

Laissée pendant longtemps au hasard d'une certaine forme d'empirisme et d'un développement prétorien sans qu'elle n'ait jamais fait l'objet d'une véritable réflexion en amont, l'élargissement du rôle du Conseil constitutionnel depuis 1958 oblige aujourd'hui à s'interroger sur le caractère équitable et impartial de la procédure suivie devant ce dernier.

Autrefois simple instrument de rationalisation du parlementarisme essentiellement destiné à prévenir les tentatives d'empiètements du Parlement sur le domaine du Gouvernement, le Conseil constitutionnel est désormais devenu au fil des années et des jurisprudences un gardien des libertés publiques apprécié, mais aussi pour certains un véritable co-législateur, capable de vider de sa substance voire de réécrire la loi votée par le Parlement.

Les exigences des citoyens devant une aussi haute juridiction douée d'un pouvoir aussi grand ne peuvent être qu'aussi élevées, l'existence de rigoureuses garanties processuelles étant une condition nécessaire à la préservation de leurs droits substantiels. Or justement, la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel est très loin d'être exempte de reproches, ses défauts étant susceptibles d'entacher le prestige dont jouit l'institution et surtout d'entamer la confiance indispensable dont elle devrait bénéficier. C'est particulièrement vrai, ainsi que nous l'envisagerons dans les développements qui vont suivre, en ce qui concerne la procédure suivie à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Née de la révision constitutionnelle de 2008 et entrée en application en 2010<sup>1</sup>, l'apparition de la QPC a amorcé pour le droit constitutionnel français, une véritable révolution copernicienne. Alors que depuis 1958 le contrôle de constitutionnalité se trouvait limité à un contrôle a priori, ne pouvant être mis en œuvre que par un nombre d'autorités politiques extrêmement réduit, la QPC offre désormais la possibilité de faire examiner la constitutionnalité d'une disposition législative a posteriori et ce par toute personne partie à une instance en cours. Mais loin d'être un simple contrôle par voie d'exception, dont elle n'emprunte que le formalisme extérieur, toute l'originalité de la QPC tient au fait que les effets de la décision du Conseil constitutionnel ne se limitent pas à l'instance en cours mais sont valables erga omnes.

---

<sup>1</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, J.O. n°171 du 24 juillet 2008, p. 11890 et loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O. n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

Malgré les bouleversements auxquels elle a déjà donné lieu, la QPC reste d'introduction encore récente et souffre des imperfections de sa jeunesse, particulièrement sur le plan de la garantie des droits des justiciables.

Or, « *La garantie des droits est un des fondements des démocraties occidentales. L'affirmation selon laquelle certains droits et libertés sont garantis par l'État, qu'ils ne peuvent être réglementés que dans les strictes limites nécessaires au respect d'autres droits ou libertés ou de l'intérêt général et que ces limitations, établies par un pouvoir choisi par ceux à qui elles s'adressent, puissent être contestées devant un juge indépendant et impartial constitue le fondement de la démocratie et de l'État de droit* »<sup>2</sup>.

Ce droit d'agir en justice est reconnu par le Conseil constitutionnel lui-même<sup>3</sup>, qui en a dégagé plusieurs principes sous-jacents : le droit à un recours effectif<sup>4</sup>, les droits de la défense<sup>5</sup>, le droit à un procès équitable<sup>6</sup>, l'impartialité et l'indépendance des juridictions et

---

<sup>2</sup> Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Annotations et commentaires par Michel Lascombe et Christelle de Gaudemont, sous art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 Dalloz, 2014.

<sup>3</sup> Décisions n° 80-119 DC du 2 décembre 1980 et n° 88-248 DC du 17 janvier 1989. Si le Conseil constitutionnel distingue le « recours non juridictionnel » (Cons. const. 13 août 1993: n° 93-325 DC) du recours juridictionnel, il leur applique des règles quasi identiques. Ce droit d'agir en justice est également reconnu par la CEDH. Sur la question des rapports entre le CEDH et le Conseil constitutionnel, voir « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », Vincent Berger, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 32 (Dossier : Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011. Voir aussi « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », Paul Martens, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 14 (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003.

<sup>4</sup> Le Conseil constitutionnel affirmera que « l'existence d'un contrôle juridictionnel est une garantie résultant des principes de valeur constitutionnelle (Cons. const. 25 et 26 juin 1986: n° 86-207 DC § 23), puis que la bonne administration de la justice (qui constitue désormais un objectif de valeur constitutionnelle: Cons. const. 3 déc. 2009: n° 2009-595 DC § 4) commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés (Cons. const. 28 juill. 1989: n° 89-261 DC § 29). Le juge constitutionnel parlera alors d'un « droit de recours » (Cons. const. 13 août 1993: n° 93-325 DC § 63 et 87) avant d'ajouter que celui-ci doit être « effectif » (Cons. const. 9 avr. 1996: n° 96-373 DC § 83) ». Ce droit au recours peut être invoqué à l'appui d'une QPC (Cons. const. 23 juill. 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.*: n° 2010-15/23 QPC), in. Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Annotations et commentaires par Michel Lascombe et Christelle de GAUDEMONT sous art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 Dalloz, 2014.

<sup>5</sup> « Consacré d'abord comme principe général du droit, le respect des droits de la défense (CE, sect., 5 mai 1944, Dame Vve Trompier-Gravier: Lebon 133; GAJA, 19e éd., no 53; D. 1945. 110, concl. Chénol, note de Soto; RD publ. 1944. 256, concl. Chénol et note Jèze) va acquérir, dans un premier temps, la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ou encore d'un droit fondamental de valeur constitutionnelle (Cons. const. 13 août 1993: no 93-325 DC § 84; Cass., ass. plén., 30 juin 1995, Belhomme: Bull. ass. plén. no 4; D. 1995. 513, concl. Jéol et note Drago) et dès lors s'impose au législateur mais aussi à l'autorité administrative sans qu'il soit besoin, pour le législateur, d'en rappeler l'existence (Cons. const. 30 déc. 1997: no 97-395 DC § 38). Désormais c'est dans la « garantie des droits » consacrée au présent article que le Conseil constitutionnel trouve le fondement du respect des droits de la défense (Cons. const. 30 mars 2006: no 2006-535 DC § 24) », in.

enfin le principe de la force exécutoire des décisions de justice. C'est à travers la grille de lecture constituée par l'ensemble de ces principes que sera analysée de manière critique la procédure de mise en œuvre de la QPC, et ce afin de vérifier son caractère équitable, à chacun de ses stades. Nous nous pencherons dans un premier temps sur la procédure suivie lors de la phase initiale de filtrage (I) avant dans un second temps d'examiner plus avant la procédure suivie lors de la phase finale devant le Conseil constitutionnel (II).

## **I) La procédure de filtrage**

Trois conditions sont posées par la loi organique de 2009 relative à la mise en œuvre de la QPC<sup>7</sup> pour la transmission d'une QPC à la juridiction suprême par le juge a quo qui en est saisi :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites.
- la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.
- enfin, la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

A supposer ces conditions remplies, le juge a quo sursoit à statuer et la question est transmise à la juridiction suprême. Deux possibilités se présentent alors : soit la juridiction suprême fait droit à la demande du requérant et communique à son tour la QPC au Conseil constitutionnel, soit elle s'y refuse et rend alors un arrêt de non-renvoi. Ce dernier cas de figure posant des difficultés particulières, c'est sur lui que nous nous pencherons dans un premier temps (A)<sup>8</sup>,

---

Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Annotations et commentaires par Michel Lascombe et Christelle de GAUDEMONT sous art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 Dalloz, 2014.

<sup>6</sup> Sur la question du droit au procès équitable, voir notamment : « Le droit au procès équitable » (par Mme Dominique Karsenty, conseiller référendaire à la Cour de cassation), dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2001.

<sup>7</sup> Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, J.O. du 9 novembre 1958 p. 10129, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O. du 11 décembre 2009, p. 21379.

<sup>8</sup> Sur cette question, voir « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », Jacquinet Nathalie, AJDA 2012. P. 2097.

avant dans un second temps de nous attarder sur l'épineuse question des critères du filtrage (B).

### A) L'utilisation des décisions de non-renvoi lors du filtrage par le juge a quo

Pour le juge a quo, également juge du fond, les conséquences d'un arrêt de non-renvoi n'apparaissent à première vue par soulever de difficultés majeures : les dispositions législatives contestées demeurent applicables à l'instance en cours qui peut donc reprendre et suivre le cheminement qui aurait dû être le sien avant l'introduction de la QPC. L'importance des arrêts de non-renvoi ne doit toutefois pas être minimisée. En effet, une fois la QPC transmise aux juridictions suprêmes, celles-ci ont également à charge en deuxième lecture de décider de leur renvoi, au Conseil constitutionnel cette fois, et ce en se fondant sur des critères presque identiques à ceux exigés pour statuer sur la communication des QPC par les juges a quo aux juridictions suprêmes<sup>9</sup>. Par conséquent, les décisions de non-renvoi rendues par les juridictions suprêmes ne peuvent qu'influencer les décisions rendues par les juges a quo, ces derniers étant tentés d'aligner leur grille de lecture sur celle des juridictions suprêmes. Pourtant, les décisions de non-renvoi rendues par les juridictions suprêmes ne possèdent qu'une autorité relative de chose jugée<sup>10</sup>. C'est particulièrement clair pour le Conseil d'Etat qui en a décidé ainsi dans un arrêt en date du 21 mars 2011 « Syndicat des fonctionnaires du Sénat »<sup>11</sup>. Cela se déduit également de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a admis de

---

<sup>9</sup> Des trois critères exigés pour le renvoi des QPC par les juridictions suprêmes au Conseil constitutionnel, deux sont absolument identiques à ceux demandés aux juges a quo pour la transmission d'une QPC à la juridiction suprême de l'ordre devant lequel se déroule l'instance, puisque les dispositions de la loi organique relatives à la procédure à suivre devant les juridictions suprêmes renvoient expressément aux dispositions relatives à la procédure à suivre devant les juges a quo. La seule différence procédurale entre les deux échelons porte sur le troisième critère : devant le juge a quo il est exigé que la question posée ne soit pas « dépourvue de caractère sérieux » tandis que devant les juridictions suprêmes il est demandé que soit procédé au renvoi « si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Art. 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>10</sup> Rappelons ici que les décisions de non-renvoi ne sont insusceptibles de recours, pas même devant la CEDH, sauf si « un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire » (CEDH 22 juin 2000, *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus, Javeau c/ Belgique*, req. n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96 ; solution confirmée par CEDH 5 nov. 2002, *Wynen c/ Belgique*, req. n° 32576/96)

<sup>11</sup> « Considérant que, contrairement à ce que soutient le président du Sénat, la décision par laquelle le Conseil d'Etat décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité n'est pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée ; que par suite le Sénat ne peut invoquer une autorité de la chose jugée qui s'attacherait à une précédente décision du Conseil d'Etat refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité présentée par un autre requérant

renvoyer devant le Conseil constitutionnel une QPC qu'elle avait pourtant rejetée auparavant à plusieurs reprises, lui reconnaissant par la même occasion un caractère nouveau qu'elle lui déniait antérieurement<sup>12</sup>.

Si une telle harmonisation apparaît non seulement normale, mais en plus souhaitable, il est toutefois à relever que le recours aux décisions de non-renvoi par les juges a quo n'est pas exempt de critiques. Il arrive en effet fréquemment aux juges a quo, en plus de procéder à l'examen de la réunion des conditions exigées pour la transmission de la QPC à la juridiction suprême, de faire référence dans leurs décisions à des arrêts de non-renvoi rendus par ces mêmes juridictions suprêmes sur des cas similaires à celui à l'instance en cours et ce pour étayer leurs propres positions. L'introduction de telles mentions dans la décision ne poursuit ici qu'un seul but, empruntant tout à la fois à la pédagogie et à la stratégie de prétoire, à savoir celui de prévenir un éventuel recours en cassation du requérant. En ce sens, la référence à une décision de non-renvoi n'est que purement superfétatoire, mais ne porte en rien atteinte au caractère équitable de la procédure. Beaucoup plus contestable en revanche est la pratique consistant pour les juges a quo à s'abstenir de vérifier la réunion des conditions nécessaires à la transmission de la QPC et de s'appuyer uniquement pour la refuser sur une décision de non-renvoi rendue par une juridiction suprême sur un cas similaire<sup>13</sup>. Il n'est en effet pas dans les prérogatives des juges a quo de supputer sur la future réponse apportée par les juridictions

---

et portant sur les mêmes dispositions en litige de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires »

<sup>12</sup> En l'espèce, la QPC se rapportait à l'épineuse question de la motivation des arrêts des Cours d'assise. Remarquons ici avec étonnement que la Cour de cassation dans son arrêt se contente de mentionner le caractère « nouveau » de la question, sans évoquer à aucun moment un changement de circonstance alors que c'est pourtant ce qui semble avoir motivé son revirement. En effet, en même temps qu'elle reconnaissait un caractère nouveau à la question, elle ne manquait pas curieusement de préciser qu'elle était pourtant « fréquemment invoquée » devant elle ! L'environnement juridique tant national que communautaire s'étant considérablement modifié autour de ce sujet, c'est sans doute dans cette évolution qu'il faut chercher celle de la position de la Cour de cassation. Motivation des arrêts d'assises : transmission de la QPC — Cour de cassation, crim. 19 janvier 2011 — D. 2011. 800

<sup>13</sup> A ce sujet, voir notamment « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », Jacquinet Nathalie, AJDA 2012. « Considérant, en revanche, que, saisi, dans les mêmes conditions, de la question de la conformité aux articles 72 et 72-2 de la Constitution, de l'article 1er de la loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, de l'article L. 232-21 du code de l'action sociale et des familles et de l'article 135 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, par sa décision n° 346460 du 20 avril 2011, décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée en tant qu'elle portait sur ces articles ; que, par suite, le département de la Loire-Atlantique n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le président de la 2e chambre du tribunal administratif de Nantes a refusé, par les ordonnances prises les 25 novembre 2010 et 5 janvier 2011, de transmettre au Conseil d'Etat la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution desdits articles » (CAA Nantes, 17 juin 2011, Département de la Loire-Atlantique, req. n° 11NT00683

suprêmes à partir de celles déjà données antérieurement. Leur reconnaître un semblable pouvoir reviendrait à vider de sa substance l'effectivité réelle de la QPC en empêchant les requérants de voir leur cause parvenir jusqu'aux juridictions suprêmes, seules à même de décider de la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel. Si la contestation d'une décision de refus de transmission est toujours possible « à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige »<sup>14</sup>, il est à relever qu'elle rallongera tout à la fois la durée de règlement du litige, mais aussi son coût, tant pour le justiciable que pour la collectivité<sup>15</sup>, ce qui n'est pas sans se traduire par des inégalités de traitement de fait. A ce jour et à notre connaissance, les juridictions suprêmes n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette pratique, qui pour être rare n'en est pas moins connue et sera amenée à perdurer tant qu'elle n'aura pas été sanctionnée.

## B) Les critères du filtrage devant les juges a quo et les juridictions suprêmes

La procédure de filtrage souffre plusieurs défauts susceptibles d'affecter son caractère équitable. L'analyse des conditions de recevabilité de la QPC par les juridictions suprêmes révèle en effet des problèmes sensiblement identiques à ceux rencontrés devant les juges a quo.

La première condition à remplir pour qu'une QPC puisse prospérer, porte sur la disposition contestée, qui doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites<sup>16</sup>. Le législateur entendait par là viser aussi bien les dispositions effectivement appliquées au litige que celles simplement potentiellement applicables. Or, à l'instar de Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, nous ne pouvons que déplorer que la jurisprudence de la Cour de cassation, contrairement à celle du Conseil d'Etat, apparaissent confondre volontiers « le critère de l'applicabilité au litige, pour l'examen d'une QPC, de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en considération desquelles "le

---

<sup>14</sup> Art. 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>15</sup> Le coût moyen d'une QPC, si elle devait parvenir jusqu'au Conseil constitutionnel, est estimé à 5000 euros. Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 38.

<sup>16</sup> Art. 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

litige doit être tranché" »<sup>17</sup>. Non seulement ce rigorisme à géométrie variable est susceptible de se traduire pour le justiciable par une perte de chance de voir sa requête parvenir jusqu'au Conseil constitutionnel si le litige se trouvait originellement porté devant l'ordre judiciaire, mais il soulève en plus des difficultés particulières si les griefs d'inconstitutionnalité excipés portent sur l'incompétence négative du législateur<sup>18</sup>.

En effet, dans un semblable cas de figure, le requérant remet en question non la conformité à la constitution de dispositions législatives, mais l'abstention coupable par le législateur, de l'usage plein et entier des compétences qui sont les siennes, son abstention se traduisant par une atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution. De ce fait, les dispositions en question, ou plutôt l'absence de dispositions, ne peuvent être considérées comme applicables au litige puisque ce qui est attaqué par le requérant est une incomplétude, un vide juridique qui ne peut jamais être défini que par la négative et que justement le requérant déplore. Etant inexistantes, les dispositions, ou plutôt l'absence de dispositions, ne sont naturellement pas applicables au litige.

Ajoutons à cela que le champ de la « réserve de loi » tracé par la jurisprudence de l'incompétence négative dans le but de sanctuariser certains pans du domaine de la loi et de protéger le Parlement contre ses propres renoncements<sup>19</sup>, constitue noyau dur de ses compétences, le pré carré irréductible sur lequel il ne faut jamais empiéter et qu'il ne doit

---

<sup>17</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 47.

<sup>18</sup> Le Conseil constitutionnel a accepté que soit soulevé le grief de l'incompétence négative du législateur dans sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, « SNC KIMBERLY CLARK », alors même qu'une telle possibilité avait été expressément écartée lors des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « [...] la question ne pourra être posée que sur le fondement d'une atteinte aux « droits et libertés garantis par la Constitution » ; d'une part, il n'est pas question de juger d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur ; mais, d'autre part, cette précision permettra néanmoins de confronter la disposition à l'ensemble du contenu du « bloc de constitutionnalité », comprenant à la fois les droits et libertés garantis par la Déclaration de 1789, l'ensemble des principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le préambule de la Constitution 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Rapport [...] sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, présenté par Jean-Luc Warsmann. p. 437

Sur le grief d'incompétence négative du législateur et les subtilités de son application à l'occasion d'une QPC, voir : « L'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », Patricia Rrapi, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 34, janvier 2012.

<sup>19</sup> Sur la notion de réserve de loi, voir : « La part de la loi, la part du règlement : de la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », Bertrand Mathieu, Pouvoirs n°114, 2005, p. 73.

jamais délaissier. Ce faisant, et parce que le constituant de 1958 entendait réserver au Parlement la faculté d'édicter des normes dans les secteurs de la vie publique considérés comme les plus importants ou les plus nobles, ce cœur minimal de prérogatives porte par nature sur des matières qui touchent au plus près aux « droits et libertés que la Constitution garantit »<sup>20</sup>. Les plus passionnelles également et donc les plus susceptibles d'être invoqués par les requérants.

La deuxième condition d'acceptabilité de la requête posée par la loi organique portant application de la QPC, concerne cette fois la jurisprudence du Conseil constitutionnel : la disposition contestée ne doit en effet pas avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »<sup>21</sup>. L'examen minutieux des termes de cette exigence permet une nouvelle fois de révéler des inégalités de traitement entre les justiciables. **Alors que le législateur organique aurait simplement pu exiger que la disposition contestée ne devait pas déjà avoir été déclarée conforme à la Constitution**, il a préféré opter pour la rédaction curieuse que l'on connaît. Ce choix n'est pas sans raison et a été motivé avant tout par l'évolution de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel depuis 1958<sup>22</sup>. Celui-ci a en effet parfois déclaré la loi conforme dans sa totalité à la Constitution dans le dispositif de sa décision, alors que seule une partie était visée par les requérants et examinée par le Conseil dans les motifs de cette même décision. Exiger simplement pour la transmission d'une QPC que la disposition attaquée n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans une précédente décision et dans son seul dispositif revenait à empêcher de déférer au Conseil des dispositions législatives déclarées conformes, mais qui n'auraient pour autant jamais été examinées. Mais ce choix n'a pas non plus été sans effet sur la recevabilité de certaines QPC dont l'acceptation apparaîtrait pourtant comme légitime au regard des objectifs poursuivis par le constituant. La procédure singulière de la QPC a en effet été conçue comme une sorte de correctif à apporter aux imperfections du contrôle a priori primitivement prévu par la Constitution. Or c'est justement cet objectif qui se trouve indirectement contournée par la double exigence de déclaration de conformité d'une disposition tant dans les motifs que le dispositif d'une décision. Les motifs

---

<sup>20</sup> Art. 61-1 de la Constitution de 1958.

<sup>21</sup> Art. 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

<sup>22</sup> Sur ce point voir : « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », Régis Fraisse, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 30 (Dossier : Autorité des décisions), janvier 2011.

examinés par le Conseil sont en effet à distinguer des moyens soulevés par le requérant, le Conseil ne les reprenant pas forcément tous dans ses considérants. Par conséquent, si une disposition législative a été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision, une QPC sur cette même disposition législative ne devrait normalement pas passer les filtres successifs préalables à l'accès au Conseil constitutionnel, ce qui est parfaitement conforme à la lettre et l'esprit du texte. Mais cette même QPC ne pourrait pas non plus passer le double filtre, quand bien même le requérant soulèverait de nouveaux moyens qui n'ont encore jamais été examinés par le Conseil, ce qui est peut être encore conforme à la lettre de la loi organique sur la QPC, mais certainement plus à son esprit. Didier Maus déclarait d'ailleurs à ce sujet : « *il sera indispensable, un jour ou l'autre, d'admettre qu'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution peut faire l'objet d'un nouvel examen si les moyens invoqués sont totalement nouveaux par rapport à ceux examinés lors de la précédente décision de conformité* »<sup>23</sup>.

Ce défaut structurel dans la procédure de la QPC doit être rapproché de la problématique des questions sérielles. Indépendamment de l'ordre de juridiction devant lequel le requérant se trouve, le juge a quo devant lequel est posée une QPC a la possibilité de ne pas la transmettre, si une QCP portant sur les mêmes motifs est déjà pendante devant le Conseil constitutionnel ou la juridiction suprême de l'ordre de juridiction devant lequel le requérant se trouve<sup>24</sup>. Une possibilité semblable est offerte aux juridictions suprêmes si une QPC portant sur les mêmes motifs est pendante devant le Conseil constitutionnel<sup>25</sup>. Or, le renvoi ou le non-renvoi de la QPC sont, ainsi qu'il vient d'être rappelé, une simple faculté, offrant par là une latitude de choix qui ne va pas sans risque d'arbitraire. S'il n'y a que très peu de contestations des décisions de non-renvoi des juges a quo aux juridictions suprêmes, relevons qu'elles existent tout de même. C'est qu'il pourrait être tentant pour un juge a quo de refuser, par pure opportunité, de renvoyer une QPC au motif que la juridiction suprême ou le Conseil

---

<sup>23</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p.43

<sup>24</sup> Art. R. 771-6 et suivants du Code de justice administrative, art. 126-5 du Code de procédure civile, art R. 49-26 du Code de procédure pénale.

<sup>25</sup> Art. R. 771-18 et suivants du Code de justice administrative,

constitutionnel est déjà saisi de la même disposition et pour les mêmes motifs, mais sur des moyens différents de ceux présentés, plus sûrs d'emporter l'adhésion du Conseil<sup>26</sup>.

Pour les groupes de pression désireux de peser sur le long terme sur les évolutions normatives, l'exigence d'une déclaration de conformité des dispositions attaquées dans les motifs et le dispositif, mais pas dans les moyens soulevés, pour refuser la transmission d'une QPC, ouvre la voie à des stratégies pouvant s'apparenter à de la flibuste de prétoire. Ainsi, il est tout à fait loisible d'imaginer un groupe de pression posant une QPC sur une loi à laquelle le groupe est pourtant favorable, en soulevant des moyens qui n'ont guère de chance d'aboutir et en un temps où de par la composition du Conseil il est possible d'anticiper sur la réponse qu'il va donner, le groupe escomptant une déclaration de conformité à la constitution. De cette manière, le groupe de pression pourrait poser un verrou constitutionnel sur un texte qu'il souhaiterait faire sanctuariser par le Conseil et qu'il rendrait ainsi inattaquable, notamment par d'autres groupes de pression poursuivant des objectifs contraires. Naturellement, le Conseil ne serait pas obligé de s'en tenir dans son contrôle au seul examen des moyens soulevés, mais rien ne lui interdit, tout au contraire, de s'y cantonner et de ne pas se livrer à ces originalités juridiques que sont les appréciations *ultra petita*.

La dernière condition à satisfaire pour permettre la transmission d'une QPC porte quant à elle sur le caractère sérieux de la question. Des trois critères exigés par la loi organique, il s'agit de celui dont l'appréciation est sans doute la plus empreinte de subjectivité et par conséquent la plus exposée à la critique. De l'examen des *habitus* juridiques des différentes juridictions a quo, il ressort que pour le justiciable, les chances de voir prospérer sa question jusqu'au Conseil constitutionnel sont plus élevées s'il la pose devant une juridiction administrative. Ainsi qu'il a déjà été évoqué et de l'avis des observateurs, les juridictions administratives a quo se contentent en effet le plus souvent d'apprécier de façon sommaire la réunion des conditions exigées par la loi organique. Il en va toutefois de manière un peu différente en ce qui concerne la troisième, au sujet de laquelle quelques précisions doivent être apportées. Devant les juges a quo en effet, le contrôle du caractère sérieux de la question prend des allures de pré-contrôle de constitutionnalité, le comité de suivi de la QPC allant jusqu'à affirmer que « *l'appréciation du caractère sérieux de la question implique une forme de pré-*

---

<sup>26</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p.32-33.

*jugement de constitutionnalité de la disposition législative contestée. Avéré devant l'ensemble des juridictions, le constat est encore plus net devant les juridictions administratives, au point que si l'on coupait certains considérants des décisions de transmission, on pourrait penser qu'il s'agit d'extraits de décisions du Conseil constitutionnel* »<sup>27</sup>. Néanmoins et pour l'heure, en l'absence de données précises sur les décisions de non-renvoi des QPC par les juges a quo, il faudra s'abstenir de toute conclusion définitive sur l'ampleur de la pratique<sup>28</sup>. Il en va différemment en revanche devant le Conseil d'Etat qui affirme, par la bouche de son vice-président, ne procéder qu'à un « contrôle de l'évidence », se contentant d'un « doute raisonnable » pour transmettre une QPC<sup>29</sup>.

Pour ce qui est de l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC par les juridictions a quo de l'ordre judiciaire, aucune ligne directrice ne peut être dégagée de l'examen de la jurisprudence. La seule tendance générale remarquable est justement la très grande hétérogénéité des pratiques en la matière, les juridictions s'autorisant une latitude complète d'appréciation, leur analyse du caractère sérieux de la QPC allant du simple contrôle de l'absence de caractère fantaisiste ou dilatoire de la question à un contrôle plus large, le juge a quo appréciant la possibilité d'une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, procédant par là à un véritable pré-contrôle de constitutionnalité<sup>30</sup>. Le Cour de cassation en revanche, et particulièrement la Chambre criminelle, s'illustre par sa plus grande sévérité, par rapport au Conseil d'Etat, dans l'appréciation du caractère sérieux des QPC. David Lévy, bâtonnier de l'ordre des avocats de Bordeaux observait d'ailleurs à ce sujet : « *Alors que la pratique du Conseil d'État consiste à vérifier s'il existe un doute raisonnable sur la constitutionnalité de la disposition législative en cause, celle de la Cour de cassation, qui s'appuie plutôt sur l'idée du doute manifeste, va beaucoup plus loin* »<sup>31</sup>. Bien que

---

<sup>27</sup> Rapport d'étape du comité de suivi de la QPC, avril 2012, p. 12

<sup>28</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 33.

<sup>29</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p.36.

<sup>30</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 4.

<sup>31</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p.48.

nécessairement simpliste et réductrice des réalités qu'elle recouvre, une lecture statistique du phénomène révèle tout de même une différence significative entre le taux de renvois ordonnés par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation<sup>32</sup>.

Derrière cette inclination générale des juridictions administratives se profile pour les groupes de pression une autre stratégie de prétoire qui sera peut être amenée à se développer dans les prochaines années. Puisqu'il apparaît que les juridictions administratives offrent une voie d'accès plus large au Conseil constitutionnel, il y a tout lieu de penser qu'elles deviendront aussi à terme un point de passage privilégié. En effet, face à l'adoption d'une loi contraire aux objectifs poursuivis par un groupe de pression, deux options se présentent pour ce dernier : soit essayer péniblement de rassembler soixante députés ou sénateurs autour de la cause qu'ils défendent pour leur faire procéder à une saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement d'arguments formulés à la hâte et ce avant sa promulgation. Soit attendre la promulgation de la loi puis attaquer sur le fondement d'un Recours pour Excès de Pouvoir l'un de ses règlements d'application. Une fois l'instance initiée, le groupe de pression aura tout le loisir et le temps de poser une QPC et d'affûter les moyens qu'il compte présenter à l'appui de sa requête. Et parce que l'introduction de l'instance et le dépôt de la QPC se feront en dehors des débats sur l'adoption de la loi, ils pourront également servir de vitrine médiatique aux actions du groupe de pression.

Tous les problèmes posés par la procédure de filtrage ayant été examinés dans leur intégralité, envisageons à présent ceux rencontrés lorsque la QPC arrive jusqu'au Conseil constitutionnel.

---

<sup>32</sup> Ce qui est particulièrement vrai pour la Chambre criminelle : « *En tout état de cause, les données statistiques fournies par la Cour de cassation mettent en évidence un taux de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel nettement plus faible devant la chambre criminelle que devant l'ensemble des chambres : au 1<sup>er</sup> octobre 2012, alors que le ratio entre le nombre de questions renvoyées au Conseil constitutionnel et le nombre de questions sur lesquelles il a été statué est de 19 % pour la Cour de cassation dans son ensemble, il est de seulement 13,3 % devant la chambre criminelle ; certes, cette dernière a jugé des questions irrecevables plus souvent que l'ensemble de la Cour (14,5 % contre 11,8 %) et elle a pu être particulièrement touchée par l'effet de questions sérielles qui n'auraient pas donné lieu à renvoi au Conseil, mais la différence est sensible. Si on considère les critères du filtre utilisés pour fonder les décisions de non-lieu à renvoi, on constate que les parts de chacun d'entre eux sont presque les mêmes devant la Cour et devant la chambre criminelle : respectivement 9,5 % et 10,5 % pour défaut d'applicabilité au litige, 12 % et 10,5 % pour conformité à la Constitution déjà déclarée, 78 % et 79 % pour défaut de nouveauté ou de caractère sérieux. D'un point de vue statistique, on peut en conclure que la chambre criminelle ne fait pas preuve d'une particulière rigueur dans l'appréciation du caractère sérieux des questions sur lesquelles elle se prononce, mais que c'est l'ensemble des critères du filtre qu'elle applique de manière plus sévère que la Cour de cassation en son entier* » in. Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 49.

## II) La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel

Les défauts de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel sont de deux ordres. Les premiers ont trait aux règles procédurales (A) tandis que les seconds sont liés à la personne des juges (B).

### A) Les défauts d'impartialité nés des règles procédurales suivies devant le Conseil

La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel n'est pas non plus exempte de défauts. En matière d'admission des interventions des tiers à la QPC notamment, le règlement intérieur du Conseil constitutionnel prévoit la possibilité d'accepter les observations présentées par les personnes « justifiant d'un intérêt spécial »<sup>33</sup>. Or le Conseil est le seul à déterminer si la personne désireuse de présenter ses observations justifie effectivement de cet « intérêt spécial », sans qu'aucuns critères particuliers ne permettent au préalable à ces personnes de savoir si elles satisfont aux conditions de recevabilité posées par le Conseil. Ainsi, à l'occasion des débats passionnés et passionnants autour de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, a rejeté de façon particulièrement lapidaire (d'aucuns diraient insultante) l'intervention de maires et d'officiers d'état civil désireux de défendre l'introduction dans la loi d'une clause de conscience leur permettant de refuser de célébrer les unions entre homosexuels, au motif dit le Conseil, « *que le seul fait qu'ils sont appelés en leur qualité à appliquer les dispositions contestées ne justifie pas que chacun d'eux soit admis à intervenir* », sans se sentir le besoin de développer plus avant sa position<sup>34</sup>.

L'exigence posée par le Conseil d'un « intérêt spécial », sans que l'on sache d'ailleurs ce que recouvre exactement le terme, n'est pas sans poser de délicats problèmes aux milieux associatifs désireux de défendre une cause ou des intérêts catégoriels. Ces derniers

---

<sup>33</sup> Art. 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

<sup>34</sup> « Droit au mariage pour tous et « clause de conscience » (Constitution) : Les officiers de l'état civil ne sauraient refuser d'appliquer la loi, ni intervenir au soutien d'une QPC tendant à la critiquer », Vincent Gury et Yehudi Pelosi, La Revue des Droits de l'Homme, 15 novembre 2013.

trouveraient sans doute un intérêt particulier, pour la satisfaction des objectifs qu'ils se sont donnés, à intervenir et présenter des observations à l'occasion d'une procédure de QPC à laquelle ils ne sont pas parties, afin de peser sur l'issue de la décision. Mais rien ne garantit que cet intérêt particulier recouvre la notion d'intérêt spécial exigé par le Conseil. Dans sa décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil n'a ainsi pas hésité à rejeter l'intervention de collectivités territoriales, associations et personnes physiques ayant été regardées comme n'étant pas spécialement intéressées par le maintien ou l'abrogation des dispositions relatives à l'interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures. Ainsi que le relèvent Vincent Gury et Yehudi Pelosi : « *Si le défaut d'intérêt spécial de plusieurs personnes physiques et de plusieurs collectivités territoriales – alors que les dispositions en cause ne portaient aucunement sur le financement de leurs politiques ou sur leur libre administration – ne saurait étonner eu égard à l'esprit de la jurisprudence du Conseil, il n'en va pas nécessairement de même de la décision de non admission de l'intervention de deux associations de défense de l'environnement à l'occasion de cette QPC. Toutefois, rien n'est précisé, dans la décision QPC en question, quant aux raisons de droit et de fait ayant conduit le Conseil à écarter ces interventions* »<sup>35</sup>.

Anticipant sur les évolutions de la jurisprudence, les mêmes espèrent « *que la décision n° 2013-353 QPC n'ouvre pas la voie à une restriction excessive du prétoire à des intervenants, issus par exemple du tissu associatif, dont le rôle s'est avéré jusque-là des plus féconds pour la richesse des débats portés devant le Conseil constitutionnel et partant pour l'évolution du droit constitutionnel français* »<sup>36</sup>.

Une solution simple et élégante, qui permettrait de répondre tant aux préoccupations des particuliers que des milieux associatifs, solution suggérée notamment par l'association France Nature Environnement, consisterait tout simplement à aligner la notion d'intérêt spécial de la loi organique sur celle du simple intérêt à agir du droit commun<sup>37</sup>. Pour l'heure, le flou entourant la notion d'intérêt spécial, donne au Conseil un pouvoir discrétionnaire, qui ne

---

<sup>35</sup> « Droit au mariage pour tous et « clause de conscience » (Constitution) : Les officiers de l'état civil ne sauraient refuser d'appliquer la loi, ni intervenir au soutien d'une QPC tendant à la critiquer », Vincent Gury et Yehudi Pelosi, La Revue des Droits de l'Homme, 15 novembre 2013.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 51

réside jamais loin de l'arbitraire. S'il est compréhensible de ne pas accueillir toutes les prétentions pour éviter un engorgement du Conseil, la bonne administration de la justice ne doit pas devenir non plus le pavillon derrière lequel se dissimule une drôle de marchandise. Ainsi que le disent les anglo-saxons, il ne suffit pas que la justice soit rendue. Il faut aussi qu'elle ait l'apparence d'avoir été rendue<sup>38</sup>. C'est précisément la raison pour laquelle il y a tout lieu de se demander pourquoi un point de procédure aussi fondamental que celui-ci est prévu non par la loi, mais par un simple règlement intérieur, émis et élaboré par l'autorité même qui doit le respecter.

Il est un autre aspect de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel qui mérite de retenir notre attention, au stade du rendu de la décision cette fois. Le Conseil constitutionnel dispose en effet de la prérogative de moduler dans le temps les effets d'une éventuelle abrogation législative. Ce choix du constituant, motivé pour des raisons pratiques, n'est pas sans conséquence sur l'équité de la procédure pour le justiciable. Le requérant peut en effet se retrouver dans la situation curieuse d'avoir posé une QPC, de l'avoir vu franchir avec succès les filtres successifs pour parvenir enfin au Conseil, d'avoir même obtenu de ce dernier une réponse conforme à ses attentes... pour s'entendre dire enfin, que cette réponse ne lui permettra pas de faire droit à ses prétentions puisqu'elle ne sera pas applicable au litige à l'occasion duquel la QPC a été posée, ses effets ayant été différés dans le temps par le Conseil<sup>39</sup>. Une telle solution d'une part est de nature à dissuader un éventuel requérant de poser une QPC, mais d'autre part et surtout, tend à s'interroger non seulement sur le caractère équitable de la procédure, mais aussi sur la simple existence d'un droit à un recours effectif. Peut-on en effet valablement considérer qu'un tel droit existe quand pour le requérant l'espoir de voir aboutir sa requête est fondé non sur le bien fondé exclusif de ses prétentions, mais

---

<sup>38</sup> « Not only must Justice be done : it must also be seen to be done ». « Selon la Cour européenne en matière d'impartialité du juge « même les apparences peuvent revêtir de l'importance »(CEDH, 6 juin 2000, Morel c/France, cit., § 42). V. : CEDH, 17 janvier 1970, Delcourt c/Belgique, série A, n°11, §31 ; 22 octobre 1984, Srameck c/Autriche, série A, n°84 ; 28 avril 1988, Belilos c/Suisse, série A, n°132 ; 7 juin 2001, Kress c/France, Rec. 2001-VI ; 3 mars 2005, Brudnicka et autres c/ Pologne, Rec. 2005-II ; 12 mai 2005, Ocalan c/Turquie, Rec. 2005-IV. Sur la théorie de l'apparence v. : BEIGNER (B.) et BLERY (C.), « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », Rec. Dalloz, 2001, Ch., pp. 2427-2433 ; CHABANOL (D.), « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », AJDA, 2002, Ch., pp. 9-12 », in. « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », Nicoletta PERLO, **SOURCE ???**

<sup>39</sup> Rapport d'information déposé (...) par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par Jean-Jacques URVOAS, mars 2013, p. 53.

aussi sur des critères complètement extérieurs au litige comme la sécurité juridique de situations existantes ou la préservation de l'ordre public ? La protection de ces intérêts, parfaitement légitime en elle-même et même indispensable, ne doit pas, ne devrait pas, être exclusive de celle des droits du requérant, à laquelle elle pourrait tout à fait être conciliée. La QPC est en effet une procédure singulière, puisque sommairement résumé, il s'agit d'un contrôle a posteriori par voie d'action (c'est un procès fait à un texte), mais dont les modalités processuelles de mise en œuvre épousent les contours de celles d'un contrôle par voie d'exception (elle est posée à l'occasion d'une instance en cours). Hybride dès sa création, pourquoi dès-lors vouloir réduire la nature des effets de la QPC à ceux d'un simple contrôle par voie d'action, nécessairement binaires et par là même impuissants à embrasser la réalité des situations à l'occasion desquelles la QPC a été posée ? Si des dispositions législatives devaient être reconnues contraires à la Constitution, mais que leur abrogation immédiate était susceptible de poser de graves problèmes d'ordre pratique, ne pourrait-on sereinement envisager de simplement écarter son application de la seule instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée, comme à l'occasion d'un contrôle par voie d'exception, tout procédant en parallèle son abrogation modulée dans le temps ? Le requérant se verrait ainsi d'une certaine manière récompensé par son action, tandis que les autres personnes dans une situation semblable au moment du prononcé de la décision du Conseil mais n'ayant pas posé de QPC, ne pourraient se prévaloir de ses effets, ce qui permettrait tout à la fois de préserver les droits du requérant et la sécurité juridique des situations existantes.

Certes, la solution proposée n'est pas exempte de défauts, mais à tout le moins a-t-elle le mérite de résoudre certains problèmes existants sans en poser de nouveaux. Surtout, les critiques qui pourraient lui être adressées ne sont guère différentes de celles qu'il est possible de formuler à l'encontre de la QPC elle-même ou encore du simple fait que soit juste abrogées des dispositions législatives contraires à la Constitution, quand sur le plan de la logique pure, la loi ayant été contraire à la Constitution depuis leur entrée en vigueur, elles devraient être annulées.

Sans doute sera-t-il objecté que le contrôle par voie d'exception, le véritable contrôle par voie d'exception et le fait de simplement écarter l'application d'une loi d'une instance en cours, n'est pas dans la tradition juridique française, mais les traditions ne perdurent que parce qu'elles sont entretenues. D'ailleurs, à l'échelle de l'histoire, le contrôle de constitutionnalité est-il seulement dans la tradition juridique française ? Je me borne pour ma part à constater

que la solution proposée permettrait de répondre à l'une des iniquités les plus choquantes nées de l'actuelle procédure. Sa mise en œuvre ne poserait pas de problèmes plus avant, puisqu'il ne serait pas nécessaire de recourir au pouvoir constituant pour amorcer un changement en la matière : le Conseil constitutionnel pourrait y procéder par construction prétorienne. L'article 62 de la Constitution dispose en effet que lorsque une disposition est déclarée contraire à la Constitution par une décision donnée en réponse à une QPC, la décision est abrogée soit à compter de la publication de la décision soit à une date ultérieure fixée par le Conseil. Mais ce même article 62 dispose également que le « *Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En s'appuyant sur ce dernier point, il apparaîtrait tout à fait possible d'imaginer le Conseil ordonner l'abrogation de la loi à une date ultérieure à celle de la décision et dans le même temps de simplement suspendre l'application de la loi pour le seul litige. Ce ne serait pas la plus exubérante de ses audaces. Faut-il rappeler que la décision n°71-44 DC sur la liberté d'association, la décision véritablement fondatrice du rôle moderne du Conseil repose sur un raisonnement qu'une certaine déférence pour les sages de la rue Montpensier m'interdit de qualifier de trop alambiqué pour être tout à fait honnête ?

## B) Les défauts d'impartialités nés de la personne des membres du Conseil constitutionnel

Le dernier point qu'il nous faut aborder porte cette fois non sur la procédure elle-même mais sur les personnes chargées de la mettre en œuvre : les juges constitutionnels. Le « Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité » prévoit expressément la possibilité pour un membre du Conseil de se déporter<sup>40</sup>, mais également d'être récusé<sup>41</sup>. Le cas du déport d'un membre du Conseil ne posant pas de problème plus avant, sera seulement envisagé dans les développements qui vont suivre, celui beaucoup plus délicat de la récusation éventuelle d'un membre du Conseil. Soumettant la procédure de récusation aux exigences d'un formalisme strict sur lequel il n'y a pas lieu de revenir, le règlement intérieur du Conseil ne fait mention

---

<sup>40</sup> Art. 4 al. 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

<sup>41</sup> Art. 4 al. 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

d'aucune causes particulières qui en elles mêmes justifieraient la récusation d'un membre du Conseil. En revanche, il dispose étonnamment dans son article 4 que « *le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation* »<sup>42</sup>. Une affirmation curieuse, qui apparaît en totale contradiction avec la jurisprudence de la CEDH<sup>43</sup>.

Le 17 mai 2011, Arnaud Montebourg, à l'époque député mais aussi Président du conseil général de Saône-et-Loire, introduisait pour la première fois une demande de récusation contre six membres du Conseil constitutionnel<sup>44</sup>. Excitant à l'appui de ses prétentions de multiples raisons pour justifier la récusation des conseillers, il attaquait également la limite posée aux récusations par l'article 4 du règlement, se fondant sur les conclusions de l'arrêt *McGonnell c/Royaume-Uni* de la CEDH<sup>45</sup>. Dans cet arrêt, la CEDH estimait que « *que toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question* »<sup>46</sup>. Pour rejeter les arguments présentés, le Conseil constitutionnel lui, s'appuyait sur une autre jurisprudence de la CEDH, l'arrêt *Morel c/France*<sup>47</sup> dans laquelle cette fois la Cour européenne estimait que « *le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait*

---

<sup>42</sup> Art. 4 al. 4 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

<sup>43</sup> « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », Nicoletta PERLO, [SOURCE ???](#)

<sup>44</sup> Les demandes de récusation étaient jointes à deux QPC (2011-142 et 2011-143) auxquelles le Conseil a apporté une réponse dans sa décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011. Sur cette décision ainsi que sur la question de la récusation lors d'une QPC, voir : « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », Nicoletta PERLO, [SOURCE ???](#)

<sup>45</sup> *McGonnell c/Royaume-Uni* du 8 février 2000, Requête n° 28488/95.

<sup>46</sup> *McGonnell c/Royaume-Uni* du 8 février 2000, Requête n° 28488/95, §55.

<sup>47</sup> *Morel c/France* du 6 juin 2000, Requête n° 34130/96.

*non plus passer comme préjugant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience »<sup>48</sup>.*

Par un étrange glissement, le Conseil constitutionnel assimile ici le fait pour une personne, d'avoir participé à l'élaboration d'une norme avant l'examen par cette même personne de cette même norme par rapport à une autre lui étant immédiatement supérieure, à une simple prise de décision avant procès. Cette assimilation apparaît s'éloigner de beaucoup des jalons posés par la CEDH.

Au-delà de la question du bien fondé de arguments respectifs d'Arnaud Montebourg et du Conseil, se pose également arrière plan celle de la composition de ce dernier. Ce sont en effet pas moins de six conseillers qui furent visés par la requête en récusation. Or, les règles de quorum exigent qu'un minimum de sept conseillers siègent pour rendre valablement une décision<sup>49</sup>. Le nombre total de conseillers ayant été au moment de l'introduction de la requête de onze (neuf membres de droit et deux anciens présidents), y faire droit en totalité aurait mathématiquement fait passer le nombre de conseillers pouvant siéger en dessous de ce minima. Le seul moyen de remédier à cet état de fait nécessiterait de revoir soit le nombre de membres du Conseil constitutionnel, soit de fixer un maximum au nombre de membres dont il est possible de demander la récusation, mais aussi et surtout de revoir les critères de sélection des conseillers.

La question du respect du quorum ne s'est de toute manière pas posée lorsque Arnaud Montebourg a introduit sa demande de récusation, puisque sur les six conseillers concernés, l'un ne siégeait plus au Conseil (il s'agissait de l'ancien Président Jacques Chirac) et deux autres se sont spontanément déportés<sup>50</sup><sup>51</sup>. Les demandes de récusation subsistant sur trois autres conseillers ont toutes été rejetées de façon particulièrement laconique : « *les motifs*

---

<sup>48</sup> Ibid. §45

<sup>49</sup> Art. 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

<sup>50</sup> C'est à tout le moins ce qu'il est possible de déduire par défaut de la formulation ambiguë pour laquelle le Conseil a opté dans sa lettre de réponse au requérant : « Messieurs Jacques Barrot et Michel Charasse ne participeront pas à la décision du Conseil constitutionnel sur les questions prioritaires de constitutionnalité n°2011-142 à 2011-145 ». S'ils ne participeront pas à la décision du Conseil alors qu'ils n'ont pas été récusés, c'est qu'ils se sont déportés.

<sup>51</sup> Voir ici le commentaire de la décision : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2011-143-gpc/commentaire.102324.html>

*invoqués à l'appui de la demande de récusation [des juges Debré, Haenel et Steinmetz] n'étaient pas de nature à faire obstacle à leur participation à la décision du Conseil ».*

Compte tenu des attentes de la doctrine sur cette question, cette absence de motivation est particulièrement regrettable<sup>52</sup>. Plus regrettable encore pour les futurs justiciables qui ne savent rien des critères choisis par le Conseil, ni même si ces critères existent.

Une question reste posée : un membre du Conseil pourrait-il être récusé pour violation des obligations qui lui incombent, obligations fixées par différents textes relatifs au fonctionnement du Conseil constitutionnel ? Les membres du Conseil ont notamment l'interdiction absolue de prendre publiquement position « *sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil, ou de consulter sur les mêmes questions* »<sup>53</sup>. Une interdiction aussi solennelle n'a pourtant pas empêché à plusieurs reprises ses membres de la transgresser. Lors des houleux débats entourant l'adoption de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe, le Président du Conseil lui-même, Jean-Louis Debré, n'a pas hésité à écarter par avance la possibilité d'une censure de la loi, alors que celle-ci n'avait pas encore été adoptée, et ce dans une émission de télévision connue, à une heure de grande écoute<sup>54</sup>.

La QPC est une procédure encore jeune, mais riche de nombreuses virtualités. Son avènement a marqué le départ de ce qui à mon sens annonceur d'une profonde mutation du Conseil constitutionnel et d'un glissement graduel mais inéluctable vers un rôle de véritable Cour constitutionnelle. Pour que ce changement soit complet, et parce qu'il se traduit par un élargissement de l'assiette du pouvoir d'un organe non-élu, il doit s'accompagner de la création de stricts mécanismes à même d'offrir les garanties procédurales nécessaires à la préservation des droits des justiciables. La QPC, loin de se limiter à être un simple correctif aux insuffisances antérieures du contrôle de constitutionnalité a priori, est également par la

---

<sup>52</sup> « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », Nicoletta PERLO, **SOURCE ???** p. 15.

<sup>53</sup> Art. 7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et art. 2 du Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel.

<sup>54</sup> Communiqué AFP du 23 janvier 2013 : « Debré écarte la censure du mariage gay ».

force des choses devenue une porte ouverte vers la remise en question par tout un chacun de la loi, qui jusqu'à nouvel ordre reste encore l'expression de la volonté générale. Cet élargissement des possibilités de saisine se traduira, s'est déjà traduit, par leur augmentation, qui corrélativement accroît les facultés de contrôle du Conseil constitutionnel. Le pouvoir dont se trouve ainsi doté le Conseil constitutionnel est proprement immense.

Dans ses vœux au Président de la République, le Président du Conseil Jean-Louis Debré a relevé ce qu'il qualifie de « mouvement préoccupant » : celui d'une remise en cause de l'autorité de la chose jugée par le Conseil<sup>55</sup>. Ce mouvement, qui n'est pas autre chose qu'une remise en question de la légitimité du Conseil lui-même, n'aurait sans doute jamais pris l'ampleur dénoncée si les procédures suivies, particulièrement en matière de QPC, ne donnaient pas tant prise à la critique.

Un sentiment général de défiance monte indubitablement vers le Conseil constitutionnel, comme d'ailleurs envers l'ensemble des institutions de la Ve République. Mais il en va en politique ou dans le domaine des idées comme en biologie : la génération spontanée n'existe pas et une idée ou un sentiment ne s'enracinent dans les mentalités que parce que les mentalités y ont été prédisposées par les circonstances.

En matière de construction de la légitimité des décisions publiques, et les décisions du Conseil en font parties, l'exemplarité n'est pas juste un moyen : elle est le seul moyen. Et ce moyen se confond avec la procédure utilisée devant le Conseil.

---

<sup>55</sup> « [...] le Conseil n'a pu que relever en 2013 un mouvement qui apparaît préoccupant. C'est celui de la remise en cause de l'autorité de la chose qu'il a jugée. Il est bien sûr naturel et conforme à l'esprit de la Ve République qu'à la suite d'une censure, le Gouvernement et le Parlement puissent chercher à atteindre l'objectif qu'ils s'étaient fixé par d'autres voies, désormais conformes à la Constitution. C'est ce que le Gouvernement a fait, par exemple, pour la taxation dite à 75 % des hauts revenus. Toutefois, à plusieurs reprises au cours de ces derniers mois, des dispositions législatives ont été adoptées alors qu'elles contrevenaient directement à l'autorité de la chose jugée par le Conseil. Ce dernier n'a alors pu que les censurer une deuxième, ou plutôt j'espère, une dernière fois. Il en est allé ainsi pour les droits de succession en Corse, pour le plafonnement de l'ISF ou pour la cotisation foncière sur les bénéficiaires non commerciaux. Je n'évoque pas même le fait que, par instruction, le ministre du budget ait repris une mesure législative censurée par le Conseil. Cette situation est préoccupante. L'État de droit est fondé sur le respect de la règle de droit et des décisions de justice. Bien plus, pour le Conseil constitutionnel, l'article 62 de la Constitution dispose que l'autorité de ses décisions s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. La volonté générale ne s'exprime que dans le respect de la Constitution. Comme vous l'avez affirmé lors du 55ème anniversaire de notre Constitution, celle-ci est, Monsieur le Président, le socle des valeurs fondamentales. L'État de droit est l'affaire de tous les responsables administratifs et politiques. Le respect de la Constitution n'est pas un risque, c'est un devoir. Chacun doit y veiller à la place qui est la sienne ». Discours de vœux au président de la république. Palais de l'Élysée, 6 janvier 2014, Jean-Louis DEBRÉ

A l'heure où la contestation du pouvoir en place ne porte plus uniquement sur les personnes qui le représentent, mais perce jusqu'aux institutions qu'elles incarnent, sans doute serait-il temps d'apporter quelques changements au fonctionnement du Conseil constitutionnel. Ce n'est je pense pas le gouvernement le place qui me contredira. Dans un document intitulé « Propositions pour nos institutions » et issu des conclusions du Forum des idées du Parti Socialiste, le PS proposait notamment pour accompagner la « *mutation [du Conseil constitutionnel] en une véritable Cour constitutionnelle* », une modification des règles de nomination des membres et l'établissement d'une procédure contradictoire<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Propositions 25 à 29.