

LES NOUVEAUX POUVOIRS DU JUGE FRANÇAIS EN MATIÈRE DE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Brigitte Vincent*

Abstract

Since March 1, 2010, administrative and judiciary judges are essential actors of the new process of a posteriori constitutional review. The ordinary judge is in the heart of a device based on a filtering system towards the Constitutional Council, which preserves the monopoly on the constitutional review of laws. He has to judge of the transmission of the question of the constitutionality of the law to the Constitutional Council. Thus, he has a decisive power and even if the criteria which must guide its decision are fixed by the organic law he has a real margin of appreciation, which raises the question of the use of these new powers. Moreover, the question of constitutionality having priority on that of conformity of the law with international treaties, the ordinary judge is temporarily deprived of the power to exercise the conventionality review, which raises the problem of the relationship between the two controls.

Title: The New Powers of the French Judge in the Matter of the Constitutional Review of Laws

Keywords: constitutionality review, conventionality review, French legal system, Constitutional Council

* Brigitte Vincent, Ph.D., is Associate Professor at Université Montesquieu-Bordeaux IV; contact: vincent.brigitte@club-internet.fr

Depuis le 1^{er} mars 2010², le juge administratif et le juge judiciaire sont devenus des acteurs majeurs du nouveau processus de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. L'innovation est de taille. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a en effet mis fin à une singularité française, l'impossible contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée. Impossible car le Conseil constitutionnel ne pouvait être saisi qu'*a priori* et car, au nom du principe de séparation des pouvoirs, le juge administratif et le juge judiciaire se sont toujours interdit de contrôler la constitutionnalité des lois en vigueur³. Volontairement étranger au contrôle de constitutionnalité des lois, le juge se trouve aujourd'hui associé au dispositif issu de la révision de 2008. C'est en effet uniquement devant lui, à l'occasion d'une instance, que le justiciable peut soulever la question de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative au regard des droits et libertés protégés par la Constitution. Le juge ordinaire n'en est pas pour autant devenu juge de la constitutionnalité, sa nouvelle mission consiste à juger de la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Car si la réforme est bien une révolution juridique, c'est une « révolution de velours » dont le maître mot est prudence, si ce n'est méfiance, envers les nouveaux protagonistes du contrôle *a posteriori*, les justiciables et le juge ordinaire.

Prudence envers les justiciables, dont on a craint qu'ils ne s'engouffrent dans le nouveau dispositif. C'est pourquoi le juge filtre la question de constitutionnalité vers le Conseil constitutionnel.

Prudence envers les juges aussi, compte tenu de l'évolution de la protection juridictionnelle des droits et libertés dont, en l'espace d'une vingtaine d'années, le centre de gravité s'est déplacé vers la conventionnalité. Et par là même vers le juge ordinaire, titulaire du contrôle de conventionnalité des lois. En posant le principe de son incompétence en la matière dès 1975, le Conseil constitutionnel avait en effet laissé ce terrain au juge judiciaire et au juge administratif⁴. Or, le contrôle de

² Date de l'entrée en vigueur du dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité, configuré par la loi organique du 10 décembre 2009 prise en application de l'article 61-1 de la Constitution créé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

³ Cette position de principe, labellisée « théorie de l'écran législatif » par la doctrine, a été affirmée très tôt par les deux ordres de juridiction (Cass. Ch. Crim. 11 mai 1833 et CE 6 novembre 1936, *Arrighi*) et elle est restée de jurisprudence constante.

⁴ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Tout en rappelant le principe de primauté des conventions internationales sur la loi, consacré par l'article 55 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il ne lui appartient pas « d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » lorsqu'il est saisi en tant que juge de la constitutionnalité des lois. Par une interprétation stricte de sa compétence, il dissociait contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité des lois et il intégrait implicitement le second dans la sphère de compétences du juge ordinaire. Le juge ordinaire devenait ainsi l'unique titulaire du contrôle de conventionnalité. Et il était habilité à l'exercer dans son intégralité en abandonnant le *self restraint* qui l'avait conduit jusque là à refuser de contrôler la conventionnalité de la loi postérieure aux conventions internationales. A la suite des célèbres arrêts *Société Jacques Vabre* du 24 mai 1975 pour la Cour de cassation et *Nicolo* du 20 octobre 1989 pour le Conseil d'Etat, le juge ordinaire s'est pleinement affirmé en tant que juge de la conventionnalité des lois.

conventionnalité des lois s'est naturellement exercé au regard des droits et libertés protégés par les conventions internationales, au premier rang desquelles la C.E.D.H. Il s'est avéré d'autant plus attractif que c'était le seul moyen de confronter une loi en vigueur aux droits et libertés, certes conventionnalisés mais souvent voisins de ceux qui sont constitutionnalisés. Et il s'est développé, non sans effets pervers. Le contrôle de conventionnalité est presque devenu un substitut au contrôle de constitutionnalité, du moins lorsqu'il s'agissait de droits et libertés équivalents, le juge ordinaire faisant ce que le Conseil constitutionnel ne pouvait pas faire. Et, paradoxalement, les droits et libertés conventionnalisés étaient mieux protégés que les droits et libertés constitutionnalisés, dépourvus de juge une fois la loi promulguée.

C'est pourquoi l'objectif majeur de la réforme était de recentrer le contrôle juridictionnel de la protection des droits et libertés vers la Constitution, ce qui n'allait pas sans soulever des enjeux de pouvoir entre les juges. Ni le Conseil constitutionnel ni le juge ordinaire n'entendaient céder une part de leur contrôle. On a donc opté pour un *statu quo* sur les lignes de partage entre constitutionnalité et conventionnalité. Le juge ordinaire devient juge de la transmission de la question de constitutionnalité à un Conseil constitutionnel qui conserve le monopole du contrôle au fond. Et, pour assurer le recentrage des droits et libertés vers la Constitution, la question de constitutionnalité est prioritaire sur celle de la conventionnalité.

Quelle est alors l'amplitude des pouvoirs du juge au sein d'un dispositif axé sur une « reconstitutionnalisation » de la protection des droits et libertés ? Il s'avère qu'il dispose de pouvoirs modulés, tant face à une question de constitutionnalité (I) que face à la priorité de la question (II).

I. Le juge, maître de la transmission de la question de constitutionnalité

Point de passage incontournable de la question vers le Conseil constitutionnel, le juge a été doté de pouvoirs conséquents. Il exerce un filtrage qui aboutira – ou pas – à la transmission au juge constitutionnel. Le sort contentieux de la question de constitutionnalité a donc été placé entre ses mains, non sans précautions car la nature décisive des pouvoirs du juge pouvait être un pari risqué.

A. Un filtrage décisif

De par son rôle de filtre, le juge est un acteur-clé du contrôle *a posteriori*. Il y a toutefois un scénario imposé car le filtrage est encadré par les textes. Il fallait bien baliser le dispositif, ne serait-ce que pour que les deux ordres de juridiction, judiciaire et administratif, statuent au regard des mêmes critères. Il s'agissait aussi de se prémunir contre un afflux de questions, et contre un éventuel mauvais vouloir du juge face à une question qu'il ne juge pas lui-même au fond⁵. Pour reprendre une image souvent utilisée, le filtre ne devait être ni verrou ni bouchon, ce à quoi nous pourrions ajouter ni passoire... Autrement dit, ni trop large, ni trop étroit.

⁵ V. A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 25 janvier 2010, p.80 et s.

Dans cette optique, le filtrage est double et en progressif ; d'abord opéré par le juge saisi de la question, il est réitéré par la juridiction suprême – la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat – seule titulaire du pouvoir de transmettre la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel⁶. Les deux filtrages s'effectuent au regard de conditions prédéterminées⁷, avec quelques nuances significatives de la progressivité voulue par les auteurs de la réforme.

Le premier filtre⁸ doit s'assurer de la présence de trois conditions cumulatives. La disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure en cours, ou constituer le fondement des poursuites. Elle ne doit pas avoir déjà été déclarée expressément conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel⁹, sauf changement de circonstances. Et enfin la question ne doit pas être « dépourvue de caractère sérieux ». Dès lors que ces trois pré-requis sont réunis le juge est tenu de transmettre la question à la juridiction suprême « sans délai », et de sursoir à statuer sur le fond de l'affaire¹⁰.

Second filtre, la juridiction suprême revoie la copie du premier juge dans un délai maximal de trois mois. Elle doit s'assurer de la réunion des trois critères cumulatifs, avec toutefois une différence significative pour le troisième. A ce stade, la question doit « présenter un caractère sérieux », formulation positive qui suggère un tamisage plus fin que celui qui été effectué par le premier juge. De plus, il y a une alternative au caractère sérieux. Le renvoi au Conseil constitutionnel peut être fondé sur le fait qu'il s'agit d'une « question nouvelle »¹¹.

⁶ Ce double filtrage peut sembler singulier au regard du droit comparé. Il s'est imposé pour mieux réguler le flux des questions. Il faut dire aussi que le double filtrage préserve le pouvoir du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ; les juridictions suprêmes auraient vu d'un assez mauvais œil que les juridictions inférieures puissent s'affranchir d'elles par une transmission directe au Conseil constitutionnel...

⁷ Par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

⁸ Le juge de première instance ou le juge d'appel, car la question prioritaire de constitutionnalité est invocable à tous les stades de l'instance.

⁹ Selon les termes de la loi organique, la disposition législative ne doit pas avoir « déjà été déclarée à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ». La formule a le mérite d'englober dans le champ d'une potentielle question prioritaire de constitutionnalité les dispositions d'une loi visées par le « considérant balai », parfois utilisé par le Conseil constitutionnel qui dispose qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office la constitutionnalité des autres articles de la loi sur laquelle il a été appelé à se prononcer.

V. P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA* 2009, p.1015.

¹⁰ La loi organique prévoit des exceptions, notamment lorsque l'instance a trait à une privation de liberté, lorsque les textes imposent au juge de statuer dans un délai déterminé ou en urgence, ou bien encore lorsque le sursis risque d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie.

¹¹ Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée pour la première fois en cassation, le filtrage unique est opéré au regard de ces critères.

Au regard de ce bref panorama des critères de transmission imposés au juge¹², force est de constater qu'ils ne sont que relativement contraignants et qu'ils lui laissent une marge d'appréciation non négligeable.

C'est sans doute le critère relatif au caractère sérieux qui offre la marge d'appréciation la plus forte. Le premier juge est certes censé « juste » s'assurer que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux, ce qui semble induire un contrôle léger. Il n'en a pas moins un pouvoir d'appréciation. Lors du second filtrage, le pouvoir d'appréciation de la juridiction suprême est encore plus consistant puisque, nous l'avons souligné, la question doit avoir un caractère sérieux. Or, le contrôle du caractère sérieux est quelque peu ambivalent. Ne s'agit-il pas d'un « pré-contrôle de constitutionnalité » ? Car comment apprécier le caractère sérieux sans confronter la disposition législative aux droits ou libertés invoqués ? A minima en principe, puisqu'il est acquis que le juge ordinaire ne contrôle pas la constitutionnalité des lois. Mais, même dans ce cas, on se trouve à la lisière du contrôle de constitutionnalité. Et l'appréciation peut s'apparenter à un « pré-jugement » de constitutionnalité au sens où dire qu'il n'y a pas de caractère sérieux revient *de facto* à donner un brevet de constitutionnalité¹³.

Les juridictions suprêmes disposent d'un pouvoir d'appréciation supplémentaire *via* l'alternative qui leur permet de décider de transmettre une question nouvelle. D'autant plus qu'en dessinant les contours de ce type de question dans sa décision relative à la loi organique le Conseil constitutionnel l'a en quelque sorte dédoublée. Il a en effet considéré qu'il s'agit de « l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il a n'a pas eu l'occasion de faire application » et que « dans les autres cas » il appartient au juge « d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel »¹⁴, seconde branche qui ouvre la voie à une jurisprudence constructive.

Le filtrage peut par conséquent s'avérer plus ou moins sélectif. Et, bien qu'encadrés, les pouvoirs du juge ne sont pas négligeables. D'autant plus que les jugements relatifs à la transmission ne sont pas susceptibles de recours¹⁵. D'où un certain suspense jusqu'à l'entrée en vigueur du dispositif, quel usage le juge allait-il faire de ses pouvoirs, généreux ou parcimonieux ?

B. Un filtrage pondéré

Le suspense est levé depuis quelques mois et le premier train de jurisprudence apporte un début de réponse. Le flux de questions transmises au

¹² Sur l'ensemble des conditions fixées par la loi organique, v. not. P. Bon, *RFDA* 2009, art.cit. p.1107 et s.

¹³ B. Mathieu, « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat », *La Semaine Juridique*, n°17, 26 avril 2010, p.870.

¹⁴ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a clarifié les choses à titre préventif. La nouveauté ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative mais au regard de la disposition constitutionnelle ; le seul fait qu'une disposition législative n'aie pas encore été examinée par le Conseil constitutionnel ne saurait donc constituer une question nouvelle.

¹⁵ En ce qui concerne le premier juge, il y a toutefois un biais le refus de transmettre pouvant être contesté à l'occasion du recours contre la décision qui règle tout ou partie du litige.

Conseil constitutionnel¹⁶ et la motivation des décisions montrent que les deux hautes juridictions jouent le jeu du renvoi. Pour l'instant, le juge semble avoir une conception pondérée de son rôle de filtre, avec toutefois un peu plus d'audace du côté de la Cour de cassation.

La déclinaison de deux critères les plus souples – le caractère sérieux et la question nouvelle – est particulièrement éclairante sur l'attitude du juge face à ses nouveaux pouvoirs¹⁷.

Le juge était en quelque sorte attendu au tournant sur le contrôle du caractère sérieux. S'il était clair qu'il induit un contrôle de constitutionnalité qui ne dit pas son nom, restait à savoir jusqu'où irait le juge. Franchirait-il le Rubicon en préjugant de la constitutionnalité ? La jurisprudence est révélatrice d'une certaine prudence, du moins lorsque le juge décide de transmettre la question¹⁸.

Le Conseil d'Etat fait preuve d'une retenue plus marquée que celle de la Cour de cassation. En témoigne la motivation assez sibylline de ses décisions. Le juge administratif s'en tient à affirmer que la question présente un caractère sérieux¹⁹. Il est vrai que le laconisme est un peu la « marque de fabrique » de la haute juridiction administrative, mais en l'espèce on peut y voir un signe de *self restraint* ; en se limitant à constater que la question présente un caractère sérieux, sans plus d'explications, le Conseil d'Etat laisse l'intégralité du contrôle de constitutionnalité au fond aux mains du Conseil constitutionnel. Moins minimalisme dans ses motivations puisqu'elle exprime la teneur du doute sur la constitutionnalité, qui fait la substance du caractère sérieux de la question, la Cour de cassation n'en a pas pour autant franchi la frontière, elle s'en tient en effet le plus souvent aux éléments d'inconstitutionnalité manifestes et évidents.

Les deux hautes juridictions étaient aussi attendues sur le terrain de la question nouvelle, et spécialement sur l'usage du pouvoir d'apprécier « l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel » selon la formule adoptée par ce dernier²⁰. Jusqu'à présent l'alternative de la question nouvelle n'a suscité que peu de décisions. S'il n'est pas encore aisé de prendre la mesure du pouvoir d'appréciation du juge il y a toutefois quelques indicateurs.

¹⁶ Au 1^{er} septembre 2010, soit six mois après l'entrée en vigueur de la réforme, les deux hautes juridictions avaient déjà rendu 222 décisions, dont 38% décisions de renvoi ; sur les 58 questions transmises au Conseil constitutionnel, 28 provenaient de la Cour de cassation et 30 du Conseil d'Etat. A la même date, le Conseil constitutionnel avait rendu 22 décisions, dont 5 de non-conformité, 2 de conformité partielle et 1 de conformité sous réserve d'interprétation.

¹⁷ La jurisprudence est d'ores et déjà riche d'enseignements sur les autres critères de transmission. V. not. P. Bon, *RFDA* 2010, art.cit. ; B. Mathieu, « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité », *La Semaine Juridique*, 2010 n°38 p.932 et n°47 p.2192, Chron.

¹⁸ Dans le cas contraire, la motivation sur l'absence de caractère sérieux est davantage à la lisière d'une décision de conformité à la Constitution mais peut-il en être autrement compte tenu de l'office du juge ?

¹⁹ V. B. Mathieu, art.cit, p.870 ; P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *RFDA* 2010, p.690 et s.

²⁰ Décision du 3 décembre 2009, op.cit.

Le Conseil d'Etat en reste au constat lapidaire selon lequel le moyen soulève une question nouvelle²¹. En revanche, dans sa première décision de transmission sur ce fondement, relative au mariage entre personnes du même sexe, la Cour de cassation a clairement fait état de son pouvoir d'appréciation en déduisant le caractère nouveau de la question du « large débat dans la société en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers »²².

Si le rodage du nouveau dispositif est globalement placé sous le signe d'une conduite prudente, il faut souligner que la Cour de cassation a parfois adopté des positions « défensives », ou du moins révélatrices de sa volonté de préserver son autonomie envers le Conseil constitutionnel.

Tel a été le cas lorsqu'elle a estimé que l'interprétation d'une disposition législative par le juge ne peut pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité²³. En s'en tenant à une définition purement textuelle de la notion de disposition législative la Cour de cassation conservait certes l'entière maîtrise de sa mission d'interprète de la loi ; mais le contrôle de constitutionnalité du « droit vivant » n'était-il pas l'implacable logique du nouveau dispositif ? Controversée, la position de la Cour de cassation vient d'être infirmée par le Conseil constitutionnel, avec une précaution révélatrice des enjeux de pouvoir entre les juges. En posant le principe selon lequel « tout le justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante » confère à une disposition législative, le Conseil constitutionnel reconnaît autant le rôle régulateur des deux hautes juridictions en tant qu'interprètes de la loi que la sphère de son propre contrôle²⁴.

La mise en place du dispositif ne va donc pas sans tensions, et l'épisode montre que les contours de la marge d'appréciation du juge sur les critères de transmission sont aussi appelés à être délimités par le Conseil constitutionnel.

Il n'en reste pas moins que, face à une question de constitutionnalité, seuls le Conseil d'Etat et la Cour de cassation décident de son renvoi au Conseil

²¹ La formule est identique dans les trois décisions de renvoi prises sur ce fondement, CE 23 avril 2009 *M. Cachard*, CE 2 juin 2010, *Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle-Calédonie* et CE 10 novembre 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*. Par contre, lorsqu'il se fonde sur l'autre branche de la question nouvelle – l'hypothèse de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de faire application – le Conseil d'Etat est plus explicite. Tel est le cas dans la décision du 8 octobre 2010 *Daoudi*, où il considère que le moyen tiré de ce que l'article L.712-2 du CESEDA méconnaît « le principe selon lequel nul ne peut être condamné à la peine de mort énoncé à l'article 66-1 de la Constitution, dont le Conseil constitutionnel n'a pas fait application à ce jour, soulève une question qui présente un caractère nouveau ».

²² Cass. 1^{ère} Ch. civile, 16 novembre 2010, n°10-40042.

²³ Cass., QPC, 19 mai 2010, n°12009, 12019, 12020, 12021, 12023.

²⁴ Décision n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, rendue sur renvoi de la Cour de cassation et décision n°2010-52 QPC, rendue sur renvoi du Conseil d'Etat. V. B. Mathieu, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *La Semaine Juridique*, 2010, n°44, p.1071 et s.

constitutionnel²⁵. Mais un justiciable - ou plutôt son avocat - a toujours plusieurs atouts dans sa manche et rien ne l'empêche de soulever simultanément le moyen tenant à l'inconventionnalité de la loi. Dans cette hypothèse, le juge est confronté au principe de priorité de la constitutionnalité.

II. Un juge contraint par la priorité de la question de constitutionnalité

La nature prioritaire de la question de constitutionnalité exprime tout l'esprit de la réforme, assurer la primauté de la Constitution et contrecarrer la tendance à la conventionnalisation du contrôle des droits et libertés en attirant la protection vers le Conseil constitutionnel. Affirmé par la loi organique de 2009, le principe de priorité de la question de constitutionnalité contraint le juge à statuer d'emblée sur la transmission, ce qui n'est pas sans effets collatéraux sur son office de juge de la conventionnalité.

A. Une contrainte déjà atténuée

Dès lors qu'elle est soulevée par le justiciable la question de constitutionnalité bénéficie d'une priorité d'examen, y compris sur la question de conventionnalité. Le juge est tenu de se prononcer sur la transmission, et s'il décide de transmettre la règle du sursis à statuer s'applique²⁶; le juge du fond ne récupère par conséquent son pouvoir qu'après la réponse sur la constitutionnalité²⁷. Parce qu'elle diffère le contrôle de conventionnalité dans le temps, la priorité de la question de constitutionnalité a engendré bien des débats dès l'élaboration de la loi organique, puis des tensions entre les juges, apaisées par l'arbitrage de la CJUE au prix d'une redéfinition de la priorité.

Fortement discuté en 2009²⁸, le caractère prioritaire de question de constitutionnalité s'est imposé pour des raisons qui tiennent tant à l'esprit du dispositif qu'à une tactique envers le juge.

D'une part, il est dans la logique du recentrage de la protection des droits et libertés vers la Constitution. Faire primer la Constitution implique de répondre

²⁵ La question de l'opportunité d'instituer une procédure d'appel à l'encontre des décisions des deux hautes juridictions a été posée à l'occasion du bilan d'étape réalisé le 1^{er} septembre par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Les avis étaient d'autant plus partagés que « l'affaire » du refus de la Cour de cassation de transmettre une question sur l'interprétation d'une disposition législative par le juge était encore pendante. La Commission s'est finalement prononcée pour un *statu quo* sur l'ensemble dispositif. V. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, auditions aux fins d'évaluer la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, séance du 1^{er} septembre 2010, *Compte rendu* n°81 et n°82.

²⁶ Sauf dans les hypothèses visées par la loi organique, *op.cit.*, note 9.

²⁷ Ou, bien entendu, la décision de non renvoi au Conseil constitutionnel si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas transmettre.

²⁸ V. les différents points de vue exprimés lors des auditions devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Rapport, *Assemblée Nationale*, n°1898, Annexes, p.91 et s.

d'abord sur ce terrain, d'autant plus que les effets du contrôle sont radicaux, la disposition législative inconstitutionnelle est abrogée, tandis que celle qui est inconstitutionnelle n'est qu'écartée.

Par ailleurs, et peut-être surtout, le mécanisme de la priorité coupe court à une stratégie potentielle du juge lorsqu'il est saisi des moyens tenant à l'inconstitutionnalité et à l'inconstitutionnalité. S'il avait été libre de choisir sur quel terrain il se place en premier, il est fort probable que le juge aurait opté pour celui qu'il maîtrise de A à Z... donc la conventionnalité. Le nouveau dispositif aurait alors été réduit à une peau de chagrin compte tenu de la proximité des droits et libertés conventionnalisés et constitutionnalisés²⁹.

Le consensus sur le principe de la priorité était toutefois assorti d'un bémol. Dans sa version d'origine le projet de loi comportait une réserve liée aux exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution - par ricochet, aux exigences du droit de l'Union européenne. Débattue, notamment parce qu'elle semblait problématique au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la portée de l'article 88-1³⁰, la réserve a été écartée par le Parlement³¹.

Lors de l'examen de la loi organique, le Conseil constitutionnel avait certes pris soin de souligner que la priorité ne restreint pas la compétence du juge de veiller au respect de la primauté du droit international et des normes de l'Union européenne sur la loi³². La question de « l'euro compatibilité » du dispositif restait toutefois pendante, et discutée par la doctrine. Par son effet retard sur l'examen de la conventionnalité, l'exigence de priorité était-elle compatible avec les exigences communautaires, l'efficacité mais aussi l'effectivité et l'équivalence procédurale³³?

Par une décision qui a suscité bien des vagues, la Cour de cassation a provoqué une prise de position de la CJUE, qui a calmé la tempête par une approche

²⁹ V. not. A. Roblot-Troizier, art.cit. ; D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ? », *LPA*, 2009, n°126, p.7 et s.

³⁰ Les contours de l'exigence constitutionnelle ne coïncident pas avec ceux du principe général de primauté du droit de l'U.E. En l'état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'a délimité les exigences de l'article 88-1 que par l'obligation pour le législateur de transposer les directives communautaires, sous réserve du respect des règles et principes « inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », décisions n°2004-496 DC du 10 juin 2004 et n°2006-540 du 27 juillet 2010. Sur l'ensemble des arguments avancés lors des auditions devant la Commission v. Rapport, *Assemblée Nationale*, op.cit.

³¹ Art.23-2 « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation », *loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

³² Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009. Le Conseil constitutionnel considérait en conséquence que la loi n'était pas contraire aux articles 55 et 88-1 de la Constitution.

³³ V. B. Genevois, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA* 2010, p.p5-6 ; Paul Cassia, « Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *AJDA* 2009, p.2193.

consensuelle de la priorité. De façon audacieuse, la Cour de cassation avait saisi la CJUE d'une question préjudicielle relative à la conformité du mécanisme prioritaire au droit de l'Union, plus précisément à l'article 267 TFUE³⁴. Selon elle, la priorité avait pour effet de priver le juge du fond de la possibilité de poser la question préjudicielle à la CJUE, non seulement avant le jugement sur le renvoi au Conseil constitutionnel mais aussi après la décision de celui-ci « si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne »³⁵.

La riposte du Conseil constitutionnel ne s'est pas fait attendre, à l'adresse de la Cour de cassation, mais surtout à l'attention de la CJUE devant laquelle l'affaire était pendante. Il a décerné un « brevet de conventionnalité » au dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité, autant sur le terrain de l'efficacité que de l'effectivité. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que les textes ne faisaient pas obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne « fasse à tout moment ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ». Nuançant la portée du principe de priorité, il affirmait en outre que le juge conserve la possibilité de saisir la CJUE d'une question préjudicielle, même lorsqu'il a transmis une question de constitutionnalité³⁶. Par sa décision *Rujovic*, le Conseil d'Etat lui a très vite emboité le pas³⁷.

Dernier protagoniste de cet épisode, la CJUE a adopté une position de compromis qui témoigne de son écoute envers les garanties avancées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, mais aussi de sa volonté d'assurer une primauté

³⁴ La Cour de cassation était saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité au regard de l'art.88-1 qui, selon le justiciable, donnait par ricochet valeur constitutionnelle à la libre circulation des personnes visée par le Traité de Lisbonne. Or, elle a choisi de saisir d'emblée la CJUE d'une question préjudicielle sur la conformité de loi organique de 2009 à l'art.267 TFUE, en ce qu'elle impose la priorité de la question de constitutionnalité. Par l'arrêt *Abdeli*, du même jour (Cass., 16 avril 2010, n°12003 ND, *M.Abdeli*) elle renvoyait une seconde question préjudicielle, très voisine sur le fond, au sujet de la compatibilité de l'art.78-2 al.4 du code de procédure pénale avec l'art.67 du TFUE. Les réactions ont souvent été vives, la Cour de cassation étant soupçonnée de vouloir tuer la question prioritaire de constitutionnalité...

³⁵ Cass., 16 avril 2010, n°10-40.001 QPC *M.Melki*. Sur cet argument, il a été largement souligné que la Cour de cassation faisait abstraction du refus constant du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionnalité des lois, position qu'il a fixée dans la décision du 15 janvier 1975, op.cit.

Parmi les nombreux commentaires de cette décision v. P. Manin, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne » *AJDA* 2010, p.1023 ; M. Gautier, « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 » *RFDA* 2010, p.449.

³⁶ Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010. Le Conseil constitutionnel réaffirmait également le principe de son incompétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois, et confirmait la compétence du juge administratif et du juge judiciaire dans ce domaine.

³⁷ CE, 14 mai 2010, *M. Rujovic*, n°312305. V. F. Scanvic, « La question de constitutionnalité est-elle vraiment prioritaire ? », *AJDA* 2010, p.1459 et s.

maximale du droit communautaire. Le « brevet CJUE » décerné par la Cour de l'Union³⁸ est un brevet sous réserve, la compatibilité avec le droit de l'Union étant conditionnée par une nouvelle grille de lecture du mécanisme de priorité.

La priorité de la question de constitutionnalité devient relative et contingente. Elle peut en effet céder lorsque le droit de l'Union est en cause, si le juge estime qu'il convient de poser la question préjudicielle à la CJUE. En affirmant que les juridictions nationales doivent pouvoir rester libres de la saisir « à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité » la Cour de l'Union libère largement le juge de la contrainte de la priorité en lui offrant la possibilité de la saisir soit avant la transmission soit simultanément. Il faut aussi souligner que la compatibilité du dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union est conditionnée par l'office du juge qui doit pouvoir « adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ».

La priorité est en outre à géométrie variable, elle peut en effet basculer vers la CJUE. La Cour a saisi l'occasion qui se présentait à elle pour affirmer sa propre compétence prioritaire lorsqu'est en cause une loi qui transpose mécaniquement une directive. Le jeu des priorités en devient quelque peu complexe, la Cour ayant fait de cette question préjudicielle le préalable obligatoire au contrôle de constitutionnalité³⁹.

Bien que la priorité de la question de constitutionnalité soit susceptible de modulations lorsqu'il s'agit du droit de l'Union européenne, elle reste le principe. Dans la majorité des cas lorsque le justiciable soulève le moyen tenant à l'inconventionnalité le juge reste soumis au principe de priorité, alors différé dans le temps le contrôle de conventionnalité n'en est pas pour autant moins substantiel.

B. L'autonomie de la conventionnalité

Le dispositif du contrôle *a posteriori* a été conçu sur la base du principe de l'autonomie du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité⁴⁰. Ainsi, la question prioritaire de constitutionnalité ne fait pas obstacle à un contrôle de conventionnalité différé. En outre, comme le démontre la jurisprudence récente, il n'est pas exclu qu'une loi déjà jugée par le passé sur le terrain de la conventionnalité fasse l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel.

Par sa configuration, le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité préserve l'autonomie de la conventionnalité. Même s'il est contraint par la priorité de la question de constitutionnalité, le juge retrouve son pouvoir en amont du contrôle de constitutionnalité⁴¹. Toutefois, concrètement, l'étendue du pouvoir du juge de la conventionnalité dépend de deux variables, le

³⁸ CJUE, gde ch., 22 juin 2010, *Melki et autres*, aff. C-188/10 et C-189/10.

³⁹ V. M. Houser, « Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel : la Cour de justice s'en mêle...sagement », *LPA*, 2010, n°191, p.8.

⁴⁰ Le principe a été clairement réaffirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010, op.cit, cons.11

⁴¹ Ou après la décision de non renvoi de la juridiction suprême.

moyen invoqué par le justiciable et l'aboutissement de la question de constitutionnalité.

En matière de droit communautaire, la CJUE a conforté l'autonomie du juge la conventionnalité en reconnaissant aux juridictions nationales la liberté 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 »⁴².

Il convient aussi de souligner que la question de constitutionnalité est cantonnée aux droits et libertés garantis par la Constitution. Or l'inconventionnalité peut se situer ailleurs qu'en matière de droits et libertés, ce dont le juge jugera pleinement lorsque la question reviendra devant lui.

C'est bien entendu dans le contentieux des droits et libertés que le problème est le plus sensible car il y a de fortes chances pour que le juge soit saisi des deux questions sur ce terrain. Les droits et libertés constitutionnalisés et internationalisés sont en effet loin d'être parfaitement identiques. Il existe bien un certain nombre de jumeaux, mais ce sont parfois des faux jumeaux au regard des interprétations du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de conventionnalité est alors un atout supplémentaire pour le justiciable, elle lui permet de se prémunir autant contre une éventuelle décision de constitutionnalité que contre un refus de transmission. Par sécurité, il a donc tout intérêt à se placer d'emblée sur les deux terrains. A fortiori lorsqu'est aussi en cause un droit ou une liberté qui n'a pas d'équivalent en droit interne. Toutefois, les pouvoirs du juge de la conventionnalité ne sont pas sortis tout à fait indemnes d'un dispositif pensé pour ramener la protection des droits et libertés vers le Conseil constitutionnel et il ne sera en mesure de juger de la conventionnalité de la disposition législative que si celle-ci n'a pas été déclarée inconstitutionnelle. En ce sens, le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité fait en quelque sorte du juge ordinaire et du Conseil constitutionnel des associés-rivaux. Et il n'est pas exclu que le juge joue la stratégie, c'est-à-dire contourne la question de constitutionnalité, en estimant que les conditions de transmission ne sont pas remplies, pour récupérer son contrôle en jugeant d'emblée de la conventionnalité. Mais ce n'est qu'un scénario et la concurrence entre les juges n'est que potentielle. Qui plus est, les premiers usages de la question prioritaire de constitutionnalité sont significatifs de la complémentarité des deux contrôles.

Le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité ne s'absorbent pas, bien au contraire. C'est ce qu'a démontré la jurisprudence du Conseil d'Etat dès la mise en place du dispositif. Saisi de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur des dispositions législatives qu'il avait antérieurement jugées sous l'angle de la conventionnalité, le juge administratif a choisi de les renvoyer au Conseil constitutionnel⁴³. Et les solutions qui ont été adoptées par le Conseil d'Etat dès ses premières décisions de renvoi, puis par le Conseil constitutionnel, sont particulièrement révélatrices de l'autonomie des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.

⁴² CJUE 22 juin 2010, op.cit, pt 57.

⁴³ CE, 14 avril 2010, *M^{me} Lazarre*, n°329290 et CE, *M. et M^{me} Labanne*, n°336753.

Ainsi, une disposition législative déjà jugée inconstitutionnelle peut faire l'objet d'une question de constitutionnalité. Et, comme cela a été le cas dans l'affaire *Mme Lazarre*, elle peut être déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel⁴⁴ et par conséquent abrogée, preuve de l'efficacité juridique de la question de constitutionnalité puisque jusque là son inconstitutionnalité n'avait eu pour effet que de l'écarter.

Il s'avère aussi qu'une disposition législative déjà jugée compatible avec la CEDH, et donc conventionnelle, peut faire l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel. La décision d'inconstitutionnalité rendue par ce dernier dans l'affaire de la « cristallisation des pensions » montre que l'appréciation au regard des droits et libertés constitutionnalisés, ici le principe d'égalité, peut différer de l'appréciation qui a été effectuée au regard des droits et libertés européens, dont la portée n'est pas similaire⁴⁵.

Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de l'article 575 du code de procédure pénale, que la Cour européenne des droits de l'homme avait pourtant estimé conforme à l'article 6 de la CEDH⁴⁶. En se plaçant sur un fondement différent, le principe du respect des droits de la défense tel qu'il l'interprète, le Conseil constitutionnel a considéré la disposition inconstitutionnelle⁴⁷.

Quelle qu'ait pu être son issue, la question de la conventionnalité n'épuise donc pas celle de la constitutionnalité. De même que la question de constitutionnalité n'épuise pas celle de la conventionnalité, notamment lorsque la disposition législative est conforme à la Constitution ou que l'inconstitutionnalité se situe ailleurs. La question prioritaire de constitutionnalité ouvre bien des jeux croisés, et donne une nouvelle tonalité aux pouvoirs du juge ; reste une inconnue, la consolidation ou l'inflexion des premiers usages.

REFERENCES

Bon P. (2009) La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA*.

Bon, P. « Premières questions, premières précisions », *RFDA*.

Cassia, Paul (2009) Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, *AJDA*.

Gautier, M. (2010) La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, *RFDA*.

⁴⁴ Cons. const. 11 juin 2010, n°2010-2 QPC.

⁴⁵ Cons. const. 28 mai 2010, n°2010-1 QPC. V. S-J Liéber et D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, p.1355 ; B. Mathieu « Les débuts prometteurs de la question de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat », *La Semaine Juridique*, n°17, 26 avril 2010, p.868 et s.

⁴⁶ CEDH, 2^{ème} sect., 3 décembre 2002, *Berger c/France*, n°48221/99.

⁴⁷ Cons. const. 23 juillet 2010, n°2010-15/23 QPC.

- Genevois, B. (2010) Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, *RFDA*.
- Houser, M. (2010) Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel : la Cour de justice s'en mêle...sagement, *LPA*.
- Liéber, S.-J., D.Botteghi (2010) Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, *AJDA*.
- Manin, P. (2010) La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, *AJDA*.
- Mathieu, B. (2010) Les débuts prometteurs de la question de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat, *La Semaine Juridique*, 17.
- Mathieu, B. (2010) Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité, *La Semaine Juridique*, 38.
- Mathieu, B. (2010) La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC, *La Semaine Juridique*, 44.
- Roblot-Troizier, A. (2010) La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, *AJDA*.
- Rousseau, D. (2009) La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ?, *LPA*.
- Scanvic, F. (2010) La question de constitutionnalité est-elle vraiment prioritaire ?, *AJDA*.