célèbre arrêt du 16 avril 2010³, la Cour de cassation commence par considérer qu'en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, les traités communautaires font partie intégrante du bloc de constitutionnalité (§1). Elle en déduit alors que le contrôle de conformité des lois aux traités de l'UE s'apparente à un contrôle de constitutionnalité. Dans ces conditions,

¹ Rapport de l'Assemblée nationale n°1599 du 8 avril 2009 sur la présentation du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

² CC, 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Rec. p. 101 ; *RFDA* 2004. p. 651, note B. Genevois ; *AJDA* 2004. p. 1534, note J. Arrighi de Casanova, M. Gautier et F. Melleray, chron. M. Verpeaux et P. Cassia ; *AJDA* 2004. p. 1937, note D. Chamussy ; *D.* 2005. Jur. 199, note S. Mouton

³ Cass. QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.001, *LPA*, n°104, 26 mai 2010, p. 4, note J. Biancarelli et G. Barraud ; *D.*, 2010, p. 1234 note P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; *LPA*, n°105, 27 mai 2010, p. 6 note F. Chaltiel ; *RFDA*, 2010, p. 445, note M. Domingo ; *D.*, 2010, p. 1229 note P. Fombeur ; *RFDA*, 2010, p. 449, note M. Gautier ; *D.*, 2010, p. 1254, note A. Levade ; *AJDA*, 2010, p. 1023, note P. Manin ; *JCP A*, n° 19, 10 mai 2010, p. 2162, note S. Platon ; *D.*, 2010, p. 1079 ; *D.*, 2010, p. 1137, note F. Rome ; *Gaz. Pal.*, n°138, 18 mai 2010, p. 13, note D. Rousseau

la fusion des contrôles s'opère et le contrôle de conventionnalité disparaît, englobé dans le contrôle de constitutionnalité (§2).

§1 : La constitutionnalisation du droit de l'UE

La valeur hiérarchique des traités internationaux est régie par l'article 55 de la Constitution. Celui-ci prévoit que les traités ont une valeur supra-législative. Mais leur valeur reste néanmoins inférieure à celle de la Constitution. Cependant, jusqu'à présent un doute pouvait subsister sur la valeur des traités européens. En effet, depuis sa décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel considère qu'une obligation de transposition des directives découle de l'article 88-1 de la Constitution. Or, cet article ne contient pas expressément une telle obligation et ne fait même pas référence aux directives. L'article 88-1 dispose simplement que « *la République participe à l'Union européenne* » et précise que la France s'est engagée à respecter le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité de Lisbonne. Par le biais de cet article, le Conseil constitutionnel a donc constitutionnalisé une obligation qui ne figurait à l'origine que dans les traités européens. Il était donc légitime de se demander si cette constitutionnalisation pouvait s'appliquer à l'ensemble des obligations communautaires ou si elle était limitée à l'obligation de transposition des directives.

Tout d'abord, il faut remarquer que l'article 88-1 fait référence à l'ensemble du TUE et du traité de Lisbonne sans exception. Ensuite, cette interprétation extensive de la jurisprudence du Conseil constitutionnel était déjà plébiscitée par une partie de la doctrine¹. Par comparaison à la DDHC, à la Charte de l'environnement ou à l'accord de Nouméa, il était en effet possible de déduire que tout texte cité par la Constitution avait *de facto* une valeur constitutionnelle. Suivant cette logique, la mention du TUE et du traité de Lisbonne à l'article 88-1 aurait donc dû leur conférer une valeur égale à celle de la Constitution.

Cette interprétation a été reprise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Melki et Abdeli* du 16 avril 2010. En l'espèce, MM. Melki et Abdeli, ressortissants algériens en situation irrégulière en France, avaient été contrôlés par la police, en application de l'article 78-2 du code de procédure pénale, dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière. Puis, le 23 mars 2010, un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière avait été pris à leur encontre. Les deux hommes avaient également fait l'objet d'une décision de maintien en rétention administrative. Devant le juge des libertés et de la détention, l'avocat de MM. Melki et Abdeli a contesté la régularité de leur interpellation et a posé une question prioritaire sur la constitutionnalité de l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale sur la base duquel ses clients avaient été contrôlés et interpellés.

Examinant la recevabilité de la question, la Cour de cassation a relevé que la disposition législative en cause était applicable au litige. Elle a également décidé que malgré la décision du Conseil constitutionnel de 1993, la question présentait un caractère nouveau car depuis, la France avait signé le traité de Lisbonne. Dès lors, la question présentait un caractère sérieux et devait normalement être renvoyée au Conseil constitutionnel.

Cependant, pour retenir que la disposition du code pénal contestée était potentiellement contraire à la Constitution et ainsi juger la QPC recevable, la Cour de cassation s'est basée sur le

¹ P. CASSIA, E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la primauté du droit communautaire : nouvelles variations sur la hiérarchie des normes », *RDJ*, 2000, p. 305 ; E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *RFDA*, 1993, p. 47

raisonnement pour le moins original de l'avocat des demandeurs. A l'origine, celui-ci soutenait que l'article 78-2 du code procédure pénale était contraire au Traité sur le Fonctionnement de l'UE. Ce n'est que par le biais d'un moyen habile basé sur l'article 88-1 de la Constitution qu'il aboutissait à une contrariété avec la Constitution.

Celui-ci retenait l'argumentation suivante :

« Les engagements résultant du traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution, et que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures », par conséquent « l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution »¹.

La Cour de cassation s'est donc montrée sensible à cette interprétation de l'article 88-1 de la Constitution en faveur de la constitutionnalisation du droit de l'UE. Pour les professeurs Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier-Cassia ce raisonnement « *n'a rien de choquant* »². Ils considèrent en effet que la plupart des traités européens ont déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur la base de l'article 54 de la Constitution et qu'ainsi il ne devrait pas y avoir de contrariété entre ces traités et le bloc de constitutionnalité.

De plus, le raisonnement de la Cour de cassation ne porte pas atteinte à la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique. En effet, dans son arrêt du 16 avril 2010, la Cour ne revient pas sur son arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000³ car, contrairement à la CJUE, elle ne considère pas que les traités européens aient une valeur supra-constitutionnelle. Néanmoins, elle les place au même niveau que la Constitution.

Si le raisonnement ambitieux de la Cour de cassation peut recevoir un avis positif, ses conséquences sont néanmoins importantes sur l'existence du contrôle de conventionnalité.

§2 : La fin du contrôle de conventionnalité ?

Si l'on retient que le droit européen a valeur constitutionnelle, cela signifie également que le contrôle de compatibilité de la loi au droit de l'UE s'apparente à un contrôle de constitutionnalité. Dès lors, ce contrôle ne peut plus être exercé par le juge ordinaire mais ressort exclusivement de la compétence du Conseil constitutionnel.

C'est exactement le raisonnement qu'a retenu la Cour de cassation dans l'affaire *Melki et Abdeli* puisqu'elle a décidé que si une QPC était renvoyée au Conseil constitutionnel, il lui appartiendrait de se prononcer sur la compatibilité de la disposition législative aux traités

¹ Cass. QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.002, *LPA*, n°104, 26 mai 2010, p. 4, note J. Biancarelli et G. Barraud ; *D.*, 2010, p. 1234, note P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; *LPA*, n°105, 27 mai 2010, p. 6, note F. Chaltiel ; *RFDA*, 2010, p. 445, note M. Domingo ; *D.*, 2010, p. 1229, note P. Fombeur ; *RFDA*, 2010, p. 449, note M. Gautier ; *D.*, 2010, p. 1254, note A. Levade ; *AJDA*, 2010, p. 1023, note P. Manin ; *JCP A*, n° 19, 10 mai 2010, p. 2162, note S. Platon ; *D.*, 2010, p. 1079 ; *D.*, 2010, p. 1137, note F. Rome ; *Gaz. Pal.*, n°138, 18 mai 2010, p. 13, note D. Rousseau

² P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 1237

³ Cass. Ass. plén. 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, Bull. Ass. Plén. n° 4, p. 7, *Europe*, août septembre 2000, chron. 8 obs. A. Rigaux et D. Simon

européens. Cette solution est logique si l'on considère que le droit communautaire a valeur constitutionnelle, mais elle est cependant critiquable.

En effet, ce raisonnement crée une distorsion entre le contrôle de compatibilité des lois aux traités internationaux classiques et le contrôle de compatibilité des lois aux traités européens. Le premier serait toujours dévolu aux juges ordinaires tandis que le second disparaîtrait englobé dans le contrôle de constitutionnalité. Il n'est pas certain qu'une telle différence soit opportune. Elle créerait des complications inutiles et ferait intervenir des juridictions différentes pour un contrôle qui était jusque là unitaire. Or, la division n'est presque jamais un gage de sécurité juridique.

Dans ces conditions, ne vaudrait-il pas mieux admettre la constitutionnalisation de l'ensemble des traités internationaux signés ou ratifiés par la France ? La solution a en effet été maintes fois mise en avant par certains membres de la doctrine. Ainsi dès 1974, le professeur Luchaire considérait que la combinaison de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 55 de la Constitution permettait de faire entrer le droit international « *dans la supralégalité que le Conseil constitutionnel pourrait être amené à faire appliquer* »¹.

Outre le fondement de l'article 55, celui de l'article 88-1 de la Constitution a également eu beaucoup de succès². La question déjà très controversée est d'autant plus d'actualité aujourd'hui avec l'arrêt de la Cour de cassation *Melki et Abdeli*. Les partisans de la thèse de l'intégration du droit international dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ont vu dans cet arrêt la consécration de leur raisonnement.

Cette théorie a pour avantage de mettre fin à la jurisprudence *IVG* en unifiant les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. De plus, on pourrait penser que le fait de constitutionnaliser le droit communautaire serait une avancée vers la jurisprudence *Costa c/ ENEL* de la CJUE. Mais les opposants à l'intégration du droit communautaire dans le bloc de constitutionnalité continuent de s'appuyer sur la différence des normes et des contrôles, ainsi que sur la compétence d'attribution du Conseil constitutionnel, pour réfuter la possibilité d'une telle fusion³.

En outre, avec l'avènement de la question prioritaire, cette constitutionnalisation pourrait bien avoir des conséquences jusque là insoupçonnées. En effet, la Cour de cassation a constaté que si le Conseil constitutionnel opérait un contrôle de compatibilité de la loi aux traités européens, une déclaration de conformité serait revêtue de l'autorité absolue de chose jugée en vertu de l'article 62 de la Constitution. La Cour en a déduit que dans ce cas, même après que la QPC ait été tranchée par le Conseil, le juge ordinaire ne pourrait plus poser une question préjudicielle à la CJUE. Il ne lui serait pas possible non plus de poser une question à la Cour de justice avant de renvoyer la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, cette dernière ayant un caractère prioritaire.

Or, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice il était possible de penser qu'une telle interdiction porterait atteinte aux principes de droit communautaire. En effet, l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 234 TCE) dispose que les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours doivent

¹ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 571

² CC, 21 décembre 1999, n°99-422 DC, Rec. p. 143 ; CC, 29 décembre 1999, n°99-425 DC, Rec. p. 168 *RFDA*, 2000 p. 299, note B. Mathieu

³ E. BRUCE, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC*, 2005/3, n°63, p. 544-552

renvoyer une question à la CJUE dès lors qu'elles ont un doute sur l'interprétation ou la validité du droit européen. Dès lors, comment concilier cette obligation avec celle du renvoi prioritaire de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ?

C'est ainsi, alors qu'elle avait jugé la QPC posée par l'avocat de MM. Melki et Abdeli recevable et avant même de la renvoyer au Conseil constitutionnel, que la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la CJUE afin de savoir si la QPC était compatible avec le droit de l'UE.

Ce renvoi a été vivement critiqué. La majorité des auteurs a ainsi dénoncé la « *méfiance* » de la Cour de cassation¹ et un arrêt risquant de « *vider de sa substance la QPC* »² ou de « *flingue[r] d'entrée de jeu le caractère prioritaire de la QPC* »³. Le professeur Anne Levade en a même déduit que la Cour de cassation cherchait le conflit⁴. En marge de l'opinion majoritaire, les professeurs Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier-Cassia ont néanmoins considéré que ce renvoi était justifié car « *la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne posée par l'arrêt du 16 avril 2010 a[vait] nécessairement pour effet de condamner la règle de priorité d'examen posée par le législateur organique* »⁵. La doctrine était donc divisée sur le point de savoir si le caractère prioritaire de la QPC constituait ou non une violation du droit européen.

Section 2 : L'atteinte aux principes européens ?

Le sort réservé à l'article 88-1 de la Constitution dans le projet de loi organique laissait déjà présager une éventuelle contrariété entre le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité et le droit de l'UE. La Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril a précisé qu'un éventuel problème concernerait plus particulièrement l'articulation de la QPC avec le renvoi préjudiciel à la CJUE. En effet, en dépit de l'autonomie procédurale qui permet aux Etats membres de déterminer les juridictions et les voies de recours propres à assurer la protection des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, les Etats doivent également respecter un certain nombre de principes issus du droit européen. Il convient cependant de déterminer les raisons et les normes européennes qui pourraient laisser penser que les deux procédures seraient incompatibles. Ce point a largement été explicité par les professeurs Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier-Cassia, principaux partisans de cette théorie⁶. Pour eux, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité porterait atteinte aux principes de primauté et d'immédiateté (§1), ainsi qu'aux principes d'effectivité et d'équivalence (§2).

¹ D. ROUSSEAU, D. LEVY, « La Cour de cassation et la QPC : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, n°25, 27 avril 2010, p. 20

² B. MATHIEU, « La Cour de cassation tente de faire invalider la QPC par le Cour de Luxembourg », *JCP G*, 26 avril 2010, n°17, p. 464

³ Blog de Serge Slama : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

⁴ A. LEVADE, « Renvoi préjudiciel *versus* Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *D.*, 2010, p. 1254

⁵ P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 1238

⁶ Voir en ce sens : D. ROUSSEAU *et al.*, *op. cit.*, p. 79-83 ; P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, *op. cit.*, pp. 1238-1242

§1 : L'atteinte aux principes de primauté et d'immédiateté

Le principe de primauté du droit de l'Union a été dégagé par la CJUE (anciennement dénommée CJCE) dans l'arrêt *Costa c/ ENEL* de 1964 dans un souci d'assurer l'application uniforme du droit communautaire sur le territoire de l'Union. Il signifie que l'ensemble du droit européen a une valeur supérieure à l'ensemble du droit national des Etats membres.

Si l'on considère que la QPC a pour vocation de réaffirmer la suprématie de la Constitution au sommet de l'ordre normatif, on comprend alors qu'il puisse y avoir une contrariété entre cette nouvelle procédure et le droit de l'UE.

Le principe d'immédiateté concerne quant à lui la pénétration du droit communautaire dans les droits internes des Etats membres. Contrairement au droit international classique, l'intégration du droit de l'UE se fait sans qu'il soit nécessaire de procéder à une quelconque réception ou transformation. Par conséquent, le droit européen s'impose aux autorités nationales dès son entrée en vigueur.

Il ressort de la combinaison de ces deux principes que les juridictions nationales doivent appliquer le droit de l'Union, au besoin en laissant inappliqué le droit national contraire. Les principes de primauté et d'immédiateté s'appliquent aussi et *a fortiori* à l'article 267 TFUE. La Cour de justice a en outre précisé dans l'arrêt *Simmenthal* de 1978 que toute juridiction nationale doit pouvoir lui poser une question préjudicielle sur l'interprétation ou la validité d'une disposition de droit communautaire, chaque fois que la réponse à cette question est essentielle pour le règlement du litige au fond. Rappelons que dans le cas de la Cour de cassation, celle-ci est de plus soumise à une obligation de renvoi et non à une simple faculté, car ses décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit interne.

Quand bien même le droit national interdirait à une juridiction de recourir au renvoi préjudiciel, celle-ci pourrait donc poser une question à la Cour de justice. Le temps que la Cour se prononce, elle pourrait même suspendre l'application du droit national suspecté d'être contraire au droit européen. L'arrêt *Simmenthal* interdit donc toute disposition nationale visant à entraver la primauté ou l'immédiateté du droit communautaire. Le caractère absolu du principe de primauté permet d'affirmer qu'une telle interdiction vaudrait même lorsque l'obstacle proviendrait du droit constitutionnel national. D'ailleurs, en 1978 l'affaire concernait la Cour constitutionnelle italienne, laquelle en s'octroyant le pouvoir exclusif de déclarer une loi contraire au traité de Rome, empêchait les autres juridictions de poser une question préjudicielle à la CJCE.

Or, s'agissant de la QPC, la règle de la *priorité* impose aux juridictions ordinaires de statuer en premier sur la recevabilité de la question et de la renvoyer le cas échéant au Conseil constitutionnel sans pouvoir examiner les autres moyens. De plus, il est fort probable que les délais de procédure très brefs ne permettraient pas à la juridiction de disposer de suffisamment de temps pour formuler une question préjudicielle tout en examinant la recevabilité de la QPC. Cela signifie que le moyen tiré de l'inconventionnalité devrait être examiné en second, s'il est alors encore opportun de le faire. Ce n'est donc qu'après avoir obtenu la décision du Conseil constitutionnel, et seulement si celui-ci n'a pas conclu à l'inconstitutionnalité de la loi, que la juridiction pourrait statuer sur l'inconventionnalité de la disposition législative et poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

De plus, la Cour de justice considère qu'une juridiction nationale doit pouvoir poser une question préjudicielle « *à tout moment* ». On peut dès lors se demander si le mécanisme de la QPC qui ne permettrait à une juridiction d'opérer un renvoi préjudiciel que dans un second temps, ne serait pas contraire à l'immédiateté mais également à l'effectivité du communautaire.

§2 : L'atteinte aux principes d'effectivité et d'équivalence

Le principe d'effectivité signifie que les mesures nationales qui mettent en œuvre le droit européen ne doivent pas rendre l'exercice de ce droit matériellement impossible ou excessivement difficile. Ce principe va de pair avec celui de l'équivalence qui implique que les mesures nationales d'application du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles qui permettent l'application du droit national.

Les procédures d'application du droit européen doivent donc être efficaces et équivalentes aux procédures visant l'application du droit français. Si l'on compare la QPC et le renvoi préjudiciel, on remarque tout d'abord que les deux mécanismes sont basés sur une procédure de question préjudicielle. Le premier vise l'application du droit constitutionnel français. Le second concerne l'application du droit européen. Bien que le champ d'application matériel soit différent, les deux procédures présentent donc des similitudes procédurales.

La CJUE a déjà eu l'occasion de se prononcer dans une affaire proche mettant en jeu l'action en responsabilité espagnole dirigée contre l'Etat¹. La Cour a précisé que les moyens venant au soutien de cette action devaient être examinés de la même manière qu'il s'agisse de la violation du droit européen ou de la violation du droit constitutionnel espagnol. Par comparaison, on peut donc en déduire que la QPC et le renvoi préjudiciel doivent répondre aux mêmes règles procédurales.

Or, la règle de la *priorité* instaure une différence de traitement entre la QPC et le renvoi préjudiciel. En effet, le moyen tiré de la violation du droit constitutionnel français doit être traité en premier et de façon accélérée. L'examen du moyen tiré de l'inconventionnalité de la disposition en cause intervient donc dans un second temps, selon une procédure normale. On peut donc considérer que la procédure de la QPC est plus favorable que la procédure du renvoi préjudiciel et que la *priorité* porte atteinte au principe d'équivalence. De plus, pour le professeur Paul Cassia le sursis à statuer jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel « *empêche l'examen immédiat des moyens tirés de la violation du droit de l'Union européenne [...] en méconnaissance du principe d'effectivité* »².

Force est de constater que pour conclure à l'incompatibilité des procédures il faut adopter un raisonnement complexe et totalement novateur. En effet, il faut d'abord admettre la constitutionnalisation du droit européen par le biais d'une interprétation extensive de l'article 88-1 de la Constitution. Il faut ensuite concevoir la fusion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Enfin, il faut conclure à l'incompatibilité du caractère prioritaire de la QPC avec les principes essentiels du droit européen. Bien qu'il soit possible d'émettre des objections à chaque étape du raisonnement, ce dernier n'est pas complètement fantaisiste. La question de l'intégration du droit européen dans le bloc de constitutionnalité n'est pas nouvelle et a été défendue par nombre de personnalités éminentes du droit constitutionnel. De même, la fusion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité fait débat depuis la célèbre décision *IVG* du Conseil constitutionnel de 1975. Il n'est donc pas impossible qu'une réforme ou un revirement de jurisprudence intervienne dans ce domaine.

¹ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, Aff. C-118/08

² P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, *op. cit.*, p. 1240

Néanmoins, dans le contexte actuel, une telle réforme aurait pu conduire à l'échec de la QPC. Or, si l'on se remémore le temps qu'il a fallu pour qu'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* voit le jour en France, on comprend aisément que les partisans de la QPC la défende avec tant de vigueur.

La position de la Cour de cassation a donc été fortement critiquée, tant par certains professeurs de droit que par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Ces derniers ont en effet considéré que les craintes étaient infondées. De plus, malgré l'analyse convaincante du professeur Paul Cassia, de nombreux arguments ont été avancés en faveur de la compatibilité des procédures.

Néanmoins, le dernier mot appartenait à la juridiction européenne. En effet, la Cour de justice ayant été saisie, c'est à elle que revenait le pouvoir de trancher la question de la compatibilité de la QPC avec le droit européen et ainsi de mettre fin à la guerre des juges qui agissait la France. Adoptant la position majoritaire, la CJUE se positionna en faveur de la compatibilité des procédures, avec cependant quelques réserves.

Chapitre 2 : QPC et renvoi préjudiciel : une incompatibilité évitée

Une décision d'incompatibilité entre la QPC et le renvoi préjudiciel devant la CJUE n'aurait pas pour autant mis un terme à quelques mois seulement de pratique. Elle aurait cependant lourdement pesé sur l'avenir de la nouvelle question de constitutionnalité. De plus, admettre le raisonnement adopté par la Cour de cassation aurait induit une véritable réforme du droit constitutionnel après plus de trente cinq ans de jurisprudence et de pratique constante. Or, on imagine que l'initiative d'une telle réforme appartiendrait davantage au Conseil constitutionnel ou au constituant qu'à la Cour de cassation. Cependant, jusqu'à présent le Conseil constitutionnel a toujours refusé d'intégrer les traités internationaux européens dans le bloc de constitutionnalité. Il s'est donc également opposé à la fusion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

Ainsi, conforté par un grand nombre d'auteurs et par le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel a entrepris une campagne de résistance visant à anéantir la jurisprudence *Melki et Abdeli* et à influencer la décision de la Cour de justice. Nul ne saurait dire si c'est ce « *lobbying* » qui a été à l'origine de la décision de la Cour de justice. Sans doute les raisons qui ont poussé la Cour à statuer comme elle l'a fait sont-elles nombreuses. En tout cas, il semblerait que l'alliance du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat (Section 1) ait porté ses fruits puisque la CJUE est intervenue en leur faveur (Section 2), affirmant ainsi la compatibilité des deux questions préjudicielles.

Section 1 : L'alliance du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 n'aura pas laissé de marbre les juges de la rue de Montpensier et ceux du Palais Royal. Par des décisions qui ne s'y prêtaient pas forcément – voire même pas du tout –, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat sont très vite intervenus afin de confirmer la jurisprudence *IVG* de 1975 (§1). Ils ont sans doute été aidés dans cette tâche par nombre de professeurs de droit qui ont fait la promotion, dans les revues et sur leurs blogs, des raisons de l'« *euro-compatibilité* » de la QPC (§2).

§1 : La confirmation de la jurisprudence *IVG*

Un mois à peine après l'arrêt *Melki et Abdeli* de la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a profité de l'examen de la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne pour affirmer fortement son désaccord avec les juges du Quai de l'horloge. En effet, après avoir conclu à la compatibilité de la loi avec les dispositions constitutionnelles, il était demandé au Conseil de se prononcer sur la compatibilité de cette même loi avec le droit international et européen. Les députés qui avaient saisi le Conseil fondaient leur demande sur la précédente décision de la Cour de cassation. En d'autres circonstances, cette loi n'aurait sûrement pas donné lieu à d'aussi longs développements de la part du Conseil constitutionnel et pareille demande aurait simplement fait l'objet d'un bref rappel de la jurisprudence *IVG*. L'*obiter dictum* choisi par le Conseil n'est donc pas un hasard. Il s'agissait d'envoyer un message fort à la Cour de cassation et surtout à la Cour de justice : la QPC n'est pas incompatible avec le droit européen.

La décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010¹ est clairement une réponse à la Cour de cassation puisque l'arrêt du 16 avril est cité dans les visas et les motifs de la décision. Le Conseil rappelle, au long de vingt deux considérants, que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité doivent être distingués, même en matière de droit de l'Union. Il fait donc un rappel de sa jurisprudence *IVG*. Il précise en outre que la règle de la *priorité* n'est qu'une règle d'articulation des procédures qui n'a nullement pour but de contrevenir au principe de primauté du droit européen. Il s'agit là aussi d'un rappel puisque ce point avait déjà été développé dans sa décision du 3 décembre 2009.

Premièrement, le Conseil fait un point sur la hiérarchie des normes en droit français. Il rappelle à ce titre que bien que les traités internationaux aient une valeur supra-législative, ils ne restent pas moins inférieurs à la Constitution. Il s'agissait là de la pierre angulaire du raisonnement de la Cour de cassation. Le Conseil semble donc écartier pour le moment toute intégration du droit européen dans le bloc de constitutionnalité et ce malgré les arguments de la doctrine et la tentative de revirement de la Cour de cassation.

Du fait de ce refus d'intégration, le Conseil déduit inévitablement que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité restent distincts. Ainsi, le moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec un droit ou une liberté conventionnelle doit être examiné par les

¹ CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n°2010-205 DC

juridictions ordinaires dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Un tel moyen ne peut en aucun cas faire l'objet d'une QPC. Les droits et libertés issus du droit européen n'échappent pas à cette analyse puisque le Conseil constitutionnel précise que « *l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* » (§12).

Concernant ensuite la question de la compatibilité de la QPC avec le principe européen de primauté, le Conseil constitutionnel adopte là aussi une position radicalement opposée à celle de la Cour de cassation. Pour lui, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité n'empêcherait pas les juridictions ordinaires de faire prévaloir le droit de l'Union sur une loi qui serait contraire aux engagements européens ; et le Conseil précise, même lorsque cette loi a déjà été déclarée conforme à la Constitution (§13). La QPC ne serait donc pas contraire aux principes dégagés par la Cour de justice dans l'arrêt *Simmenthal*.

Le Conseil précise également que les juridictions ordinaires peuvent, en vertu de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, statuer sans attendre sa décision en cas d'urgence et prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. Les juridictions judiciaires ou administratives pourraient donc suspendre l'application d'une loi incompatible avec le droit de l'Union et ainsi « *garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir* » (§14). Le principe d'effectivité du droit européen semble donc être respecté.

Ne pouvant être plus clairs, les sages précisent enfin qu'aucune disposition constitutionnelle ou législative ne prive les juridictions ordinaires de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en application de l'article 267 TFUE, « *y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité* » (§15). La QPC peut donc cohabiter en toute quiétude avec le renvoi préjudiciel.

Cette solution a été réaffirmée deux jours plus tard par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Rujovic*¹. Dans cette affaire, il n'était pas demandé au Conseil d'Etat de se prononcer sur la compatibilité de la QPC avec le droit européen. Qu'importe, il en a profité pour afficher son soutien au Conseil constitutionnel. Peut-être avait-il peur également que le contrôle de conventionnalité lui échappe et de perdre son pouvoir d'user de la question préjudicielle, lui, qui rappelons-le, a mis tant de temps à se l'approprier. Ainsi, le Conseil d'Etat a rappelé que « *le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne* ».

La doctrine également n'a pas manqué de critiquer le raisonnement de la Cour de cassation et a salué les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat en rappelant les raisons pour lesquelles la QPC doit être regardée comme étant compatible au droit européen.

¹ CE, 14 avril 2010, *Rujovic*, n°312305

§2 : Les raisons de l' « euro-compatibilité » de la QPC

Les professeurs Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier ont avancé une foule d'arguments pour expliquer les raisons de l'incompatibilité de la QPC avec le droit européen. Ils restent toutefois minoritaires au sein de la doctrine puisque de nombreux auteurs ont effectué la démonstration inverse.

Reprenant le cheminement de la pensée de la Cour de cassation, le professeur Patrick Gaïa s'est ainsi évertué à démontrer que la QPC était compatible avec le droit de l'Union et n'empêchait nullement les juridictions ordinaires de procéder au renvoi d'une question préjudicielle à la CJUE¹.

Tout d'abord, l'accession du droit européen au rang constitutionnel procède à son sens d'une erreur quant à l'interprétation de l'article 88-1. En effet, le seul renvoi aux traités européens peut paraître insuffisant pour conférer à l'ensemble du droit européen une valeur constitutionnelle. Certes, l'article 88-1 dispose que « *la République participe à l'Union européenne* » et il faut sûrement déduire de cette formulation que la France doit respecter le droit de l'Union. Mais, cette obligation n'implique pas forcément que le droit européen ait une valeur constitutionnelle. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, garant du respect et de l'interprétation de la Constitution, s'est toujours refusé à déduire de cet article la constitutionnalisation globale du droit européen. S'il reconnaît la spécificité de l'ordre juridique communautaire, le Conseil n'admet que la constitutionnalisation de l'obligation de transposition des directives. Sa décision du 12 mai 2010 ne permet pas d'augurer une interprétation plus étendue pour le moment.

Ensuite, le professeur Gaïa, comme nombre de ses homologues, considère que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité ne fait pas obstacle au renvoi préjudiciel à la CJUE, et n'est donc pas contraire au droit de l'Union. En effet, il n'existe *a priori* aucune interdiction formelle de procéder à un tel renvoi. Pour le professeur Dominique Rousseau, la règle de la *priorité* ne fait qu'instituer un ordre d'examen chronologique « *qui n'interdit pas au juge de porter aussi à Luxembourg une question préjudicielle s'il estime les conditions réunies dans la mesure où « prioritaire » ne signifie pas « exclusif* »². C'est d'ailleurs l'interprétation qui a été retenue par le Conseil constitutionnel.

La difficulté viendrait cependant du sursis à statuer. L'examen différé du moyen d'inconventionnalité serait-il de nature à porter atteinte au droit de l'UE ? Pour la doctrine majoritaire, la réponse est assurément négative. Etant donné que les deux procédures sont indépendantes l'une de l'autre, elles peuvent être activées dès lors que les conditions sont réunies. Il n'y a donc pas lieu d'attendre la décision du Conseil constitutionnel sur la QPC pour pouvoir poser une question préjudicielle à la CJUE. D'ailleurs, pour Dominique Rousseau, c'est le moyen qui est « *prioritaire* » et non la décision de renvoi. Le juge administratif ou judiciaire pourrait donc examiner en priorité le moyen d'inconstitutionnalité, comme l'impose la loi organique, puis examiner le moyen d'inconventionnalité et enfin décider de saisir le Conseil constitutionnel et la CJUE concomitamment. De plus, pour le professeur Patrick Gaïa, au vu des délais de procédure, la décision du Conseil constitutionnel interviendrait en premier de sorte qu'il ne serait pas porté atteinte au caractère prioritaire de la QPC.

En outre, il existe un certain nombre de cas dans lesquels il ne sera pas sursis à statuer, notamment dans les procédures d'urgence. Dans ce cas, le juge ordinaire pourra prendre sa décision sans attendre celle du juge constitutionnel et ainsi faire application du droit européen si

¹ P. GAÏA, « La Cour de cassation résiste...mal », *RFDA*, mai-juin 2010, p. 458

² D. ROUSSEAU, « La QPC se cherche ! », *Gaz. Pal.*, n°138, 18 mai 2010, p. 13

c'est nécessaire. Devant les juridictions du fond, le législateur organique a également prévu que le cours de l'instruction n'est pas suspendu. Cela permet au juge de prendre toutes les mesures provisoires et conservatoires nécessaires. En attendant que le Conseil constitutionnel se prononce, le juge pourrait donc suspendre l'application de la loi jugée contraire au droit de l'Union européenne. Il semblerait donc que l'ensemble de ces mesures permettrait de garantir la pleine efficacité et la primauté du droit européen. On peut toutefois regretter que le législateur organique n'ait pas prévu une disposition similaire devant les juridictions suprêmes. Il restait donc à savoir si la Cour de justice allait être convaincue par ce raisonnement ou si elle allait succomber à l'argumentaire de la Cour de cassation.

Section 2 : L'intervention de la CJUE

Après les critiques virulentes de la doctrine et les décisions cinglantes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, on aurait pu penser que la Cour de cassation allait retirer son renvoi à la CJUE et rentrer dans les rangs. Il n'en a rien été. On aura donc attendu jusqu'au bout, en trépignant d'impatience, que la Cour de justice rende sa décision. La décision cependant aurait pu être bien décevante. En effet, dans le cadre du renvoi préjudiciel, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la conformité du droit national avec le droit communautaire. Elle peut uniquement interpréter le droit de l'Union ou se prononcer sur sa validité et donner des indications à la juridiction nationale pour qu'elle en tire toutes les conséquences. Il y avait donc un risque, certes infime au vu de l'importance de la question, pour que la Cour refuse de trancher le différend qui opposait les juridictions françaises. Heureusement, statuant de façon accélérée, la CJUE a accepté de répondre à la question posée par la Cour de cassation, mettant ainsi un terme à la « *guerre des juges* ». Par un arrêt en date du 22 juin 2010¹, elle a tranché en faveur de la compatibilité des procédures (§1), mais a posé des limites à la *priorité* de la QPC (§2).

§1 : La compatibilité sauve !

La question posée par la Cour de cassation à la Cour de Justice n'aura pas suscité des réactions qu'en France. En effet, les gouvernements tchèque, polonais et allemand sont également intervenus à la procédure pour donner leur avis sur la compatibilité de la question de constitutionnalité française avec l'article 267 TFUE. Or, si la Pologne concluait à l'absence de contrariété entre les dispositions nationales et européennes, ses homologues concluaient quant à eux à la violation de l'article 267 TFUE. De même, pour la Commission européenne, la QPC mettrait la France dans la même situation que celle qui avait été jugée contraire au droit de l'Union dans l'arrêt *Simmenthal*.

Pourtant, malgré tous ces avis négatifs, la Cour de justice a validé la conformité de la QPC au droit européen. Il semble qu'elle se soit fortement appuyée sur les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat du mois de mai. Pour la CJUE, le caractère prioritaire d'une

¹ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, Aff. C -188/10 et C-189/10 (en annexe IV), *Dépêches JurisClasseur*, 24 juin 2010, 561, « La question prioritaire de constitutionnalité prioritaire ? » ; *Dalloz Actualité*, 28 juin 2010, note S. Lavric, « Question préjudicielle v. QPC : réponse de la CJUE », voir également S. SLAMA et N. HERVIEU, « QPC: la Cour de Luxembourg allume le calumet de la paix et explose les contrôles de la bande "Schengen" (CJUE, 22 juin 2010, A. Melki et S. Abdeli) », <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

« *procédure incidente de contrôle de constitutionnalité* » n'est donc contraire au droit de l'Union européenne que s'il a « *pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles* » (§57).

Or, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont tous deux longuement rappelé que ni la *priorité* d'examen du moyen d'inconstitutionnalité ni le sursis à statuer n'empêchait les juridictions ordinaires de poser une question préjudicielle à la CJUE, concomitamment ou après le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.

La Cour cependant ne tranche pas directement la question de la compatibilité du droit national avec le droit européen et a bien précisé qu' « *il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union* » (§57). Après une telle décision on voit mal cependant comment la Cour de cassation pourrait persister à retenir une interprétation différente de celle du Conseil constitutionnel. De plus, la CJUE a également rappelé qu' « *il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union* » (§50). Puisqu'il est possible, en adoptant l'interprétation du juge constitutionnel, d'aboutir à la conformité du droit national avec le droit européen, la Cour de cassation devrait donc revenir sur sa décision du 16 avril 2010.

Cette décision de la Cour de justice est donc conforme aux attentes de la doctrine majoritaire. On peut également se réjouir que la Cour n'ait pas condamné une procédure visant à améliorer la protection des droits fondamentaux en France et qu'elle ait valorisé, autant que faire se peut, une interprétation conforme au droit de l'Union.

Cependant, la CJUE reste prudente et a émis un certain nombre de réserves à la conformité de la QPC. Ainsi, s'il s'avérait en pratique que les contraintes étaient trop lourdes et que les juridictions ordinaires étaient empêchées d'exercer leur pouvoir de renvoi en application de l'article 267 TFUE, la Cour pourrait décider de modifier sa décision. Rien n'empêche en effet une juridiction française de saisir à nouveau la Cour de justice par le biais d'une question préjudicielle portant sur le même objet.

De plus, la Cour de justice a fermement rappelé les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union et a précisé que la QPC ne devait pas priver les juridictions nationales d'opérer un renvoi « *à tout moment* » (§57). Cela implique que le juge administratif ou judiciaire devrait être autorisé à saisir la CJUE d'une question préjudicielle même avant de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. Dans ces conditions, on peut valablement se demander si la décision de conformité du 22 juin 2010, n'a pas été rendue au détriment du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité.

§2 : La priorité sacrifiée ?

La Cour de justice aboutit à la conclusion que la QPC ne serait pas contraire à l'article 267 TFUE que « *pour autant que les autres juridictions nationales restent libres* :

- de saisir la CJUE à tout moment de la procédure qu'elles jugent appropriée, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ;

- 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 » (§57).

Cela signifie que quelle que soit la décision adoptée par le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité d'une disposition législative, la juridiction ordinaire pourra toujours opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Cependant, puisque la Cour précise que ce renvoi pourra intervenir « à tout moment », il semblerait qu'une juridiction ordinaire pourrait aussi décider de poser une question à la CJUE avant même de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel. De là à en déduire que le juge pourrait examiner le moyen d'inconventionnalité avant le moyen d'inconstitutionnalité, il n'y a qu'un pas. Dans ces conditions, il est clair que la *priorité* instaurée par la loi organique serait réduite à néant. Cependant, il serait préférable de retenir une interprétation permettant d'articuler le caractère prioritaire de la QPC et les exigences de la Cour de justice. Sans pour autant condamner la *priorité*, il est en effet possible de respecter les prescriptions de la CJUE si l'on décide que les juridictions ordinaires pourront procéder successivement à l'examen des moyens, celui tiré de l'inconstitutionnalité devant être premier, et opérer concomitamment un renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel et de la question préjudicielle à la Cour de justice. La concomitance des renvois permet ainsi de conserver le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité sans violer le principe d'effectivité du droit européen. Cette solution est déjà celle qui avait été retenue par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans leurs décisions de mai 2010. Espérons que c'est aussi celle qui sera retenue par la Cour de cassation désormais.

La Cour prévoit également que le juge pourra prendre toutes les mesures qui s'imposent pour faire respecter le droit de l'Union. Cette faculté était déjà rendue possible par l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui dispose que le cours de l'instruction n'est pas suspendu pendant l'examen de la QPC, permettant ainsi au juge de prendre toutes les mesures provisoires et conservatoires nécessaires. Cependant, cet article ne visait que les juridictions du fond. La décision de la CJUE quant à elle ne fait pas de distinction. Les juridictions suprêmes pourront donc aussi prendre des mesures provisoires et conservatoires visant à protéger les droits conférés par le droit européen, et ce même pendant l'examen de la QPC par le Conseil constitutionnel. Sur ce point, il ne devrait pas y avoir d'atteinte au caractère prioritaire de la QPC. En effet, la *priorité* impose aux juridictions de statuer en premier sur le moyen d'inconventionnalité, mais elle ne leur interdit pas par la suite de prendre des mesures provisoires et conservatoires. D'ailleurs, le fait que l'article 23-3 avait déjà prévu une telle mesure pour les juridictions du fond prouve bien que cela ne porte pas atteinte au caractère prioritaire de question de constitutionnalité. La décision de la CJUE sur ce point a donc le mérite de rétablir l'égalité entre les juridictions du fond et les juridictions suprêmes.

Enfin, les juridictions nationales pourront suspendre l'application d'une loi jugée contraire au droit de l'Union, quand bien même cette loi aurait été jugée conforme à la Constitution. Ce point ne pose pas de problème puisqu'il avait déjà été affirmé par le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision du 12 mai 2010 : « l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution » (§13).

Finalement, il semble que la Cour de justice se soit laissée convaincre par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. En retenant leur interprétation il est possible d'éviter toute incompatibilité entre le caractère prioritaire de la QPC et l'article 267 TFUE.

Toutefois, la Cour de justice a également évoqué une hypothèse qui n'avait pas été envisagée dans les décisions rendues en mai par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, celle de la transposition des « dispositions impératives d'une directive de l'Union » (§54). Ce point pose une difficulté particulière. En effet, par le biais d'une interprétation de l'article 88-1 de la Constitution, il est possible au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi de transposition à la directive qu'elle est censée transposer. Il effectue ainsi un contrôle de conventionnalité sous couvert de la constitutionnalité conférée par l'article 88-1. On pourrait donc imaginer que dans le cas où le Conseil constitutionnel invaliderait la loi de transposition de la directive, le juge ordinaire ne pourrait plus se prononcer sur la conventionnalité de cette loi. Il ne pourrait donc pas interroger la CJUE sur la conformité de la directive au droit de l'Union.

Cependant, la Cour de justice a bien précisé qu'elle est seule compétente pour « constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive ». Par conséquent, dans le cas où une QPC serait posée devant le juge ordinaire concernant la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive « les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive » (§56). Dans ce cas précis, la QPC semble perdre son caractère prioritaire au profit du renvoi préjudiciel.

Le raisonnement adopté par la Cour de justice est assez proche de celui du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Arcelor*¹ concernant le contrôle des actes réglementaires transposant une directive. Dans ce cas, si le justiciable invoque un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, le Conseil d'Etat recherche « s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». Dans l'affirmative, il recherche si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire et, en l'absence de difficulté sérieuse, il écarte le moyen invoqué. Dans le cas contraire, il saisit la CJUE d'une question préjudicielle. En cas d'équivalence entre un le droit européen et le droit constitutionnel, le Conseil privilégie donc le droit de l'Union.

Au vu de toutes ces exceptions, il est donc permis de penser que le caractère prioritaire de la QPC n'est pas absolu. Il faut distinguer entre le contrôle de conventionnalité classique et celui visant à examiner la conformité des lois au droit européen. Dans le premier cas, la QPC pourra être examinée et renvoyée au Conseil constitutionnel avant l'examen du moyen d'inconventionnalité. Dans le second en revanche, le juge administratif ou judiciaire disposera d'une marge de manœuvre bien plus grande pour garantir l'effectivité du droit européen, au besoin en faisant primer le renvoi préjudiciel sur le contrôle de constitutionnalité. On est donc bien loin de la volonté initiale du législateur organique de réaffirmer la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux de la France.

Il faut cependant relativiser la portée réelle de l'arrêt de la CJUE. En effet, la *priorité* ne semble réellement en danger que lorsqu'est en jeu une loi de transposition d'une directive. Dans tous les autres cas, il est possible de faire cohabiter paisiblement la QPC et le renvoi préjudiciel sans porter atteinte ni au caractère prioritaire de la QPC ni au principe de primauté et d'effectivité du droit communautaire. Il serait donc faux d'affirmer que la question de constitutionnalité a totalement perdu son caractère prioritaire. L'arrêt de la CJUE nous rappelle simplement à quel point l'ordre juridique communautaire est singulier et que nous ne pouvons

¹ CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. p. 255

pas nous défaire des obligations que nous avons sciemment contractées, même au nom de la Constitution française.

Conclusion

L'arrêt *Melki et Abdeli* de la Cour de justice du 22 juin 2010 vient régler un point essentiel de la concurrence entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité, mais il ne règle pas pour autant tous les problèmes. En effet, les points d'opposition entre la QPC et le contrôle de conventionnalité restent nombreux. Bien que nous soyons convaincus que la QPC renforce l'Etat de droit et qu'il est toujours possible de privilégier la complémentarité plutôt que la concurrence, il ne faut pas perdre de vue les difficultés auxquelles elle pourra être confrontée. Ainsi, il est possible de formuler quelques propositions en vue de l'amélioration de la procédure de la QPC et de ses relations avec le contrôle de conventionnalité.

Tout d'abord, il serait souhaitable que soit revue la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel. Avec l'avènement de la QPC, ce dernier devient une juridiction à part entière et doit donc satisfaire aux règles du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Or, on sait que le Conseil a une forte connotation politique notamment du fait que les anciens Présidents de la République en soient des membres de droit. Il n'est donc pas heureux qu'un Président dont le gouvernement a proposé un projet de loi qui est finalement entré en vigueur puisse statuer, même plusieurs années plus tard, sur la conformité de cette même loi à la Constitution. La condition d'impartialité semble ici faire défaut. On peut donc regretter avec le professeur Bertrand de Lamy, « *une juridictionnalisation inachevée* » du Conseil constitutionnel¹ et appeler de nos vœux une réforme vers plus de transparence et d'équité.

Quelques remarques peuvent aussi être faites concernant la procédure de la QPC. On peut se demander en effet s'il ne serait pas opportun d'élargir le champ de la question de constitutionnalité à l'ensemble du droit constitutionnel et non pas aux seuls droits et libertés fondamentaux qu'il contient. Cette restriction semble un peu contradictoire au regard du but originel de la QPC, puisque le contrôle de conventionnalité ne comporte pas quant à lui une telle limite. De plus, l'ouverture de la QPC à l'ensemble du bloc de constitutionnalité permettrait aux citoyens de participer réellement à la protection de l'ensemble de la Constitution et accroîtrait l'intérêt des justiciables pour le contrôle de constitutionnalité.

Concernant l'articulation de la QPC et du contrôle de conventionnalité, la difficulté provient du fait que les deux contrôles sont exercés par des juridictions différentes. Afin d'éviter toute concurrence entre les deux procédures, de nombreux auteurs avaient proposé de réunir les contrôles entre les mains d'un seul et même juge. Le Conseil constitutionnel a clairement rappelé dans sa décision du 14 mai 2010 qu'il était hors de question qu'il se saisisse également du contrôle de conventionnalité. Un revirement de la jurisprudence *IVG* semble donc exclu pour le moment. Une autre solution pourrait consister à laisser aux juges ordinaires le pouvoir d'exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cela permettrait de régler les problèmes de controverses jurisprudentielles et de concurrences procédurales. De plus, jusqu'à l'entrée en vigueur de la QPC, on pouvait considérer que le miroitement des catalogues de droits permettait

¹ B. DE LAMY, « Les incidences possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *RSC*, 2009, p. 157

déjà au juge administratif et judiciaire d'opérer un tel contrôle. Cependant, ce n'est pas la solution qui a été retenue et une réforme en ce sens semble peu probable. Bien qu'elle enlèverait au Conseil constitutionnel le monopole du contrôle de constitutionnalité, cette solution pourrait être intéressante.

La solution retenue par le constituant français permet néanmoins d'établir, voire de rétablir le dialogue entre les différents ordres juridictionnels français. En outre, les premiers mois de pratique de la QPC n'ont démontré aucune difficulté insurmontable concernant l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Même le problème de la compatibilité au droit de l'Union semble finalement avoir pu être réglé. Bien au contraire de ce que les auteurs avaient imaginé, la QPC n'est donc pas « *une réforme manquée* »¹.

On peut même se demander si elle ne pourrait pas être victime de son succès. En effet, les justiciables se sont très vite approprié la question de constitutionnalité et le nombre de questions posées au Conseil constitutionnel a déjà dépassé toutes les espérances. Le risque serait donc à présent celui d'un engorgement des juridictions suprêmes et du Conseil constitutionnel. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà fait avant eux l'expérience d'une telle hypothèse.

La première conséquence concernerait les délais de procédure. Pour le moment, on peut se réjouir de leur brièveté, bien qu'il soit quelque peu dommage que le législateur organique n'ait pas jugé utile d'imposer un délai fixe aux juridictions du fond alors que les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel disposent de trois mois pour statuer. Il semble néanmoins que jusqu'à présent, les juges du fond respectent un délai raisonnable ; espérons qu'il en soit toujours ainsi. Mais on peut se demander si la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel pourront continuer à respecter un délai de trois mois face à une forte augmentation des renvois. Dans le cas contraire, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait bien venir leur rappeler l'article 6§1 de la Convention qui impose le respect d'un délai raisonnable.

Pour faire face à une affluence de QPC, une première solution pourrait être d'augmenter les moyens matériels et humains mis à disposition des juridictions. A défaut, les juges pourraient aussi préférer une solution moins heureuse en contrôlant plus sévèrement les conditions de recevabilité des questions de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel pourrait également décider de procéder lui aussi à un contrôle de la recevabilité de la question. Or, le double filtre instauré par le législateur organique semble déjà être une solution sévère visant justement à limiter le nombre de contrôles. Plus de rigueur serait donc forcément préjudiciable pour la QPC. Le professeur Laurence Burgogues-Larsen rappelle ainsi qu'en Belgique, où un filtre non prévu par les textes avait été instauré par la Cour constitutionnelle, la situation avait été très mal vécue par les juges ordinaires².

Espérons donc qu'une telle situation ne se présentera pas en France et que le dialogue des juges saura apaiser les tensions et régler les problèmes pour que la concurrence laisse réellement place à la complémentarité.

¹ A. MARAIS, « L'introduction du contrôle de constitutionnalité a posteriori : une réforme espérée mais une réforme manquée ? », *RDC*, n° 1, 1^{er} janvier 2009, p. 233

² L. BURGORGUES-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 795