

IX° Congrès de l'Association française de droit constitutionnel

Atelier A

La QPC devant le juge *a quo*. L'exemple de la Cour d'appel de Dijon

Marie-Odile PEYROUX-SISSOKO, Doctorante contractuelle en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La QPC. Cette réforme qui, après celle de 1974 consacrant le passage d'une saisine institutionnelle à une saisine politique, procède au passage d'une saisine politique à une saisine du justiciable. Cette réforme, qui donne au texte constitutionnel une résonance particulière, car comme l'écrit Bertrand Mathieu, « *Dans la Constitution de 1958, ni catalogue de droits fondamentaux, ni véritable juridiction constitutionnelle* »¹. Cette même réforme, qui vise une meilleure protection des droits et libertés constitutionnels en permettant une plus large contestation de la constitutionnalité des textes législatifs. Cette réforme enfin, qui bouleverse non seulement le droit constitutionnel jurisprudentiel mais encore toutes les branches du droit, et qui redéfinit les rapports entre les institutions.

Prévue à l'article 61-1 de la Constitution, la QPC est régie dans son détail par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Applicable depuis le 1^{er} mars 2010, cette nouvelle procédure a réussi dès ses premières applications à se faire une place dans le paysage juridictionnel contemporain, bouleversant l'équilibre progressivement atteint entre les deux ordres juridictionnels (judiciaire et administratif) et le Conseil constitutionnel. Avancée majeure de l'Etat de droit², elle a permis à nombre de justiciables de faire valoir et respecter leurs droits et libertés garantis par la Constitution. Ils se sont ainsi saisis très rapidement du moyen de constitutionnalité, devant être soulevé à l'occasion d'un procès au fond, et ont pu voir des questions de constitutionnalité déterminer l'issue de leur litige (ce fut notamment le cas avec la garde à vue). Les juges quant à eux ont eu à appliquer cette nouvelle procédure, ce qui ne s'est pas fait sans difficultés. En particulier, des tensions sont apparues entre les « juges

¹ B. Mathieu, *Question prioritaire de constitutionnalité. La jurisprudence (mars 2010-novembre 2012)*, LexisNexis, 2013, p. 1.

² Certains parlent même de « révolution juridique », ou encore de « big bang juridictionnel » : cf. D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel ? », *RDJ*, 2009, n° 3, p. 631-644.

du second filtre », maîtres du renvoi à la juridiction constitutionnelle (Cour de cassation et Conseil d'Etat), et le Conseil constitutionnel³. Ceci était cependant inévitable : l'arrivée de toute nouvelle procédure entraîne des bouleversements dans l'ordre déjà établi, et il était peu probable que la QPC échappe à ce constat général. Il suffisait d'ailleurs d'observer ce qu'il s'est passé dans d'autres pays pour en être convaincus.

La France n'est en effet pas le seul pays à avoir mis en place ce type de mécanisme juridictionnel. L'Italie et l'Allemagne, pour ne citer qu'eux, ont adopté depuis déjà longtemps une question préjudicielle de constitutionnalité qui ressemble à bien des égards à celle que la France a choisie. La « QPC à l'italienne » a été mise en place en 1948, et organisée par une procédure qui impose des conditions que l'on retrouve dans la loi organique française⁴. Quant à l'Allemagne, c'est en 1951 qu'elle s'est dotée d'une question préjudicielle de constitutionnalité, dont le mécanisme originel de mise en œuvre ressemble également beaucoup à celui choisi par la France⁵. La mise en place dans ces deux pays d'un tel mécanisme a nécessité des ajustements. La mise en place de la QPC en France nécessitera, aussi, des ajustements.

La présente communication s'inscrit dans le cadre des nombreux travaux présentant la QPC et ses impacts, et ouvrant ainsi à la réflexion sur les ajustements possibles. Elle a pour objet de faire quelques observations sur la façon dont les acteurs de la QPC, avocats et juges *a quo* (juges de première instance et d'appel), se sont appropriés cet outil, et de dresser quelques pistes générales, quatre ans après l'entrée en vigueur des textes d'application de cette nouvelle voie de droit⁶. Il ne sera alors pas question de procéder à une étude poussée de chaque condition de la QPC et de leur mise en œuvre. Cette étude a en effet déjà été menée au

³ Sur ces tensions, cf. notamment A. Levade, « QPC A, 2 et 3 : le Conseil d'Etat joue le jeu du renvoi ! (CE, 14 avril 2010) », *D.* 2010, n° 17, p. 1061, Ph. Manin, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne (Cass. 16 avril 2010, n° 10-40001) », *AJDA.* 2010, n° 18, p.1023, B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (Cass. 16 avril 2010, n° 10-40002) », *JCP G.* 2010, n° 17, p. 866, « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État . À propos des arrêts rendus par le Conseil d'État les 14 et 16 avril 2010 », *JCP A.* 2010, n° 17, p. 33, D. Rousseau et D. Lévy, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 2010, 25-27, n° 115-117, S. Platon, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : réflexions autour de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation le 16 avril 2010 », *JCP A.* 2010, n° 19, p. 23-28.

⁴ Par exemple, la disposition contestée se doit d'être applicable au litige et la question doit présenter un caractère sérieux.

⁵ N. Zinamsgvarov, « Le système de filtrage de la question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des expériences italienne et allemande », VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.

⁶ Pour des travaux effectués à une plus grande échelle, ou couvrant une zone géographique différente, se référer notamment à E. Cartier, *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013 ; A. Viala (dir.), *Nature de l'office du juge de 1^{ère} instance et d'appel dans l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC : filtrage ou contrôle de constitutionnalité ?*, CERCOP, Université Montpellier I, 2012, 126p.

travers d'un travail de recherche plus large⁷ et ne peut être reproduite ici, le format de la communication n'étant pas adapté. Par ailleurs, il convient d'être prudents concernant les conclusions qui pourront être ci-après développées. L'étude est en effet limitée tant géographiquement que matériellement. Géographiquement, car elle n'a porté que sur les juridictions de première instance et d'appel situées dans le ressort de la Cour d'appel de Dijon. Matériellement, car seuls 40 dossiers QPC ont pu être dépouillés⁸. Toutefois, ces dossiers sont représentatifs de la façon dont les acteurs de la QPC l'utilisent, puisqu'ils couvrent la période qui s'étend de mars 2010 à mars 2014, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle voie de droit.

Cela permet d'établir dès à présent quelques statistiques. Ont ainsi été posées, par année et par branche du droit concernée les QPC suivantes :

- en 2010 : 20 QPC, dont 3 en droit fiscal et 17 en droit pénal
- en 2011 : 8 QPC, dont 4 en droit pénal, 1 en droit civil, 2 en droit fiscal, 1 portant sur le code de la santé publique et le code rural
- en 2012 : 3 QPC dont 1 en droit civil, 1 en droit de l'urbanisme et 1 en droit pénal
- en 2013 : 8 QPC, toutes en droit pénal
- depuis janvier 2014 : 1 QPC a été posée, en droit pénal

Sur ces 40 dossiers dépouillés, 4 doivent être ôtés de l'étude dans la mesure où l'on ne dispose, pour eux, que du mémoire de l'avocat, le jugement ne nous étant pas parvenu. Concernant les QPC relatives aux 36 dossiers restant, 3 d'entre elles ont été déclarées irrecevables, et seules 9 ont été renvoyées à la Cour de cassation. Sur les 9 QPC ainsi transmises, la Cour de Cassation a considéré qu'il n'était opportun de renvoyer la question au Conseil constitutionnel que dans trois cas, ce-dernier ayant conclu par son incompétence pour l'une d'entre elles, par la constitutionnalité de la disposition législative pour une autre et par l'abrogation de la disposition législative contestée pour la dernière (elle portait sur la composition du tribunal pour enfants)⁹. Mais ce ne sont ni le Conseil constitutionnel ni la Cour de cassation qui feront l'objet des développements suivants.

⁷ M.-O. Peyroux-Sissoko, *Le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité par le juge judiciaire : l'exemple de la Cour d'appel de Dijon*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Mémoire de Recherche, 2012, 128p.

⁸ Ces dossiers ont été obtenus grâce au concours de MM. F. Besson et R. Vignard, conseillers à la Cour de Cassation et à la Cour d'appel de Dijon, sans lesquels tant le mémoire de recherche que cette communication n'auraient pu être menés. Qu'ils en soient ici sincèrement remerciés.

⁹ Tous ces chiffres sont à prendre avec réserve car ils n'ont été établis qu'à partir des dossiers qui ont pu être communiqués par les juridictions du fond. Ainsi, si l'on procède à une recherche rapide sur le site de la Cour de cassation, 25 QPC en provenance des juridictions du ressort de la Cour d'appel de Dijon ont été enregistrées et traitées par la Cour, ce qui signifie que les 36 dossiers complets faisant l'objet de la présente étude ne couvrent pas toutes les QPC dans la zone géographique considérée. La répartition des QPC transmises à la Cour de cassation par année est la suivante : 2010 : 4 QPC ; 2011 : 9 QPC ; 2012 : 6 QPC ;

Au cours de l'année 2010, le président Debré avait lancé un appel révélant le rôle central joué par les avocats dans le succès de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'était exclamé : « *Avocats, saisissez-vous de la QPC !* »¹⁰. En effet, sans le développement d'un « réflexe » QPC, poussant les conseils à suggérer à leurs clients l'utilisation de cette nouvelle voie de droit, pas de QPC, le juge ne pouvant s'en saisir d'office¹¹. Le succès de cette procédure constitutionnelle dépend donc avant tout de son appropriation par les avocats. Mais pas seulement. Le juge est, lui aussi, un acteur à part entière du processus. Et l'étude des décisions rendues en la matière par le juge judiciaire *a quo*, juge du premier filtre, le démontre¹². Les quelques éléments qui seront développés ici mettront alors en lumière le balancement suivant : non seulement avocats et juge judiciaire *a quo* utilisent cette procédure constitutionnelle, mais encore, en l'utilisant dans le cadre d'une procédure « ordinaire », ils se l'approprient en l'enrichissant de leurs techniques habituelles de jugement. Ainsi, l'utilisation qu'ils en font a pour effet de « métisser » « *ce nouveau gène du procès* »¹³. Il conviendra par conséquent d'aborder la QPC saisie par les avocats (I) puis la QPC saisie par le juge *a quo* (II).

I. La QPC saisie par les avocats

La qualité des mémoires établis par les avocats démontre l'intérêt qu'ils ont pour la QPC. La rigueur et l'attention qu'ils portent au moyen de constitutionnalité, même s'ils examinent parfois les conditions « dans le désordre » (c'est-à-dire en ne respectant pas l'énumération du texte de la loi organique), prouvent que l'intégration de la QPC dans le système judiciaire de Dijon est une réussite¹⁴. Certains points méritent toutefois d'être

2013 : 4 QPC ; 2014 : 2 QPC. En tout, seules 3 d'entre elles ont été transmises au Conseil constitutionnel : (dans l'ordre d'apparition dans le texte de la communication), les décisions n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, *M. Claude C. [Disposition réglementaire - Incompétence]*, n° 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres [Contribution pour l'aide juridique de 25 euros par instance et droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel]*, et n° 2011-147 QPC du 08 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*.

¹⁰ C. Lassalle résumant les propos de J.-L. Debré, président du Conseil constitutionnel, in « L'avocat et la pratique de la QPC devant la Cour d'appel », *Les cahiers de l'institut Louis Favoreu*, PUAM, 2010.

¹¹ Comme le relève L. Boré : « Le législateur a interdit au juge de relever d'office une question d'inconstitutionnalité au motif que l'article 61-1 de la Constitution vise le moyen « soutenu » à l'occasion d'une instance, et que le juge ne soutient pas des moyens », in D. Rousseau, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2^e éd., Lextenso, 2012, p. 138.

¹² Pour une étude large de la QPC devant le juge du fond, tant géographiquement que matériellement, cf. notamment les chroniques de L. Briand, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2011 », *Gaz. Pal.*, 2011, p. 7, L. Briand, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 2nd semestre 2011 », *Gaz. Pal.*, 2012, p. 12 ; et les chroniques de L. Briand et A. Bonnet, « Le contentieux constitutionnel devant les juges judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2012 », *Gaz. Pal.*, 2012, p. 5, « Le contentieux constitutionnel devant les juges judiciaires du fond : 2nd semestre 2012 », *Gaz. Pal.*, 2013, p. 5 et « Le contentieux constitutionnel devant les juges judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2013 », *Gaz. Pal.*, 2013, p. 6.

¹³ E. Cartier, *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013.

¹⁴ L. de Caunes, avocat au barreau de Toulouse, fournit une explication possible à cette réussite en affirmant que « La transposition de nos réflexes au contrôle de constitutionnalité devrait donc se faire sans trop de difficultés, car elle relève de notre nature première d'avocats ». L.

précisés, montrant que, si les mémoires respectent les conditions posées par la loi organique (A), ils témoignent aussi d'un usage « ordinaire » de la procédure constitutionnelle (B).

A. Le respect des conditions de la loi organique

Comme le relève Emmanuel Cartier, « *l'avocat joue un rôle central dans la réception et l'appropriation du mécanisme de QPC par les parties. (...) Il a en effet l'habitude du procès qu'il aborde en tacticien ou stratège et s'est relativement bien acclimaté à ce nouveau contentieux, à ses acteurs, à ses moyens (...)* »¹⁵.

Cette affirmation se vérifie lorsque l'on observe la structure des différents mémoires QPC déposés devant les juridictions de première instance ou d'appel à Dijon. S'il arrive que certains mémoires soient moins bien structurés que d'autres, dans l'ensemble, l'argumentation déployée par les avocats est claire, exhaustive, bien argumentée, parfois même pédagogique. Et l'avocat prend soin d'apporter des éléments concrets – parfois doctrinaux, souvent jurisprudentiels – pour justifier voire renforcer sa démonstration.

Il est d'ailleurs possible de présenter la démarche des conseils comme suit : il est tout d'abord procédé à un rappel des faits, qui permet aux avocats de citer les textes régissant la QPC, de présenter la disposition législative contestée et de vérifier la condition de l'applicabilité. Ensuite, les avocats démontrent que la condition dite du « précédent » est remplie (absence de déclaration de constitutionnalité préalable). Enfin, ils abordent la condition du caractère non dépourvu de sérieux, de manière séparée, ce qui montre qu'ils traitent cette condition avec une attention particulière. Concernant la démonstration du caractère non dépourvu de sérieux de la question, il est fréquent que les avocats précisent les sources d'inspiration du Conseil constitutionnel (par exemple : « *assurer la cohérence de la hiérarchie des normes* », ou encore « *permettre l'homogénéisation du Droit national avec le Droit conventionnel* »), puis qu'ils abordent les fondements juridiques de la demande, c'est-à-dire les dispositions constitutionnelles invoquées à l'appui de la QPC. Enfin, les avocats font état des « *moyens invoqués aux fins de voir déclarer non conforme(s) à la Constitution* » la ou les disposition(s) législative(s) contestée(s), pour conclure leur mémoire par la formulation de la question qu'ils entendent poser.

de Caunes, « Les avocats et la QPC – Réflexe et tentations », in X. Magnon (dir.), *Le réflexe constitutionnel : question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, p. 23.

¹⁵ E. Cartier, *La QPC, le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 85-86.

Méthodiques, les avocats le sont. Ils soignent leur moyen afin qu'il aboutisse, et même s'ils se contentent parfois d'une simple affirmation, ils présentent chaque condition de la QPC, l'une après l'autre. Mais dans la mise en œuvre de ce moyen, des amalgames peuvent être relevés. Cela est par exemple le cas concernant la condition de l'applicabilité de la disposition législative contestée au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites. Alors que dans le titre du paragraphe qu'ils dédient à cette condition certains mémoires font mention de l'applicabilité de la disposition à la procédure, ils concluent leur développement en indiquant que « *la disposition contestée est bien applicable au présent litige* »¹⁶. Plus encore, il arrive que l'avocat « règle » cette condition en affirmant que « *la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure* »¹⁷. Ces amalgames reflètent la difficulté, rencontrée en pratique, notamment en matière pénale, de distinguer pour le moyen de constitutionnalité entre litige et procédure. Ainsi, là où la loi organique sépare explicitement, l'avocat n'effectue pas toujours la distinction.

Enfin, il est possible de s'interroger sur la pratique de plus en plus courante du morcellement des dispositions législatives contestées. Dans le deuxième mémoire QPC déposé pour l'affaire jugée le 5 novembre 2013 par le TGI de Dijon¹⁸, l'avocat du prévenu contestait l'alinéa 2 de l'article 175 du Code de procédure pénale. Cet alinéa dispose que « *Le procureur de la République dispose alors d'un délai d'un mois si une personne mise en examen est détenue ou de trois mois dans les autres cas pour adresser ses réquisitions motivées au juge d'instruction. Copie de ces réquisitions est adressée dans le même temps aux avocats des parties par lettre recommandée* ». Lors de son examen de la condition du précédent, l'avocat a remarqué que cet alinéa avait déjà fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel. Toutefois, il précisait immédiatement que seule la deuxième phrase dudit alinéa avait été contrôlée. Or, son mémoire ne portait que sur la première phrase, ce qui, selon lui, rendait la condition de l'absence de déclaration préalable remplie. Ce raisonnement est logique eu égard à la façon dont le Conseil constitutionnel opère son contrôle, notamment en matière de QPC. En effet, avec cette procédure le Conseil a multiplié les hypothèses dans lesquelles il ne contrôle – voire ne censure – que certaines parties d'un même texte. Il se reconnaît ainsi un véritable pouvoir normatif susceptible d'atténuer la portée de la formule du

¹⁶ TGI de Dijon, 5 nov. 2013, n° 2013/1878.

¹⁷ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 16 janv. 2013, n° 2013/00028.

¹⁸ *Idem*.

Doyen Vedel selon laquelle « *le Conseil constitutionnel a droit à la gomme pas au crayon* »¹⁹. Il suffit de se référer au tableau des dispositions contrôlées mis en ligne sur le site du Conseil pour remarquer cette pratique du morcellement. Le problème c'est qu'alors que l'on accuse le législateur de complexifier les textes, en votant des lois ne modifiant que le mot « x » dans la « xième » phrase de l'alinéa « y » de l'article « z », alors que l'on est en quête d'un droit intelligible et clair, comme de sécurité juridique, la pratique du morcellement s'inscrit à contre courant de cette tendance générale. Et quand bien même une distinction aussi pointue des dispositions d'un texte peut se justifier, eu égard à leur divisibilité, il pourrait être préférable de rationaliser cette pratique.

Après avoir vu que, dans l'ensemble, les mémoires respectent les conditions de la loi organique au moins dans leur existence, il convient d'exposer la modulation, par les avocats, des conditions de la loi organique.

B. La modulation des conditions de la loi organique

L'étude de la façon dont les avocats procèdent à l'examen des conditions de la loi organique montre qu'ils enrichissent la procédure de la QPC de leurs techniques et outils habituels de contrôle. Cela peut se remarquer dans certains mémoires par le biais de deux éléments : la conventionnalité d'une part, la place des faits d'autre part.

Concernant tout d'abord la conventionnalité. La QPC est une question de constitutionnalité, non de conventionnalité. D'ailleurs, les textes régissant sa procédure ne font pas mention du moyen de conventionnalité, à l'exception bien entendu du paragraphe qui impose au juge de respecter le caractère prioritaire du moyen de constitutionnalité lorsqu'il est saisi des deux moyens. Cependant, on observe dans la quasi totalité des mémoires la présence du moyen de conventionnalité. Cela est systématique dans les mémoires portant sur la garde à vue. La conventionnalité est alors utilisée d'abord pour démontrer que dans l'hypothèse où le juge constitutionnel se serait déjà prononcé sur la question que le requérant soutient, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme intervenue entre temps entraîne un changement des circonstances. Ensuite, elle sert à soulever qu'un des

¹⁹ L'on peut se référer, à titre d'exemple, à la décision n° 2013-360 QPC du 09 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]*, dans laquelle, par la censure des seuls mots « *du sexe masculin* », le Conseil constitutionnel change complètement la portée de la disposition législative contestée (voir spécialement le considérant 8).

objectifs du Conseil constitutionnel est d'assurer « *l'homogénéisation du Droit national avec le Droit conventionnel* ». Enfin, elle permet de préciser, par la citation d'une jurisprudence de la CEDH, d'où vient le principe constitutionnel qui va être invoqué et quelle en est l'interprétation retenue (il s'agit en l'espèce du droit à un procès équitable). Le fait que les autres mémoires étudiés ne portent pas sur la garde à vue ne change pas le réflexe que les avocats ont concernant la conventionnalité. Ainsi, dans le mémoire déposé dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Dijon le 9 mars 2011 (preuve contraire en Droit fiscal)²⁰, l'avocat précise que la Cour de cassation elle-même juge en fonction de l'interprétation qui est donnée d'une disposition par la CEDH. On peut donc noter que l'habitude des avocats de se servir d'éléments conventionnels se retrouve dans les mémoires de constitutionnalité. Si ce n'est pas dépourvu de sens compte-tenu de l'influence du droit conventionnel sur le droit national, il reste que cela démontre les influences que la procédure « ordinaire » a sur la procédure constitutionnelle récemment intégrée dans le système juridique français.

Concernant enfin la place des faits. Si la QPC nécessite un procès au fond pour pouvoir être posée, elle est un contentieux objectif qui ne dépend normalement pas des faits de l'espèce. Ainsi, les mémoires QPC ne devraient pas en faire mention. Pourtant, la plupart des mémoires déposés dans le ressort de la Cour d'appel de Dijon procèdent à un rappel des faits.

Souvent, ce rappel est effectué par l'avocat dans le but de prouver que la condition de l'applicabilité est bien remplie. On peut alors se demander si, en définitive, l'appui sur les faits pour remplir la condition de l'applicabilité ne s'apparenterait pas à la démonstration de l'intérêt à agir du requérant, confirmant par là-même l'idée d'influence de la procédure « ordinaire » sur la procédure constitutionnelle²¹.

Dans une affaire de novembre 2013, c'est par le biais de la démonstration du caractère sérieux que l'avocat a confirmé la difficulté rencontrée pour garder la procédure constitutionnelle objective. Cherchant à démontrer l'inconstitutionnalité des dispositions contestées, l'avocat a en effet construit toute son argumentation en liant lesdites dispositions aux faits de l'espèce : « (...) *cette mise en examen est intervenue sans que M. X. ait été informé au préalable par le juge d'instruction « des indices graves et concordants » rendant vraisemblable sa participation, comme auteur ou comme complice, à la commission des*

²⁰ CA de Dijon, Chambre correctionnelle, 9 mars 2011, n° 189/11.

²¹ En ce sens, D. Lévy indiquait en 2011 que « *La possibilité de poser une QPC se confond avec le droit et la capacité d'agir en justice* », « La QPC : pistes de réflexion pour les avocats » (addendum), in H. Pauliat, E. Negron, et L. Berthier, *Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité*, Pulim, 2011.

infractions lui étant reprochées. M. X a donc été mis en examen dans l'ignorance totale des « indices graves ou concordants » existants et identifiés par le juge (...). »²². Ce n'est que dans sa conclusion qu'il a « objectivé » sa démonstration, en affirmant que, « En l'absence d'information préalable par le juge d'instruction des « indices graves et concordants », les dispositions législatives critiquées prévoient par conséquent la mise en examen d'une personne sans que ces éléments fondant cette décision ne soient portés à sa connaissance. Une telle carence s'analyse manifestement en une atteinte grave aux droits de la défense (...) »²³. Le lien ainsi opéré avec les faits, révèle la difficulté parfois rencontrée en pratique de mettre en œuvre de manière totalement objective la procédure constitutionnelle²⁴.

Philippe Delmotte relevait à propos de la familiarisation du juge judiciaire avec la Constitution que « *familiarisation n'est pas soumission* »²⁵. Cette affirmation peut être transposée aux avocats. Ainsi, s'ils se sont bien familiarisés avec la procédure de la QPC, la façon dont ils modulent les conditions de la loi organique en les appliquant révèle que la procédure « ordinaire » procède à un certain métissage de la procédure constitutionnelle. Il importe à présent de vérifier si cette affirmation est confirmée par le juge *a quo*.

II. La QPC saisie par le juge *a quo*

Contrairement aux avocats, le juge vérifie que les conditions sont remplies en suivant l'ordre donné par la loi organique. Au-delà, il morcèle son étude, en commençant toujours logiquement par les conditions de recevabilité de la QPC (mémoire écrit, distinct et motivé, présence d'un procès au fond) pour finir avec ses conditions de fond. Si en procédant ainsi il montre qu'il suit les étapes requises par la loi organique (A), il reste qu'il s'émancipe du cadre de la QPC et s'en approprie les conditions pour les utiliser à sa façon (B).

A. L'examen des conditions de la loi organique par le juge

Aux débuts de la QPC, le juge *a quo* prenait bien soin de vérifier scrupuleusement et étape par étape que chaque condition de la loi organique était bien remplie. Mais, prenant

²² Mémoire rendu dans l'affaire jugée par le TGI de Dijon, 5 nov. 2013, n° 2013/1878.

²³ Mémoire rendu dans l'affaire jugée par le TGI de Dijon, 5 nov. 2013, n° 2013/1878.

²⁴ Pour aller plus loin sur cette question, cf. J. Barthélémy et L. Boré, « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitution* 2011. 553.

²⁵ Ph. Delmotte, « La familiarisation du juge judiciaire avec la Constitution », in X. Magnon (dir.), *Le réflexe constitutionnel : question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, p. 15.

l'habitude de manier la procédure constitutionnelle, il est de plus en plus fréquent que le juge ne contrôle plus certaines conditions que très elliptiquement, voire pas du tout.

Concernant en premier lieu la façon dont le juge procède. On remarque que, comme le sont les mémoires, les jugements sont bien structurés. Ainsi en est-il par exemple dans l'arrêt rendu par la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Dijon le 8 janvier 2014, où le juge procède en deux temps : l'examen de la recevabilité de la question (existence d'un procès au fond et d'un écrit distinct et motivé), puis les conditions de fond de la QPC²⁶. Une particularité peut d'ailleurs être ici relevée : s'il évoque la « recevabilité », le juge n'évoque pas, pour y faire écho, les « conditions de fond » ou le « bienfondé » de la QPC. Il évoque au contraire directement le terme de « transmission », ce même lorsqu'il conclue au rejet de la QPC.

Concernant en deuxième lieu les conditions de recevabilité. Il arrive que le juge les considère remplies, sans procéder à aucune démonstration. Ainsi en est-il dans un jugement du Tribunal correctionnel de Dijon en date du 21 octobre 2010 dans lequel le juge énonce simplement : « *Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité doit être déclarée recevable* »²⁷. Parfois au contraire, le juge vérifie que les conditions de recevabilité sont bien remplies. Il le fait généralement de façon indirecte, mais il peut aussi le faire de manière plus explicite. Lorsqu'il procède de manière indirecte, il utilise plusieurs formules que l'on peut reproduire ici : « *Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité formulée par un écrit distinct et motivé porte sur...* »²⁸, ou alors : « *au vu des débats et des éléments fournis, la question prioritaire de constitutionnalité déposée [...] sera déclarée recevable* »²⁹. En revanche, dans un jugement rendu le 9 juillet 2010 par le TGI de Dijon, le juge procède de manière plus directe en estimant que : « *le moyen tiré de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution a été présenté [...] dans un écrit distinct des conclusions du prévenu, et motivé. Il est donc recevable.* »³⁰. Cette dernière formulation attire particulièrement l'attention puisqu'elle précise de quoi l'écrit doit être distinct : il s'agit de ne pas mélanger les conclusions au fond du prévenu avec le moyen de constitutionnalité. Ceci montre comment le juge entend le caractère objectif de la QPC.

²⁶ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 8 janv. 2014, n° 2014/00004.

²⁷ Trib. corr. de Dijon, 21 oct. 2010, n° 2010/243.

²⁸ Trib. corr. de Dijon, 15 mars 2010, n° 2010/420.

²⁹ Trib. corr. de Dijon, 18 mai 2010, n° 1601/2010.

³⁰ Tribunal pour enfants de Dijon, 9 juill. 2010, n° 10/93.

Concernant en troisième et dernier lieu les conditions de fond. Une observation préalable doit être faite. Comme le font les avocats, le juge semble considérer que la troisième condition, celle du caractère non dépourvu de sérieux, est une condition tout à fait à part. Des indices de simple forme permettent d'émettre cette hypothèse. Ainsi, dans deux arrêts de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Dijon rendus respectivement les 27 novembre 2013³¹ et 8 janvier 2014³², alors qu'il avait annoncé les deux premières conditions de fond par un « attendu » général, développé par deux tirets, le juge aborde le caractère non dépourvu de sérieux en affirmant de manière solennelle par un nouvel « attendu » qu'il fait défaut en l'espèce, puis en développant son argumentation. Cette manière de procéder, très différente de celle utilisée pour les deux premières conditions, est un indice de la singularité prêtée par le juge à la condition du caractère non dépourvu de sérieux.

Pour ce qui est de l'applicabilité de la disposition contestée, on remarque que souvent, le juge n'aborde que très rapidement cette condition. Pourtant, comme le précise Bertrand Mathieu, le Conseil d'Etat a estimé que « *si le requérant n'est pas susceptible d'être soumis aux dispositions dont il invoque l'inconstitutionnalité, la disposition est considérée comme n'étant pas applicable au litige* »³³. Le juge devrait donc prendre soin d'étudier réellement la condition de l'applicabilité de la disposition. Mais il ne procède pas à une telle étude dans la totalité des dossiers. En effet, il arrive que cette condition ne soit abordée que de manière indirecte ou implicite. À titre d'exemple, on peut citer la partie du jugement du 12 mai 2010 rendu par le Tribunal correctionnel de Dijon qui aborde ce critère : « (le requérant) *conteste les conditions de son placement en garde à vue telles que prévues aux articles 63, 63-1, 63-4, 706-73 du Code de procédure pénale comme n'étant pas conformes avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution* »³⁴. Ainsi, par la reprise de l'argumentation du requérant, le juge considère que la condition de l'applicabilité de la disposition contestée est remplie. Au-delà, dans deux arrêts récemment rendus par la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Dijon, le juge *a quo* a « expédié » l'examen de la condition de l'applicabilité au litige, ne prenant pas même la peine de choisir parmi les trois hypothèses d'applicabilité prévues par la loi organique. En effet, dans ces arrêts, le juge affirme, sans démontrer ni trier :

³¹ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 27 nov. 2013, n° 2013/00379.

³² CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 8 janv. 2014, n° 2014/00004.

³³ B. Mathieu, « *Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité. - 4 novembre 2010 - 4 février 2011* », *JCP G*, 2011, n° 7, 192.

³⁴ Trib. corr. de Dijon, 12 mai 2010, n° 730/10.

« Attendu qu'il ressort de la procédure que la disposition législative contestée est bien applicable au litige ou à la procédure en cause »³⁵.

Au terme de cet examen général, et pour faire écho aux propos de Philippe Delmotte, on voit donc que le juge *a quo* s'est bien familiarisé avec la QPC. Mais, s'il suit le cadre mis en place par la loi organique pour cette procédure constitutionnelle, il ne s'y soumet pas. Au contraire, il s'en émancipe, ce qui entraîne pour conséquence que la procédure « ordinaire » se mêle à la procédure constitutionnelle.

B. L'émancipation du juge vis-à-vis des conditions de la loi organique

« Par ces motifs, Le tribunal (...) Déclare recevables les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées mais refuse leur transmission à la Cour de cassation »³⁶. La rédaction du jugement étonne. S'il est possible que la formulation ainsi employée présentant le « refus » de la transmission et non le « rejet » de la demande de transmission relève d'une maladresse de rédaction, il est à l'inverse permis de penser qu'elle n'est pas due au hasard. Si l'on soutient cette thèse, on ne peut alors qu'en conclure que le juge « ordinaire », devenu juge de la QPC, s'est émancipé des conditions de la loi organique pour s'approprier un nouveau pouvoir.

Deux éléments démontrant cette émancipation du juge et l'influence de son contrôle « ordinaire » sur la procédure constitutionnelle de la QPC peuvent être ici retenus. Il s'agira d'aborder l'absence d'autonomie de la QPC, qui découle principalement de la condition de l'applicabilité, et enfin le contrôle de constitutionnalité opéré par le juge *a quo*, découlant, lui, de la condition du caractère non dépourvu de sérieux de la question.

En premier lieu, l'absence d'autonomie de la QPC. L'on retrouve ici au niveau du jugement ce que l'on voyait dans les mémoires, à savoir : le lien effectué, malgré le caractère objectif de la QPC, avec le procès au fond. L'on peut évoquer ici deux exemples intéressants. Dans deux affaires portant sur la garde à vue, le juge a rejeté les questions prioritaires de constitutionnalité au motif que les dispositions contestées par les requérants ne s'appliquaient pas à eux. Jusqu'ici, tout semble classique. Ce qui est cependant plus original c'est le raisonnement par lequel le juge estime que la condition de l'applicabilité n'est pas remplie.

³⁵ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 16 janvier 2013, n° 2013/00028 ; CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 27 nov. 2013, n° 2013/00379.

³⁶ TGI de Dijon, 5 nov. 2013, n° 2013/1878.

Ainsi, dans l'arrêt rendu le 15 mars 2010 par le Tribunal correctionnel de Dijon, le juge énonce : « *Attendu que le prévenu a expressément refusé à tous les actes de la procédure de garde à vue l'intervention de tout autre avocat que Me X., lequel n'a pu être joint ; il y a donc lieu de rejeter la question prioritaire de constitutionnalité* »³⁷. Et, dans son arrêt du 27 mai 2010, le juge du même tribunal constate que : « *1- la question portant sur l'article 706-73 du Code de procédure pénale n'est pas applicable au litige pendant, 2- que Madame X et monsieur Y ont renoncé à s'entretenir avec un avocat lors de leur placement en garde à vue. Dès lors la question prioritaire de constitutionnalité ne s'applique pas à leur personne.* »³⁸. Ces deux décisions montrent le lien que le juge opère parfois entre le fond du litige et la condition de l'applicabilité des dispositions contestées. Ce faisant, on voit que le juge s'approprie la procédure constitutionnelle tout en lui appliquant le raisonnement dont il fait habituellement usage dans le cadre de la procédure « ordinaire ».

En second lieu, l'émancipation du juge, que l'on observe avec la condition du caractère non dépourvu de sérieux, s'inscrit dans cette idée de métissage de la procédure constitutionnelle par la procédure « ordinaire ». Le contrôle de cette condition permet en effet au juge *a quo* de déployer tout son pouvoir en interprétant la disposition législative contestée, en la conciliant avec d'autres dispositions, mais aussi en interprétant la disposition constitutionnelle invoquée. C'est alors que le juge judiciaire de première instance ou d'appel procède parfois à un véritable contrôle de constitutionnalité, ce qui apparaît à certains comme étant la suite logique de la QPC³⁹.

Si l'on observe tout d'abord l'interprétation que le juge peut faire de la disposition législative contestée, on remarque effectivement l'ampleur de son pouvoir. Ainsi, en recourant par exemple à la technique dite de l'« interprétation conforme », le juge *a quo* peut aboutir au rejet de la QPC, ayant démontré qu'elle est, selon lui, dépourvue de caractère sérieux. Ceci est visible dans un arrêt de la Cour d'appel de Dijon rendu le 8 janvier 2014, par lequel le juge indique : « *Attendu que de surcroît, le mis en examen dispose de la faculté de saisir à tout moment de la procédure le magistrat compétent d'une demande de mainlevée totale ou partielle du contrôle judiciaire, d'aménagement des mesures auxquelles il a pu être*

³⁷ Trib. corr. de Dijon, 15 mars 2010, n° 2010/420.

³⁸ Trib. corr. de Dijon, 27 mai 2010, n° 141/10.

³⁹ Voir à cet égard B. de Lamy qui interroge : « Le réflexe constitutionnel ne doit-il pas conduire les juges, dans leur rôle de filtre, à pleinement prendre part au contrôle de constitutionnalité pour mieux diffuser encore la parole constitutionnelle ? », in X. Magnon (dir.), *Le réflexe constitutionnel : question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, p. 31 ; mais aussi J.-L. Nadal dont on peut transposer au juge *a quo* son affirmation selon laquelle : « (...) à partir du moment où on lui reconnaît le pouvoir, et même le devoir, de veiller au respect des normes constitutionnelles, comment la Cour de cassation ne serait-elle pas conduite à vérifier, d'une manière ou d'une autre, que la loi appliquée dans un procès est bien en harmonie avec la Constitution ? », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 346.

*soumis et, en cas de refus, de toutes les voies de recours ouvertes en la matière ; qu'ainsi sont respectées les limites d'un procès équitable et les droits élémentaires de la défense, ce à l'égard d'une personne qui n'est pas privée de toute liberté comme elle le serait en cas de détention provisoire et qui ne subit qu'une atteinte proportionnée à la gravité des faits et aux circonstances de leur commission. »⁴⁰. On le voit avec cet arrêt : le juge *a quo*, malgré le fait que la procédure de la QPC le soumette à un filtre large, dispose d'un important pouvoir. Cette affirmation est d'ailleurs confirmée lorsqu'on sait que dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, l'avocat invoquait à l'appui de sa QPC la liberté d'entreprendre et le principe de sécurité juridique. Or, en l'espèce, le juge mentionne d'autres principes constitutionnels et construit par ailleurs son raisonnement en tenant compte des faits de l'espèce...*

Ensuite, la conventionnalité parfois usitée par le juge lors de l'examen du caractère non dépourvu de sérieux est un élément supplémentaire témoignant de ce que les procédures « ordinaire » et constitutionnelle se mélangent. Dans la même affaire que celle citée dans le paragraphe précédent, le juge a construit le premier temps de son raisonnement en utilisant la CEDH. En effet, il a estimé que « *Attendu (...) que s'il est exact que la disposition législative incriminée ne contient pas de limitation dans le temps des mesures d'interdiction d'exercice professionnel susceptibles d'être prises par les juges (...) dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ces mesures trouvent néanmoins leur limite posée par le principe du délai raisonnable prévu par la Convention européenne des droits de l'homme ayant valeur constitutionnelle et par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, délai qui s'apprécie à la lumière de la complexité de la procédure, du nombre de victimes concernées par les agissements reprochés, de l'attitude procédurale adoptée par le mis en examen qui peut en retarder le terme, de la régularité des actes d'information accomplis avec diligence et sans retard dans le temps ; »⁴¹. Cet élément du raisonnement est édifiant. Le juge commence par reconnaître la faiblesse dénoncée par le requérant de la disposition législative contestée, mais la neutralise immédiatement en lui opposant deux textes. S'il est étonnant que le deuxième texte, de valeur législative, soit utilisé ici, la mobilisation de la CEDH paraît, elle, plus facilement justifiable. Cela ne semble d'ailleurs pas avoir échappé au juge puisqu'il en affirme immédiatement la « *valeur constitutionnelle* ». Mais il reste que la QPC n'est pas la question préjudicielle... Par ailleurs, le juge a ici substitué aux principes constitutionnels invoqués par le requérant (liberté d'entreprendre et sécurité juridique) d'autres principes.*

⁴⁰ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 8 janv. 2014, n° 2014/00004.

⁴¹ CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 8 janv. 2014, n° 2014/00004.

Arrêt révélateur tant de l'usage par le juge de son raisonnement habituel pour juger des QPC que du pouvoir qu'il a acquis avec cette procédure.

Enfin, il est important de reproduire ici un dernier exemple, qu'il ne sera d'ailleurs pas nécessaire de commenter dans le cadre de cette communication tant il met en évidence le contrôle de constitutionnalité opéré par le juge *a quo* lors de l'examen de la condition du caractère non dépourvu de sérieux. Il s'agit d'un arrêt de rejet rendu par la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Dijon, le 27 novembre 2013. Après avoir reproduit le contenu des dispositions législatives contestées, le juge a examiné la dernière condition de fond de la QPC, en les termes suivants : « *Attendu qu'il n'y a pas atteinte au principe du procès équitable dès lors que le délai demandé pour préparer la défense ressort de la seule initiative du mis en examen et/ou de son conseil, à laquelle le juge des libertés et de la détention ne peut s'opposer ; Attendu que le délai pour préparer cette défense et celui de l'incarcération provisoire sont enfermés dans un temps très bref et strictement proportionné aux nécessités immédiates de l'instruction et de la défense de la société et de l'organisation de la défense du mis en examen ;* »⁴². Voici donc livrée une nouvelle interprétation du droit à un procès équitable !

En conclusion, l'expérience des juridictions du ressort de la Cour d'appel de Dijon durant la période retenue (mars 2010 – mars 2014) montre que la réforme a bien atteint ses objectifs.

Aux justiciables, elle a donné une nouvelle possibilité de faire valoir et respecter leurs droits et libertés constitutionnels. Les requérants, et plus spécifiquement leurs conseils, ont en effet bien réussi à s'emparer de cette nouvelle voie de droit qui leur a été ouverte, et dans l'ensemble elle est correctement utilisée. Au juge de première instance et d'appel, elle a accordé davantage de pouvoirs en lui laissant, notamment par le biais du critère du caractère non dépourvu de sérieux, une certaine marge de manœuvre indispensable à la fonction de juger.

La saisissant, les acteurs de la QPC l'ont quant à eux enrichie des outils, techniques et raisonnements qu'ils utilisent habituellement. La procédure constitutionnelle devant le juge *a quo* a ainsi pris quelques couleurs de procédure « ordinaire ».

⁴² CA de Dijon, Chambre de l'instruction, 27 nov. 2013, n° 2013/00380.

Au-delà, cette réforme a permis au juge d'entrer dans l'appréciation de la constitutionnalité de dispositions législatives⁴³. Dès lors, le juge *a quo* procède à un « pré-contrôle de constitutionnalité »⁴⁴, se muant ainsi en « juge négatif de la constitutionnalité de la loi »⁴⁵. Mais, si la plupart des travaux relatifs à la QPC démontrent – voire dénoncent – cette « captation » du contrôle de constitutionnalité par le juge dit « ordinaire », il reste qu'on peut attribuer cette « captation » à la procédure même de la QPC. Les place et outils qu'elle donne au juge lui permettent de procéder à ce contrôle.

C'est ainsi la nature du contrôle de constitutionnalité qui semble en être changée. En effet, alors que la France connaît traditionnellement un contrôle de constitutionnalité concentré, la réforme de la QPC a ouvert la voie à la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité diffus. Paradoxe de la réforme qui bouleverse de fait le système jusqu'à présent établi, alors même qu'elle a été mise en place pour une plus grande cohérence dans la hiérarchie des normes et au nom de la protection des droits et libertés...

La question n'est alors plus de savoir si, par la mise en œuvre du critère du caractère sérieux, le juge « ordinaire » procède ou non à un contrôle de constitutionnalité. La question est à présent de savoir s'il convient de mettre en place un mécanisme permettant, dans un souci de cohérence et de protection des droits et libertés constitutionnels, d'harmoniser entre elles les « interprétations constitutionnelles » que la QPC permet aux juges « ordinaires » de livrer⁴⁶. Et si l'on ouvrait la voie à un appel des décisions QPC rendues par les juges « ordinaires » devant le Conseil constitutionnel ?⁴⁷

⁴³ Pour une étude plus large de ce critère et de la façon dont le juge *a quo* le met en œuvre, cf. A. Viala (dir.), *précité*.

⁴⁴ Pour une étude sur ce point, cf. notamment les chroniques de L. Briand et A. Bonnet, *précités*.

⁴⁵ D. Rousseau et J. Bonnet, *L'essentiel de la QPC. Mode d'emploi de la Question prioritaire de constitutionnalité*, 2^e ed., Lextenso éditions, 2012, p.67.

⁴⁶ Sur ce point l'on rejoint J.-L. Nadal qui, en 2008, envisageait qu'avec la QPC « (...) pourrait être garantie l'unité d'appréciation de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel, tout en permettant au juge judiciaire d'intervenir dans le processus de contrôle », *précité*, p. 353.

⁴⁷ Certains membres de la doctrine émettent cette hypothèse : cf. notamment D. Rousseau, « Les citoyens ne réclament pas davantage d'énarques ou de lois, mais de juges », *Gaz. Pal.*, 2014, n°137, p. 7.