

## LE NOUVEAU VISAGE DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

**Guillaume Drago**

**P.U.F. | *Revue française de droit constitutionnel***

**2010/4 - n° 84  
pages 751 à 760**

**ISSN 1151-2385**

Article disponible en ligne à l'adresse:

-----  
<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-4-page-751.htm>  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Drago Guillaume , « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel » ,  
*Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4 n° 84, p. 751-760. DOI : 10.3917/rfdc.084.0751  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour P.U.F..

© P.U.F.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

DE LA « PORTE ÉTROITE » À LA PORTE OUVERTE

Depuis la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par l'article 61-1 de la Constitution<sup>1</sup>, le contentieux constitutionnel français présente un nouveau visage. Cette nouvelle procédure, effective depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, vient équilibrer le contrôle *a priori* de constitutionnalité, réservé aux autorités constitutionnelles énoncées par l'article 61 de la Constitution<sup>2</sup>. Le débat de constitutionnalité concernant les lois, jusque-là limité aux lois avant leur promulgation et faisant participer les seules autorités publiques, devient un débat concret, soulevé à propos d'une loi entrée en vigueur, à l'occasion d'un procès devant un juge ordinaire, administratif, judiciaire ou financier. Ce changement d'approche des questions de constitutionnalité fait du justiciable et de ses conseils, avocats à la Cour ou aux Conseils, les nouveaux acteurs du contentieux constitutionnel.

La « porte étroite » du Conseil constitutionnel, pour reprendre l'expression évangélique utilisée par le doyen Georges Vedel<sup>3</sup>, est devenue la porte ouverte. Jusqu'en 2010, le justiciable et plus largement les citoyens

Guillaume Drago, professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, directeur du Centre d'Études constitutionnelles et politiques.

1. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *JO* du 24 juillet 2008, p. 11890 créant un article 61-1 de la Constitution ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

2. Président de la République, Premier ministre, présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, et depuis 1974, soixante députés ou soixante sénateurs.

3. G. Vedel, L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite, *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1, 13 et 14.

et les acteurs du droit – avocats, associations, syndicats, groupes d'inté-rêt... – devaient utiliser des procédés officieux pour faire valoir une argu-mentation devant le Conseil, mémoires et documents qu'il pouvait laisser de côté à son gré. Avec la procédure de QPC, l'accès du justiciable est orga-nisé, même s'il est fortement encadré par les conditions générales d'ou-verture du contentieux et les différents filtres juridictionnels mis en place.

Il ne s'agit pas ici de faire une présentation générale de la procédure, ce qui a déjà été fait dans cette *Revue* et dans de très nombreuses publi-cations<sup>4</sup>, mais d'analyser de façon générale les premières décisions ren-dues par le Conseil constitutionnel, le commentaire de chacune d'entre elles étant présenté ensuite.

## ÉLÉMENTS STATISTIQUES

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées devant les juges du fond, « filtrées » par la Cour de cassation et le Conseil d'État et déjà jugées par le Conseil constitutionnel. Conseil d'État et Cour de cassation ont communiqué en juillet 2010 des éléments statistiques permettant de dessiner les pre-miers contours de ce nouveau visage du contentieux constitutionnel.

En ce qui concerne les juridictions administratives, au 26 août 2010, 507 QPC ont été enregistrées devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel (346 devant les tribunaux et 161 devant les cours). Le Conseil d'État a été saisi directement de 104 QPC. Sur l'en-semble des QPC traitées à cette date (130 en comptabilisant tous les modes de saisine), le Conseil d'État a transmis 33 questions au Conseil constitutionnel dont 12 provenaient des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et 21 directement soumises au Conseil d'État, ce qui donne 25,4 % de QPC transmises. Il faut y ajouter 18 QPC faisant l'objet d'un sursis à statuer en l'attente d'une décision du Conseil constitutionnel portant sur des questions analogues déjà transmises. Devant le Conseil d'État, la matière fiscale forme environ 33 % des questions, le droit des collectivités territoriales 10 %, et le droit social 17 % (principalement le droit des pensions). Le délai moyen de juge-ment devant le Conseil d'État a été de 51 jours environ, le délai mini-mum d'examen étant d'un jour et maximum de 28 jours<sup>5</sup>.

Concernant la Cour de cassation, au 1<sup>er</sup> septembre 2010, 360 ques-tions prioritaires de constitutionnalité ont été enregistrées, dont 127

4. M. Fatin-Rouge Stéfani, *cette Revue*, n° 78, 2009, p. 269 ; X. Philippe, *cette Revue*, n° 82, 2010, p. 273 et bibliographie citée. On trouvera des références bibliographiques tenues à jour sur le site internet du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

5. Source : audition du vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé par la commis-sion des lois de l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> septembre 2010, *CR*, n° 81, p. 15.

transmises par les juridictions de fond et 233 soulevées à l'occasion d'un pourvoi. Sur les 256 questions examinées, 99 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, soit 45 % des questions examinées<sup>6</sup>.

En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, au 6 août 2010, date de la dernière décision rendue au cœur de l'été, 22 décisions avaient été rendues par le Conseil : 10 décisions de conformité (dont une combinée avec un non-lieu à statuer), 2 de conformité avec réserves d'interprétation, 5 de non-conformité totale dont une avec effet différé de la censure, 2 de non-conformité partielle dont une avec effet différé, 4 non-lieux à statuer (dont une combinée avec une déclaration de conformité, cf. *supra*).

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ces statistiques. D'abord, la question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à saisine des deux ordres de juridiction, dans des proportions non négligeables, mais elles ne forment pas un contentieux de masse et on ne voit pas poindre de contentieux en « séries », pour lequel le décret du 16 février 2010 prévoit un traitement particulier. Mais elles ne sont pas à exclure dans l'avenir, dans le domaine fiscal, pénal, social, ou celui du droit des agents publics, domaines dans lesquels des questions peuvent se reproduire à l'identique facilement. Va-t-on assister à un « effet de pic », après la montée en puissance des questions posées au second semestre 2010 ? Rien ne permet de l'affirmer, d'autant plus que la QPC est un processus d'apurement de l'ordre juridique devant conduire à éliminer progressivement les dispositions législatives inconstitutionnelles, et donc à une réduction progressive de l'objet du contentieux. La question se posera de savoir si les parlementaires préféreront laisser jouer le mécanisme de la QPC plutôt que le contrôle *a priori* qui leur revient, afin de laisser aux avocats le soin de déclencher le contrôle de constitutionnalité de la mise en œuvre de la loi, les parlementaires saisissant le Conseil constitutionnel selon des motivations plus politiques et médiatiques.

Ensuite, les juridictions de fond comme les cours suprêmes ont répondu dans les délais prévus par les textes aux QPC dont elles étaient saisies, le plus souvent dans un délai bien plus bref pour les cours suprêmes, comme tient à le faire remarquer le Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel a suivi le même chemin puisque toutes les décisions ont été rendues dans un délai largement inférieur aux trois mois, délai ultime imposé par les textes.

Enfin, le filtre n'a pas été un bouchon, pour reprendre l'expression du vice-président du Conseil d'État lors des travaux préparatoires des textes d'application de la réforme. Les cours suprêmes ont joué le jeu qui leur était demandé en examinant un pourcentage substantiel de questions et en les renvoyant au Conseil constitutionnel dans des proportions raison-

6. Audition de Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, par la commission des lois de l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> septembre 2010, *CR*, n° 82, p. 17.

nables. À cet égard, l'appréciation critique portée sur ce point à l'égard de la Cour de cassation par certains praticiens du droit est infondée. La Cour de cassation a su exercer sa fonction de cour suprême en opérant un tri dans les questions posées, faisant pleinement jouer les critères posés dans la loi organique<sup>7</sup>. Quant au débat soulevé par la Cour relatif au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité<sup>8</sup> par rapport au contrôle de conventionnalité, la conduisant à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur ce point, il a plutôt attiré l'intérêt sur cette procédure et donné lieu à des débats doctrinaux inégalés et des réponses jurisprudentielles importantes, de la part du Conseil d'État<sup>9</sup>, du Conseil constitutionnel<sup>10</sup>, et bien sûr de la Cour de justice et de la Cour de cassation *in fine*, refusant de transmettre les questions posées<sup>11</sup>. Il est à noter que la question en cause – la priorité d'examen de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité – a conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur ce point, non selon le support de l'examen d'une QPC, mais à l'occasion du contentieux *a priori* de l'article 61 de la Constitution, répondant à l'argumentation de la saisine parlementaire opportunément complétée sur ce point par ses auteurs... Ceci illustre les relations entre contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*, ce qui devrait se vérifier dans l'avenir.

En dernier lieu, il faut signaler une modification de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, concernant la formation d'examen des QPC à la Cour de cassation. La version initiale de l'article 23-6 prévoyait une formation spéciale pour examiner ces questions, composée du premier président présidant celle-ci, des présidents de chambre et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. La loi organique du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, portant sur le Conseil supérieur de la magistrature et le statut de la magistrature, vient abroger cet article 23-6, ce qui revient à faire examiner les QPC devant la Cour de cassation selon les règles habituelles en vigueur devant la Cour. Faut-il y voir une réponse parlementaire courroucée à ce qu'on a pu appeler la « résistance » de la Cour de cassation à la procédure de QPC par sa saisine de la Cour de justice de l'Union européenne ? La coïncidence de calendrier peut le laisser penser, mais rien ne permet de le prouver. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel, nécessairement saisi de cette loi orga-

7. V. *infra* en ce sens la contribution de Jean-Baptiste Perrier, *La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence*, p. 841.

8. C. cass., QPC, 16 avril 2010, *Melki et Abdeli* (deux arrêts).

9. CE, 14 mai 2010, *Rujovic* (req. n° 312305).

10. Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

11. C. cass., QPC, 29 juin 2010, *Melki et Abdeli*. Sur tous ces points v. *infra* la contribution de Xavier Magnon, *La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand*, p. 761.

nique, n'a pas vu d'inconstitutionnalité dans cette modification, même pas au titre de cavalier législatif, ce qui aurait pu avoir un sens, puisque la loi organique ne portait ni sur la Cour de cassation, ni sur la QPC...

## PREMIERS ÉLÉMENTS D'UNE TYPOLOGIE DES DÉCISIONS QPC DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dresser une typologie des décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière de question prioritaire de constitutionnalité est un exercice quelque peu prématuré, compte tenu du nombre encore assez restreint de décisions rendues à la date de rédaction de cette chronique (août 2010), en centrant ici l'analyse sur les six décisions ci-après commentées. L'exercice est donc insatisfaisant par nature. Pourtant, on peut déjà dégager des tendances principales, d'ailleurs prévisibles.

La première tendance concerne la mise en œuvre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Il est en effet normal que la création d'une nouvelle procédure, faisant intervenir successivement plusieurs juridictions et concernant la majeure partie de celles-ci dans les deux ordres juridictionnels français, conduite à des ajustements procéduraux et soulève un certain nombre de difficultés. À ce titre, plusieurs points méritent d'être soulignés. Concernant le *champ d'application de la QPC*, le Conseil constitutionnel vient préciser dans sa décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, à propos de la fameuse « cristallisation » des pensions des anciens combattants ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France, qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites, ce que demandaient les saisissants. Dans la même décision, le Conseil refuse également de ne pas se saisir d'une disposition législative, dès lors que cette disposition est au nombre de celles incluses dans la question renvoyée par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel, ce que demandait pourtant le Gouvernement. Le Conseil se limite donc aux dispositions législatives dont il est saisi, sans élargir la question de constitutionnalité aux dispositions équivalentes ou connexes. Cette limitation de la notion de disposition applicable au litige, telle que définie par le juge de renvoi, est sans doute sage en permettant au Conseil constitutionnel d'éviter une dispersion du litige ou une contamination touchant une loi dans son ensemble, une matière ou un code dans ses dispositions principales. Elle pose le problème des dispositions indivisibles, indissociables, de l'utilisation du critère de séparabilité et d'inséparabilité

utilisé dans le contrôle *a priori*, en vertu des articles 22 et 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette question, classique en contentieux administratif<sup>12</sup>, est logique dans un contentieux de l'annulation, surtout s'il est conçu, comme l'est la QPC, comme un mécanisme d'apurement de l'ordre juridique. Il faudra ici distinguer entre les questions d'inséparabilité au sein d'un même texte et celles relatives aux autres textes concernés par le litige mais qui ne sont pas directement « applicables au litige » au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958. L'avenir dira si le Conseil constitutionnel utilisera les dispositions de l'ordonnance de 1958 relatives à l'inséparabilité dans le contentieux de la QPC ou maintiendra une conception étroite de la notion de disposition applicable au litige.

Le deuxième constat concerne le contrôle de l'*incompétence négative*. La question était posée en doctrine de savoir si l'incompétence négative du législateur pouvait constituer un motif d'inconstitutionnalité, au titre de l'atteinte à un droit ou une liberté garanti par la Constitution, dans le contentieux de la QPC. La décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010<sup>13</sup> concernant la matière fiscale, pour laquelle la répartition loi/règlement est un critère important en termes de garanties, répond clairement 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 ». Plus étonnante est la conclusion qu'en tire le Conseil en décidant que « les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution », le commentaire du Conseil expliquant que, selon une jurisprudence constante dudit Conseil, l'article 14 de la Déclaration est davantage tourné vers le respect des droits des parlementaires que vers celui des justiciables *stricto sensu*. Dont acte. On lira avec profit le commentaire de Loïc Philip, sur les limites du contentieux fiscal et sur les perspectives potentielles de l'utilisation de l'argument d'incompétence négative dans la procédure de QPC.

La troisième tendance concerne la prise en considération dans le contentieux de la QPC *de ce qui a déjà été jugé par le Conseil constitutionnel dans le contrôle a priori*, l'utilisation de la *décision avec effet différé*, ainsi que la question de la *juste interprétation de la loi à prendre en considération*.

Sur le premier point, le Conseil veille à rester cohérent avec sa jurisprudence élaborée lors du contrôle *a priori*, lorsqu'il reprend, dans sa

12. C. const., n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts Labanne*. V. *infra* le commentaire de Pierre-François Racine, p. 811.

13. M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibl. droit public », tome 197, 1999.

décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Viviane L.*<sup>14</sup>, à propos de la contestation de dispositions de la loi du 4 mars 2002, dite « loi anti-Perruche », les principes énoncés en 1975, 1994 et 2001 à propos des questions d'interruption volontaire de grossesse et de bioéthique<sup>15</sup>. Il rappelle ainsi qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement et fait une application classique de sa jurisprudence en matière de respect du principe d'égalité.

Dans la décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane Artano et autres*<sup>16</sup>, rendue à propos du controversé article L. 7 du code électoral, le Conseil admet l'inconstitutionnalité de cet article, considérant implicitement (ou plus exactement, comme l'explique le commentaire fait par le Conseil constitutionnel lui-même) que cet article ne s'était pas vu décerner un brevet de constitutionnalité lorsque la loi du 19 janvier 1995 qui le contenait avait été soumise au Conseil constitutionnel<sup>17</sup>. Il est vrai que le Conseil ne s'était pas prononcé explicitement sur l'article L. 7. Pourtant, la décision de 1995 indiquait bien qu'« aucun [des autres] articles ne porte atteinte à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ». On sait pourtant que le Conseil avait condamné l'inéligibilité de plein droit prévue dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises dans sa décision du 15 mars 1999<sup>18</sup>. La décision QPC du 11 juin 2010 était donc prévisible. Ceci révèle la difficulté que le Conseil constitutionnel, comme les justiciables, va rencontrer dans l'appréciation exacte de ce qui a été jugé lors du contrôle *a priori*.

La décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, illustre la relation entre contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*. Le requérant contestait la disposition du code de procédure pénale renvoyant au décret les mesures d'application de la rétention de sûreté instituée par la loi du 25 février 2008, au motif d'incompétence négative. Le Conseil constitutionnel fait une application stricte des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui pose le critère selon lequel on ne peut contester la constitutionnalité, par voie de QPC, d'une disposition législative déjà déclarée conforme par le Conseil dans une de ses décisions, sauf changement des circonstances. La disposition législative contestée ayant déjà été déclarée

14. C. const., n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*. V. *infra* le commentaire de Loïc Philip, p. 824.

15. V. le commentaire *infra* de Guylène Nicolas, p. 818.

16. C. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec. 19 ; n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. 100 ; n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. 74.

17. Commentée *infra* par William Benessiano, p. 830.

18. C. const., n° 95-363 DC, 11 janvier 1995, *Loi relative au financement de la vie politique*, Rec. 159.



conforme par le Conseil dans sa décision du 21 février 2008<sup>19</sup>, après examen dans les motifs et déclaration expresse dans le dispositif de la décision, le Conseil constitutionnel, estimant que le critère du changement de circonstances n'était pas établi, rend une décision de non-lieu à statuer dans le cadre de sa décision QPC du 2 juillet 2010. Ceci montre bien que toute déclaration de constitutionnalité dans le contrôle *a priori*, lorsqu'elle est clairement énoncée, exclut la possibilité d'une QPC, sauf à démontrer un changement des circonstances de droit – règle constitutionnelle ou législative – ou de fait, qu'il appartient au Conseil constitutionnel d'apprécier, après le juge de renvoi.

On notera que, dès sa première décision QPC, n° 2010-1 du 28 mai 2010, précitée, le Conseil constitutionnel utilise la possibilité de modulation introduite par la révision constitutionnelle à l'article 62, alinéa 2 de la Constitution<sup>20</sup>, en reportant l'effet d'abrogation des dispositions législatives relatives à la « cristallisation » des pensions au 1<sup>er</sup> janvier 2011, permettant ainsi à la loi de finances à venir de fixer les dispositions nécessaires pour prendre en considération les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité et imposant aussi aux juridictions de surseoir à statuer dans ces contentieux<sup>21</sup>.

La question de la prise en considération de l'interprétation de la loi faite par le juge de renvoi ou par le Conseil constitutionnel dans le contentieux de la QPC est sans doute l'une des plus délicates. Le juge de renvoi, particulièrement le Conseil d'État et la Cour de cassation, porte une attention particulière à l'argumentation présentée par le justiciable. La Cour de cassation, saisie d'une QPC, estime ainsi, à propos de la motivation des arrêts des cours d'assises, que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions législatives visées mais l'interprétation donnée par la Cour de cassation et refuse ainsi de la transmettre au Conseil constitutionnel<sup>22</sup>. Le même refus est opposé à une argumentation invoquant l'inconstitutionnalité de l'interprétation donnée par la jurisprudence concernant la vérification des titres de propriété outre-mer, parce qu'elle ne porte pas directement sur l'inconstitutionnalité de la disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit<sup>23</sup>. Dans une autre espèce, relative à la res-

19. C. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 51, faisant jouer les principes de sa décision du 25 janvier 1985 (n° 85-187 DC, Rec. 43), *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* selon laquelle « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ».

20. C. const., n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, Rec. 89.

21. Art. 62, al. 2 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

22. V. le commentaire de P.-F. Racine sur ce point, p. 811.

23. Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 12019, D., 2010, p. 1351.

ponsabilité pénale des personnes morales, la Cour de cassation en vient à préciser que la<sup>24</sup> question posée, sous le couvert d'une prétendue imprécision des dispositions critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation ; elle ne répond donc pas aux critères de renvoi. Pour Bertrand Mathieu<sup>25</sup>, « cette argumentation est contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle le "principe de clarté de la loi vise, notamment, à prémunir les sujets de droit contre une interprétation non conforme à la Constitution... sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi" (Cons. const., n° 2004-503 DC, n° 2005-512 DC et n° 2006-540 DC) ».

Ce point est fondamental, à notre sens, pour l'avenir de la QPC, dans les relations entre les Cours suprêmes et le Conseil constitutionnel. Elle concerne le sens même du recours en inconstitutionnalité et la fonction de « filtre » des cours suprêmes. Si personne ne conteste au Conseil constitutionnel sa fonction d'interprète de la Constitution<sup>26</sup>, même si elle n'est pas instituée formellement par la Constitution<sup>27</sup>, ceci n'empêche pas d'autres autorités juridictionnelles d'interpréter aussi la Constitution, comme l'a illustré il y a quelques années l'arrêt d'assemblée *Breisacher* de la Cour de cassation<sup>28</sup>, sous la présidence d'un certain Guy Canivet, aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel...

L'interprétation de la loi met aujourd'hui en concurrence les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel, situation qui s'est présentée dans d'autres systèmes juridiques, comme en Italie<sup>29</sup>. Dominique Rousseau critique ainsi la distinction faite par la Cour de cassation entre « loi « sèche », transmissible, et loi « interprétée-par-elle », intransmissible, car la transmission aurait pour conséquence de faire juger par le Conseil ses interprétations jurisprudentielles de la loi »<sup>30</sup>. Il s'agit donc de déterminer

24. Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 12009, *D.*, 2010, p. 1352.

25. Cass. QPC, 11 juin 2010, n° 12074, *D.*, 2010, p. 1712.

26. B. Mathieu, *Question prioritaire de constitutionnalité. Jurisprudence du 1<sup>er</sup> mars au 2 juillet 2010*, *JCP G*, 2010, n° 28, 801, § 14.

27. Ce que le Conseil reconnaît lui-même dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* 206, § 21, à propos du critère de « question nouvelle » devant les cours suprêmes : « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ».

28. Formellement, cette fonction revient au Président de la République qui, selon l'article 5 de la Constitution, « veille au respect de la Constitution ».

29. Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*.

30. Cf. D. Rousseau, Toujours « Vive la QPC » ? Oui !, *Gaz. Pal.*, 23 au 27 mai 2010, p. 16, spéc. p. 18, faisant référence au conflit ayant opposé la Cour de cassation italienne à la Cour constitutionnelle et conduisant cette dernière à prendre en considération les inter-

l'interprète légitime de la loi. Les cours suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation, sont-elles les interprètes ultimes et exclusifs de la loi, dans leur fonction de cassation et de juge suprême, exerçant par là une fonction véritablement normative<sup>31</sup> ? Il est difficile aujourd'hui de s'en tenir à cette seule conception, tout simplement parce que le Conseil constitutionnel a ouvert le champ des interprétations de la loi, sous l'angle de leur constitutionnalité, lorsqu'il a développé des réserves d'interprétation. Mais il nous semble que ces interprétations sont d'une nature différente de celles développées par les cours suprêmes. Pour le Conseil constitutionnel, les réserves d'interprétation ont une fonction téléologique qui est de permettre la promulgation de la loi et son application constitutionnelle, y compris par les juges. L'interprétation par les juges du fond et celle des cours suprêmes ont un objet différent : elles se placent d'abord à un autre niveau, selon un contrôle que l'on peut qualifier, *lato sensu*, de contrôle de la légalité. Elles font ensuite partie de la fonction de juger, parce que juger c'est nécessairement interpréter. Mais cette interprétation n'a pas à être l'objet de contestation de constitutionnalité car ce contrôle n'est pas conçu comme un contrôle des décisions des cours suprêmes mais un contrôle de la seule loi. Si le Conseil constitutionnel acceptait de contrôler les interprétations délivrées par les cours suprêmes, il se transformerait alors lui-même en Cour suprême, allant à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la réforme constitutionnelle instituant la question prioritaire de constitutionnalité. Le débat reste ouvert sur ce point et ne doit pas être tranché trop vite.

On le voit, les premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel sont déjà l'occasion de poser de nombreuses questions fondamentales, tant sur le plan procédural qu'au fond, en matière constitutionnelle. Nul doute que des réponses seront peu à peu apportées aux difficultés tenant à la mise en œuvre d'une procédure faisant intervenir plusieurs juridictions sur un même objet de constitutionnalité. Quant aux thèmes des premières QPC, ces décisions illustrent qu'aucun domaine du droit législatif n'est à l'abri des questions de constitutionnalité. Si le succès de cette nouvelle voie de droit est indéniable, l'enjeu dans la durée sera sans doute celui de la sécurité juridique, à laquelle les juges devront porter toute l'attention qu'on doit à ce droit fondamental.

prétations de la Cour de cassation, à ne pas en développer de nouvelles et à faire porter le contrôle de constitutionnalité sur ses interprétations de la loi. D. Rousseau fait référence à : G. Zagrebelsky, *La doctrine du « droit vivant »*, AIJC, 1986, p. 55 ; C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003.

31. D. Rousseau, article préc., p. 18.

32. Sujet évidemment classique sur lequel la littérature est considérable. V. sur l'état de la question L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis », 2010, n° 293, p. 960 et s. et les nombreuses références citées.