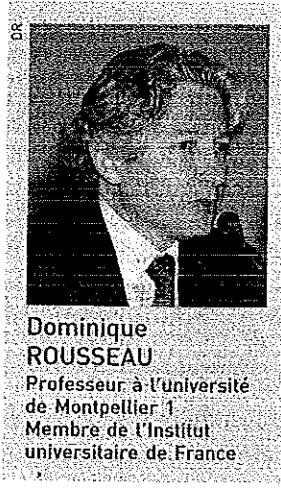


Question prioritaire de constitutionnalité

Vive la QPC ! La quoi ?



Dominique
ROUSSEAU
Professeur à l'université
de Montpellier 1
Membre de l'Institut
universitaire de France

la question de la constitutionnalité de la loi applicable au litige dont il est partie. Et, si le juge est convaincu du bien-fondé de la question, il doit se soucier à statuer et la transmettre à sa Cour suprême qui décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel. En cas de saisine, tout repose sur le Conseil : ou il juge la loi conforme à la constitution et le procès reprend devant la juridiction de base, ou il la juge contraire à la constitution et la loi est abrogée provoquant l'arrêt définitif du procès.

L'affaire est donc importante. La QPC est un nouveau moyen à la disposition des justiciables et un moyen considérable puisqu'il détermine et conditionne la poursuite et l'issue du procès. Il est en conséquence de la responsabilité professionnelle des avocats d'élaborer désormais leur stratégie en discutant avec leur client de l'intérêt de faire valoir ce moyen devant le juge. Et ce, quelle que soit l'affaire litigieuse. Si un procès a pour objet un marché public, l'atteinte éventuelle au principe constitutionnel d'égal accès devant la commande publique peut être soulevée ; s'il a pour objet une disposition fiscale, peut être soulevée par le justiciable l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ou/et au principe de non rétroactivité ; s'il a pour objet une disposition pénale, l'atteinte aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'adéquation des peines ; s'il a pour objet une disposition sociale, l'atteinte aux principes de dignité de la personne humaine ou/et de protection de la santé ou/et de sécurité matérielle ou/et du droit des individus et des familles à bénéficier des conditions nécessaires à leur développement ; s'il a pour objet une affaire environnementale, l'atteinte au principe de précaution... Depuis la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971⁽¹⁾ qui a accordé une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire, supérieure à la loi, à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 et le dévelop-

pement de la saisine parlementaire à partir de 1974, les principes constitutionnels, les droits et libertés garantis par la constitution irriguent toutes les activités humaines et sociales. Au fil des décisions du Conseil et en presque quarante ans, s'est ainsi produite une constitutionnalisation des branches du droit. Ou, pour le dire autrement, le droit privé et le droit public sont aujourd'hui « branchés » sur les principes énoncés dans les Déclarations des droits et la constitution au point qu'il est devenu commun de parler d'un droit constitutionnel pénal, d'un droit constitutionnel des contrats, d'un droit constitutionnel fiscal, d'un droit constitutionnel de l'entreprise, d'un droit constitutionnel des personnes, d'un droit constitutionnel local... Sans doute, beaucoup l'ignore encore. Mais la raison en est simple : puisque le justiciable ne pouvait invoquer l'inconstitutionnalité de la loi lors d'un procès judiciaire ou administratif, il n'était utile ni pour son avocat ni pour son juge de connaître la jurisprudence constitutionnelle. Or, c'est précisément cela qui va changer le 1^{er} mars 2010 : avocats et juges auront un intérêt professionnel à connaître cette jurisprudence car une affaire civile, pénale, fiscale, environnementale ne pourra plus être appréhendée seulement dans sa dimension civile, pénale, fiscale ou environnementale ; elle devra l'être aussi dans sa dimension constitutionnelle puisqu'il pourra être de l'intérêt du justiciable que soit soulevé le moyen de l'argument constitutionnel. Pour décider de cet intérêt, l'avocat conduit avec son client un raisonnement juridique dont les trois étapes sont définies par la loi organique du 10 décembre 2009 et éclairées par la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009. D'abord, identifier la disposition législative dont la constitutionnalité est discutée. Si, en effet, la question peut être soulevée à l'encontre de toute loi quelle que soit sa date d'adoption, la critique ne peut être dirigée contre l'ensemble de la loi mais seulement la ou les dispositions applicables au litige ou à la procédure ou qui constituent le fondement des poursuites. Il convient donc pour l'avocat de s'assurer que la disposition contestée n'est pas marginale ou périphérique mais centrale pour l'intelligence du procès et que ce dernier ne peut en conséquence se poursuivre sans qu'ait été résolue la question de sa constitutionnalité. Ensuite, confronter cette disposition à la jurisprudence constitutionnelle. La loi organique interdisant, en effet, que soit contestée une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la constitution dans le cadre du contrôle *a priori*, il revient à l'avocat de rechercher si un précédent existe et s'il est, le cas échéant, susceptible de bloquer ou non la recevabilité du moyen d'inconstitutionnalité. L'examen devra être d'autant plus minutieux que la loi organique a prévu une exception : même si le Conseil a déjà rendu une décision sur la disposition contestée, la question de constitutionnalité peut être soulevée en

(1) Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, R. p. 29.

ÉTUDE

cas de « changements de circonstances » ; et le Conseil a précisé que cette notion comprenait aussi bien les changements de circonstances de droit – une révision de la constitution postérieure à la décision du Conseil, par exemple – que les changements de circonstances de fait – une évolution des techniques dans le domaine biologique, par exemple. Enfin, apprécier le caractère sérieux de l'atteinte portée par la disposition législative à tel ou tel droit garanti par la constitution. Si, en effet, le justiciable peut vouloir « faire feu de tout bois », il revient à l'avocat de... « faire la part du feu » en évaluant, au regard de la jurisprudence constitutionnelle française ou/et européenne et de ses évolutions possibles, la pertinence des arguments constitutionnels soulevés contre la disposition législative litigieuse. Mais le travail de l'avocat ne s'arrête pas là. En admettant que les trois conditions de la recevabilité de la QPC soient réunies, il lui faut apprécier l'intérêt respectif du moyen de constitutionnalité et du moyen de conventionnalité. Souvent, en effet, un droit garanti par la constitution est aussi un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme ; le choix entre l'une ou l'autre voie se posera donc régulièrement. Sans doute, la tentation peut être grande de soulever devant le juge les deux moyens ; mais, dans cette hypothèse, la loi organique fait obligation au juge d'examiner en priorité le moyen de constitutionnalité. Le choix entre l'un ou l'autre moyen dépendra, évidemment, des données de chaque affaire et de la qualité du justiciable – personne physique, société... Mais, pour se déterminer, l'avocat devra évaluer les avantages et les inconvénients de chacun des deux moyens à partir de trois éléments : le moyen de conventionnalité peut être jugé directement par le tribunal, le moyen de constitutionnalité entraîne le sursis à statuer ; le moyen de conventionnalité subit une longue incertitude jusqu'à la décision de la Cour de Strasbourg, le moyen de constitutionnalité est définitivement tranché en neuf mois ; le moyen de conventionnalité admis entraîne la non-application de la loi au cas d'espèce, le moyen de constitutionnalité l'abrogation erga omnes de la loi. Sans prétendre proposer une solution transposable à tous les procès, il pourrait être sage de soulever d'abord le moyen de constitutionnalité, d'attendre qu'il soit tranché par le Conseil constitutionnel et, en cas d'échec, de soulever alors le moyen de conventionnalité. Ce qui serait conforme à la décision du Conseil qui, le 3 décembre 2009, juge que la priorité ne restreint pas la compétence de la juridiction saisie de veiller, « *après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, au respect et à la supériorité sur les lois des traités et des normes de l'Union européenne* ».

Si, au terme de cette analyse, l'avocat choisit de soulever la QPC, il doit non pas l'indiquer dans ses conclusions mais, précise la loi organique, rédiger « *un écrit distinct et motivé* ». Dans cet écrit, il expose de manière argumentée les trois conditions – le lien, l'absence de précédent ou les changements de circonstances et le caractère sérieux du moyen – de la recevabilité de la QPC. Car,

évidemment, le but de cet écrit est de convaincre le juge de la pertinence du moyen et donc de la nécessité de sa transmission à sa Cour suprême. Cette dernière, Cour de cassation pour l'ordre judiciaire, Conseil d'État pour l'ordre administratif, dispose d'un délai de trois mois pour décider si, outre les trois conditions précédentes de recevabilité, la question de constitutionnalité soulevée est « nouvelle » et, le cas échéant, saisir le Conseil constitutionnel. Chaque cour suprême joue ainsi le rôle d'un « filtre » sans pouvoir réel de blocage du système puisque la loi organique a prévu que si elle n'a pas statué dans le délai de trois mois, la QPC est automatiquement transmise au Conseil constitutionnel ; et, plus subtil encore, elle fait obligation aux cours suprêmes de transmettre au Conseil les décisions de renvoi comme de non renvoi, les deux types de décisions devant être l'une et l'autre motivées. Une fois saisi, le Conseil dispose à son tour d'un délai de trois mois pour trancher la question : s'il juge la disposition contestée effectivement contraire à la constitution, elle est abrogée et il peut décider des conditions et limites dans le temps de cette abrogation ; s'il la valide, le procès reprend devant le juge du fond.

“ *La Constitution sort de l'université pour entrer dans le quotidien des prétoires* ”

Voilà la QPC ! Une « révolution juridique » ! Jusque dans les années 1980, la constitution était un texte négligé ; à partir des années 1980, elle est devenue un objet d'études, de thèses, de colloques ; aujourd'hui, la constitution devient un moyen pour le justiciable de défendre ses droits contre la loi. La constitution sort de l'université pour entrer dans le quotidien des prétoires. Pour prendre la mesure de cette révolution, il faut se souvenir de... 1789 : parce que les parlements de l'Ancien Régime avaient bloqué les réformes initiées par le roi, les révolutionnaires interdirent aux juges de s'immiscer, sous peine de forfaiture, dans les affaires de l'exécutif et du législatif. Et commençait une longue période de toute puissance de la loi : une fois votée et promulguée, elle était inattaquable.

En créant le Conseil constitutionnel, la constitution de 1958 rompait, timidement, avec ce qu'il était convenu d'appeler le légitimisme. Composé de neuf membres, nommés pour neuf ans non renouvelables – trois par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale et trois par le président du Sénat – renouvelés par tiers tous les trois ans, cette institution, que la doctrine hésitait alors à qualifier de « juridiction », avait pour fonction, selon l'article 61, de contrôler la conformité à la constitution des lois « avant leur promulgation ». Et sur recours de quatre autorités seulement : le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Autant dire que de 1958 à 1974, le Conseil fut très peu saisi : neuf décisions !

Mais, une logique était ouverte. En 1971, le Conseil, de lui-même, décidait d'inclure parmi ses normes de référence la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 et, sur ces bases, découvraient des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, des principes constitutionnels et des objectifs de valeur constitutionnelle. En 1974, le constituant donnait à soixante députés ou soixante sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil, pouvoir régulièrement utilisé et qui conduisait le Conseil à connaître des lois relatives à la matière pénale, fiscale, économique, administrative, civile et donc à introduire dans toutes les branches du droit la dimension constitutionnelle.

Il manquait toujours le droit pour le justiciable de contester la constitutionnalité de la loi. Posée devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, la question était repoussée au motif, discutable juridiquement⁽²⁾, de leur incompétence ; et devant le Conseil constitutionnel, elle était exclue. Le contrôle de constitutionnalité restait un contrôle *a priori* que seul les autorités politiques pouvaient déclencher. Sans doute, depuis longtemps, des voix – dont celle du signataire de ces lignes – s'élevaient en faveur d'un contrôle *a posteriori*. Au fil du temps, en effet, la pratique révélait les insuffisances objectives du contrôle *a priori* : il atteint la loi au moment de sa conception alors que l'inconstitutionnalité d'une loi apparaît surtout au moment de son application ; il met face à face le législateur et le juge dans un climat politique encore marqué par les débats parlementaires entre majorité et opposition ; il peut laisser des lois sans contrôle si, pour une raison ou une autre, les politiques s'entendent pour ne pas saisir le Conseil. À ces manques, le contrôle *a posteriori* pallie puisqu'il est mis en œuvre par le justiciable qui a toujours intérêt à faire valoir qu'au moment où elle lui est appliquée la loi porte atteinte à tel ou tel de ses droits fondamentaux. Et le seul argument favorable au contrôle *a priori* – la sécurité juridique – est tombé quand les juges ordinaires ont développé le contrôle de conventionnalité qui leur permet d'écartier une loi à tout moment, y compris après que le Conseil l'ait déclarée conforme à la constitution.

C'est pourquoi, à la fin des années 1980, un mouvement se dessine en faveur du contrôle *a posteriori*. Robert Badinter, alors président du Conseil, en fait la proposition dans un entretien au journal *Le Monde* du 3 mars 1989 et le Président de la République, François Mitterrand, la fait sienne dans sa traditionnelle causerie du 14 juillet en se déclarant « partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout français de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus ». Repoussée par les sénateurs en 1990, la proposition est reprise par le comité Vedel en 1993 mais, la même année, elle est à nouveau refusée par les parlementaires. Dix-huit ans plus tard, le comité *Balladur* redécouvre la proposi-

tion *Badinter-Vedel* et le constituant de juillet 2008 accepte enfin d'ouvrir aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité de la loi dont il leur est fait application.

La dénomination de ce nouveau contrôle a fait d'ailleurs débat : exception d'inconstitutionnalité ? Renvoi préjudiciel ? Question préjudiciale ? Les mots de l'article 61 pouvaient laisser penser à une procédure de renvoi puisqu'ils précisent que le Conseil constitutionnel peut être saisi « sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ». Mais si le renvoi est un acte propre des cours suprêmes, son initiative ne l'est pas ; la possibilité du renvoi est, en effet, conditionnée par l'acte d'une partie au procès qui soutient devant ses juges l'inconstitutionnalité de la loi en cause. Trois acteurs sont donc engagés dans la mise en œuvre de ce nouveau contrôle : les parties qui doivent soulever la question de constitutionnalité, les cours suprêmes qui doivent décider de saisir le Conseil et ce dernier qui tranche la « question ». Ni recours direct du justiciable, ni recours autonome du juge, le nouvel article 61 institue un recours du justiciable médiatisé par le juge. Et puisque ce moyen doit être examiné avant tout autre, il fut décidé de l'appeler « question prioritaire de constitutionnalité », QPC.

Incontestablement, une nouvelle ère s'ouvre. Pour trois raisons au moins. D'abord, alors qu'avec le contrôle *a priori* le contentieux de constitutionnalité est encastré dans la procédure d'élaboration de la loi, avec le contrôle *a posteriori* il s'enchâsse dans le contentieux général ; il est un moment du procès judiciaire ou administratif et un moment déterminant puisque la suite du procès en dépend. Ce changement de position aura pour effet nécessaire de soumettre désormais le contentieux de constitutionnalité aux exigences des règles du procès équitable et de parfaire la transformation juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Ensuite, l'office des juges judiciaire et administratif d'assurer le « filtrage » des questions de constitutionnalité va non seulement les mettre dans l'obligation d'opérer une première analyse de constitutionnalité pour dire si la question soulevée est sérieuse ou non mais encore créer un lien organique entre les cours suprêmes des deux ordres de juridiction et le Conseil constitutionnel. À terme, le paysage juridictionnel français peut s'en trouver profondément modifié. Enfin, la constitution devient, comme le dit le Conseil dans sa décision du 3 décembre 2009, un « moyen ». C'est-à-dire, un instrument à la disposition des justiciables et de leur avocat pour défendre concrètement, pratiquement et au quotidien les droits fondamentaux qui sont le cœur de la démocratie, la « garantie des citoyens », disait Benjamin Constant.

La QPC est maintenant là ; une nouvelle pratique du métier d'avocat commence ; un nouveau contentieux s'ouvre. La *Gazette du Palais* a décidé d'accompagner ce mouvement ; elle rendra compte de cette nouvelle jurisprudence, au travers d'une chronique, avec toujours le même souci de rigueur juridique et d'efficacité professionnelle. •

(2) V. la thèse de J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois, analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.