

Franck Laffaille*

Hic sunt leones

La question prioritaire de constitutionnalité en France

(à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien)

Introduction ; a) Les carences des mécanismes juridictionnels antérieurs à la révision constitutionnelle de 2008 ; b) De la sémantique en droit constitutionnel : une question « *prioritaire* »... ; c) La dimension duale - subjective / objective - du procès constitutionnel. **I. Les juges *a quibus*, « portiers » du procès constitutionnel ;** A) La QPC soulevée devant une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ; B) La QPC devant les cours suprêmes. **II. La liberté herméneutique du juge *ad quem*, juge constitutionnel ;** A) Les critères de recevabilité de la QPC devant le Conseil constitutionnel ; B) La doctrine du « droit vivant », fille naturelle de la QPC ? **III. Une autre justice constitutionnelle : la fin de l'ontologique spécificité du Conseil constitutionnel ?** A) Les droits des parties : le contradictoire, nouveau « totem » du juge *ad quem* ; B) Vers une réorganisation du Conseil constitutionnel ? (composition, pouvoirs d'expertise, *ius dicere*)

1

« Aux juges la loi, à la Cour la Constitution ».
Mazzanotte¹.

« Pour que l'Etat de droit se trouve réalisé, il est en effet indispensable que les citoyens soient armés d'une action en justice, qui permette d'attaquer les actes étatiques vicieux qui léseraient leur droit individuel. Or, selon le droit français, une telle action n'existe que contre les actes administratifs et juridictionnels, qui seuls peuvent faire l'objet d'un recours contentieux pour violation de l'ordre juridique en vigueur. Quant à l'acte législatif, il ne peut faire l'objet d'aucun recours de la part des citoyens, et la Constitution n'a institué aucune autorité qui soit capable d'en apprécier la validité. »
Carré de Malberg².

Introduction

* Professeur ordinaire de droit constitutionnel, Université de Nancy 2.

¹ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale, esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p.160.

² R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, CNRS, 1962, p.492 et 493.

Le législateur constituant de 2008³ et le législateur organique de 2009⁴ donnent naissance et organisent les modalités de fonctionnement d'une « question prioritaire de constitutionnalité »⁵. Ils entendent atteindre, ce faisant, un triple objectif : conférer au citoyen un droit nouveau⁶, purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique interne⁷. La sémantique juridique est amenée à s'enrichir : il existe enfin au pays de Rousseau ce qu'il faut bien dénommer un *procès constitutionnel*, inscrit dans une dimension concrète qui lui était par définition étrangère⁸. Quant à la notion de "doute constitutionnel", si elle s'articule toujours autour de la protection des droits et libertés, elle est propagée à présent par les requêtes des particuliers dans le cadre de la relation dialectique juges *a quibus* / juge constitutionnel.

L'adjonction de l'adjectif « constitutionnel » au substantif procès indique combien existe désormais une nouvelle catégorie juridique. Pour tomber sous le coup de l'évidence - la lecture de l'article 61-1 C. et celle de la loi organique de 2009 lui donnant vie sont porteuses de sens – cette remarque appelle précision. Le procès constitutionnel peut être entendu tout d'abord comme un système processuel global contenant *et* la phase procédurale devant les juges *a quibus* et celle devant le juge *ad quem*. Le procès constitutionnel peut encore signifier procès devant le seul juge constitutionnel, phase ultime où les prétentions subjectives des parties rencontrent l'intérêt objectif de protection du droit. Le procès constitutionnel, entendu en sa phase ultime devant le juge de la loi, devient une étape juridictionnelle pourvue de sa propre spécificité quand bien même il doit sa naissance aux juges *a quibus*. L'expérience de l'Italie - qui sert ici de fil conducteur au nom d'une « communicabilité » entre systèmes constitutionnels jadis brillamment exposée⁹ - est saisissante : pendant nombre d'années, le procès constitutionnel (*stricto sensu*, devant la Cour constitutionnelle) n'était guère considéré comme un procès particulier. On le regardait (seulement) comme l'étape finale du processus

2

³ Article 61-1 C. : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

⁴ La loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 C. La LO de 2009 permet de donner son effectivité à l'article 61-1 C. nouveau. A défaut de loi organique, « la conformité d'une loi à la Constitution ne peut...être utilement contestée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (CE, 2008, *Asso. de défense des droits des militaires*). La LO insère un nouveau chapitre au sein du Titre II (*Fonctionnement du Conseil constitutionnel*) de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette LO est déclarée conforme par le Conseil constitutionnel – avec réserves d'interprétation – dans sa décision du 3 décembre 2009 (n°2009-595 DC, www.conseil-constitutionnel.fr).

⁵ Le Conseil constitutionnel rend sa première décision en la matière le 28 mai 2010 : décision n°2010-1 QPC, *Consorts L.*, www.conseil-constitutionnel.fr. La déclaration d'inconstitutionnalité ne prend effet qu'à compter du 1^{er} janvier 2011 pour permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée.

⁶ La formule prête aisément à contestation. Il ne s'agit pas tant d'un droit que d'une faculté accordée au juge de déférer, ou non, la question posée par le requérant. Sous cet angle, ce qui est présenté comme un substantiel enrichissement de notre Etat de droit mérite grande nuance. L. FONTAINE, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, Compte-rendu analytique, critique...et pédagogique du colloque du 16 février 2009, Ministère de la Justice, UMR 6201-Institut Louis Favoreu-GERC-CDPC-IEIA, AFDC. www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/crException.pdf.

⁷ S'agissant des premières décisions rendues, aux mois de mai et juin, par le Conseil constitutionnel statuant au titre de la QPC, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁸ A. PUGIOTTO, *La « concretezza » nel sindacato di costituzionalità : polisemia di un concetto*, Jus, 1994, p.381.

⁹ J.-C. ESCARRAS, *Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle*, Cahiers du CDPC, 3, 1988, in AIJC, II, 1986, p.15.

juridictionnel, souffrant en quelque sorte d'un défaut d'autonomie¹⁰ ; pour l'étudier, étaient utilisés les schémas d'analyse classique inhérents au droit processuel commun. La justice constitutionnelle, le juge constitutionnel et le procès constitutionnel ne bénéficiaient pas d'un phénomène d'individualisation véritable. Puis, est venu le temps d'une construction théorique propre au procès constitutionnel *ad quem*¹¹, avec une taxinomie spécifique en raison de l'émergence de règles spécifiques¹².

Le constituant français de 2008 a fait un choix politique et juridique : l'absence d'une *actio popularis*. Dès lors, tout la logique processuelle repose sur la nature des relations entre juge *a quo* et juge *ad quem*, symptomatiques de l'existence d'un système mixte : cohabitent un "contrôle diffus de validité" avec effet *inter partes* et un "contrôle centralisé d'invalidité" avec effet *erga omnes*¹³. En d'autres termes, l'action première ("contrôle diffus de validité") s'effectue devant un juge ordinaire qui peut déclarer soit la norme valide en tant qu'appliquée au cas présent soit adresser au juge constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC). Quant à l'action seconde ("contrôle centralisé d'invalidité"), elle est réalisée par le juge constitutionnel qui peut seul censurer la norme déferée en l'expulsant de l'ordonnancement juridique ; il s'agit d'une opération de nettoyage, de purification juridique. De la coordination entre la première marche de la pyramide processuelle (juges *a quibus*) et la seconde (juge *ad quem*) dépend la crédibilité même du système juridictionnel rénové.

Avec la novation tirée de l'article 61-1 C., c'est la notion de constitution qui va muer, ou plutôt sa perception par les citoyens. La possibilité qui leur est offerte de contester une loi pour non-conformité à la Constitution (« droits et libertés » garantis par cette dernière pour être précis) devrait enfin donner naissance en France à un embryon de culture constitutionnelle, et combler notre retard par rapport à nombre d'Etats étrangers. On veut croire, avec une cynique naïveté, à l'appropriation de la Constitution par les particuliers au moyen de la QPC et à la diffusion quotidienne de notre patrimoine constitutionnel¹⁴. 2008/2009 marque l'ultime trépas d'une histoire légicentriste et du caractère « non démocratique » de la justice constitutionnelle pendant 50 ans (au sens où le *demos* ne possédait pas le *kratos* de contester une loi). On peut rêver à une Constitution devenue le "ciment commun qui unifie les divers piliers de la maison commune de l'ordonnancement"¹⁵. Le système normatif étant éminemment complexe, seule la Constitution permet une *reductio ad unum* de la pluralité des normes en vigueur¹⁶, et une minimale cohérence¹⁷ ; il est donc logique d'instaurer au profit du citoyen un mécanisme de contestation de la loi par rapport à la

¹⁰ C. SEVERINO, *La réglementation de l'instruction devant le Conseil constitutionnel*, AIJC, 2001, p.87.

¹¹ P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in P. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p.63.

¹² M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, Giur. it., 1990, IV, p.480.

¹³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.267, note 68 et p.298.

¹⁴ L. D'ANDREA, *Brevi note intorno al rapporto tra teoria della Costituzione e accesso ai giudizi di costituzionalità*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p.522.

¹⁵ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.299.

¹⁶ L. FONTAINE, *Le pluralisme comme théorie des normes*, in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.125.

¹⁷ L'autre schéma est naturellement la « communautarisation-conventionnalisation » de l'ordre constitutionnel.

Constitution. L'avènement d'une nouvelle procédure constitutionnelle est inséparable du sens donné à la norme (suprême) protégée ; tout comme elle est inséparable de la place (en théorie renforcée) du Conseil constitutionnel¹⁸.

La révision constitutionnelle de 2008 a suscité des réactions majoritairement favorables, même si d'innombrables doutes sont soulevés quant au futur bon fonctionnement du nouveau mécanisme. Entre la crainte d'une « guerre des juges » (entre juges internes puis entre juges internes/juges européens) et celle d'une « guerre des blocs » (de constitutionnalité et de conventionnalité), il est parfois difficile de démêler l'écheveau juridique. Parmi les voix peu satisfaites par la novation issue de l'article 61-1 C., c'est sans conteste celles de Pierre Mazeaud¹⁹ et d'Y. Gaudemet²⁰ qui tranchent le plus. Ils soulignent les mérites - oubliés selon eux - du contrôle préventif et prévoient que le nouveau mécanisme engendrera des effets dévastateurs. L'argument, classique, de la sécurité juridique et de la stabilité du droit est invoqué ; des pans entiers de la législation française risquent d'être déstabilisés. De plus, la cohérence du champ contentieux peut souffrir en raison de la dilution du contrôle de constitutionnalité entre plusieurs organes susceptible d'entraîner des divergences interprétatives (même si le Conseil constitutionnel détient le monopole de la sanction). Il est vrai que l'instauration d'une pyramide juridictionnelle à trois niveaux, et deux « filtres » (les juridictions ordinaires, les cours suprêmes) inquiète ; la complexité d'un tel mécanisme ne peut que surprendre, *a fortiori* si l'exemple allemand vient à l'esprit²¹. L'existence d'un second filtre, celui des cours suprêmes, ne semble guère trouver de puissantes justifications juridiques : elle emporte une « infantilisation » des juridictions non suprêmes et complexifie de manière disproportionnée le fonctionnement du procès constitutionnel. A-t-elle d'autres facteurs explicatifs que la volonté de préserver la « majesté » du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, qu'il a semblé impensable d'écarter du processus de la QPC ? Cette dernière risque de payer un lourd tribut en raison du poids de la tradition. De plus, la QPC viendrait trop tard²², notamment en raison de l'existence d'un efficient contrôle de conventionnalité des lois *a posteriori* assuré par le juge ordinaire ; celui-ci pouvait parfaitement, selon certains auteurs, assumer aussi une mission de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*²³. Le

4

¹⁸ Reste à se demander jusqu'à quand la pudeur juridique originelle va perdurer, qualifiant la production normative du Conseil de simples « décisions », et non de jugements ?

¹⁹ P. MAZEAUD, cité par J.-C. GROSHENS, *A propos du Conseil constitutionnel*, RDP, 3-2009, p.588.

²⁰ Y. GAUDEMET, *Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité*, RDP, 3-2009, p.581.

²¹ Les difficultés suscitées par le mécanisme institué en Allemagne conduisent à la suppression du second filtre, celui des cours suprêmes, dès 1956. J.-C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, p.98. M. FATIN-ROUGE, *La question préjudicielle de constitutionnalité : étude du projet français au regard du droit comparé*, AIJC, 2007, p.16. J. PINI, *Brèves observations sur le projet 2008 de réforme tendant à l'instauration d'une question préjudicielle de constitutionnalité en droit français*, AIJC, XXIII, 2007, p.43.

²² G. ALBERTON parle du « défaut d'anachronisme ». G. ALBERTON, *Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, AJDA, mai 2008, p.971.

²³ D. DE BECHILLON, *Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.109. A.-M. LE POURHIET, *L'injustice constitutionnelle*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.226.

raisonnement porte d'autant plus si l'on estime que le contrôle de conventionnalité s'apparente matériellement, *mutatis mutandis*, en un contrôle de constitutionnalité des lois²⁴. Si cette étude porte sur la QPC en France, parti pris a été de réaliser ici et là quelques divagations de nature comparatiste. L'étude du droit étranger, ou plutôt d'un droit étranger, permet de se pencher vers un système juridique qui, depuis plusieurs décennies, connaît un contrôle de la constitutionnalité des lois concret²⁵, *a posteriori*²⁶. L'Italie représente un terrain d'études fécond (nonobstant les différences avec le système institué en 2008-2009 en France) : elle connaît un contrôle de constitutionnalité incident – est posée, dans le cadre d'un procès, une question de constitutionnalité qui « remonte » à la Cour constitutionnelle – distinct du contrôle dit par voie principale (ou encore abstrait) concernant Etat et régions²⁷. Ce dernier mécanisme vise à trancher les conflits normatifs entre ces deux dernières entités, en particulier depuis la révision constitutionnelle de 2001 qui modifie substantiellement la forme de l'Etat²⁸. Ce contrôle abstrait ou encore principal n'est pas étudié ici puisque le propos comparatif vise avant tout à mettre en exergue les éléments du système juridique italien susceptibles d'apporter quelque réflexion relative à l'essor de la QPC. S'agissant du contrôle incident de constitutionnalité des lois, plusieurs précisions doivent être formulées. La différence la plus visible entre les systèmes français et italien réside dans la « liaison » entre les juges du fond et le juge constitutionnel. En Italie, les juges du fond transmettent (via une ordonnance de renvoi) directement la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle. Les cours suprêmes ne font pas office de « filtres » ; la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat n'analysent pas la question de constitutionnalité, *a contrario* du scénario retenu par le constituant français. Cela ne signifie pas, bien sûr, que le lien est rompu entre les cours suprêmes et la Cour constitutionnelle ; ne serait-ce que par le truchement de la doctrine du « droit vivant », le juge de la loi se réfère aux jurisprudences consolidées du juge administratif et du juge judiciaire. Autre différence entre la France et l'Italie, différence qui mérite le nom de carence pour notre pays : le moyen d'inconstitutionnalité en Italie peut être relevé d'office par le juge du fond, ce qui semble logique au regard de la nature *in fine* objective du contentieux constitutionnel (expulser une norme inconstitutionnelle dans l'intérêt du droit). L'impossibilité, pour le juge français, de relever d'office l'inconstitutionnalité d'une disposition contraire à la Constitution entre en contradiction avec la volonté du législateur organique de conférer à la question une dimension prioritaire²⁹. La France connaît ici un manque archaïque qui n'est pas loin d'être en puissante contradiction avec les finalités, proclamées, du nouveau mécanisme.

Avant de se lancer dans une analyse plus complète de la QPC, trois points méritent plus particulièrement d'être abordés dans le cadre de cette introduction. Il convient de revenir,

²⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, www.conseil.constitutionnel.fr.

²⁵ A. PUGIOTTO, *La « concretezza » nel sindacato di costituzionalità : polisemia di un concetto*, Jus, 1994, p.91. Pour une analyse de la notion polysémique de « concret » et de sa dimension duale (la « concrétude » découle avant tout de la liaison entre jugement *ad quem* et procès *ad quo* ... la « concrétude » découle davantage du caractère *a posteriori* du contrôle que du système incident), voir J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, *Economica*, PUAM, 2001, p.359.

²⁶ A l'instar du schéma français nouvellement institué, il n'existe pas d'*actio popularis* ; la crainte d'une société insupportablement contentieuse conduit à l'instauration de barrières procédurales.

²⁷ T. DI MANNO, *La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie*, AIJC, XXIII, 2007, p.36.

²⁸ La Cour constitutionnelle est d'ailleurs, depuis près de dix ans, noyée sous les requêtes.

²⁹ X. PHILIPPE, *La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français...Réflexions après l'adoption de la loi organique*, RFDC, 2010, p.277.

rapidement, sur les carences - constitutionnelles et conventionnelles - des mécanismes antérieur à 2008, facteurs explicatifs supposés d'une novation si attendue (a). S'agissant de la question de constitutionnalité, une donnée sémantique ne peut manquer d'interpeller : elle se résume en un adjectif, « *prioritaire* », en vertu de la volonté du législateur organique (b). Enfin, il importe de souligner la dimension duale - subjective / objective - du procès constitutionnel (c).

a) Les carences des mécanismes juridictionnels antérieurs à la révision constitutionnelle de 2008

On constate tout d'abord une limite quant à l'efficacité du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* : il ne vise pas les lois adoptées avant 1958³⁰. Certes, le Conseil d'Etat³¹ assure un contrôle des lois antérieures à la Constitution de 1958 et manifestement contraires à une disposition de cette dernière. Cependant, cette jurisprudence (CE, 1958, *Taddei*³²) se révèle d'une rare utilisation³³.

Quant aux modalités de saisine du Conseil constitutionnel, elles se sont pas loin d'être qualifiées « d'étrangères » par nombre de doctrines étrangères : la saisine émane d'organes politiques, individuels (président de la République, président de l'Assemblée nationale, président du Sénat, Premier ministre) ou collectifs (60 députés ou 60 sénateurs). Il n'existe pas d'obligation de saisir le Conseil constitutionnel pour opérer un contrôle de constitutionnalité des lois, à l'exception des lois organiques ; point d'auto-saisine de surcroît. En d'autres termes, de nombreuses dispositions législatives potentiellement anti-constitutionnelles circulent dans l'ordre juridique français. Le Conseil constitutionnel imagine certes en 1985 un mécanisme correcteur : « la régularité au regard de la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »³⁴. Cette innovation présente une lacune : si le Conseil constitutionnel peut censurer la loi qui modifie, complète

6

³⁰ Le texte initial du Gouvernement excluait du champ de la QPC les dispositions antérieures à 1958 et celles déjà déferées au Conseil constitutionnel. Ces incongruités disparaissent à la suite de l'intervention du législateur organique. D. CHAUVAUX, *L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard*, RDP, 3-2009, p.566. Le Conseil d'Etat critique, dans son avis du 16 avril 2008, l'incohérence du texte gouvernemental en la matière.

Un éventuel « effet pervers » serait susceptible de naître en raison de la possibilité de contester, via une QPC, une disposition législative antérieure à 1958 : le juge ordinaire ne pourrait plus constater « l'abrogation implicite » (CE, 2005, *Synd. nat. des huissiers de justice*) de la disposition législative contestée. P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.886.

³¹ Le Conseil d'Etat n'est pas juge de la constitutionnalité des lois (CE, 1936, *Arrighi*). Le constituant de 1958 aurait de surcroît écarté tout contrôle des lois au stade de leur application en instituant un contrôle *a priori* (CE, 2005, *Deprez et Baillard*).

³² Jurisprudence caduque en raison de la nouvelle procédure d'abrogation explicite.

³³ L'Italie connaît un passé intéressant pour qui se préoccupe de la question du contrôle des lois antérieures à la Constitution. Entre 1948 (date d'entrée en vigueur de la Constitution de 1947) et 1955 (année précédent l'entrée en fonction de la Cour constitutionnelle), il revient à l'autorité judiciaire d'intervenir (en vertu du contrôle diffus qui lui échoit sur le fondement de la disposition constitutionnelle transitoire n°VII). Dans sa première et célèbre décision (n°1, 1956), la Cour constitutionnelle se reconnaît compétente, sur le fondement de l'article 134 C., pour apprécier la régularité des lois antérieures (dont certaines fascistes) et postérieures à la Constitution. Elle impose sa vision normative à une Cour de cassation à la position très contestable s'agissant des lois votées pendant la période mussolinienne.

³⁴ CC, déc. n°85-185 DC, 25 janvier 1985.

ou affecte le domaine d'une loi déjà promulguée, il ne peut censurer cette dernière... puisqu'elle est déjà promulguée. Formellement déclarée inconstitutionnelle, elle perdure pourtant au sein de l'ordonnement juridique. Seul le législateur, écoutant avec sagesse les observations du Conseil, peut procéder à la modification des dispositions litigieuses. C'est ce qu'il advient par exemple en 2000 : à la suite de la décision du 15 mars 1999, le Parlement adopte l'ordonnance du 18 septembre 2000 abrogeant une disposition législative déclarée inconstitutionnelle.

Les carences évidentes du contrôle de constitutionnalité *a priori* appelaient l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ; non pas en vertu d'une sorte d'historicisme fataliste mais plutôt en raison des leçons tirées de l'étude des systèmes juridiques étrangers. Une disposition législative passant aisément le tamis du juge constitutionnel dans le cadre d'un contrôle abstrait peut se révéler inconstitutionnelle dès lors qu'elle s'insère dans un contentieux. De l'intérêt de l'existence de deux types de contrôles...qui ne doit pas dissimuler les difficultés pratiques susceptibles de naître, liées à l'articulation fonctionnelle et temporelle des deux modalités de contestation.

Certaines critiques sont venues aussi toucher l'autre contrôle de la loi, le contrôle de conventionnalité exercé par les juges ordinaires. Lorsque le juge administratif ou le juge judiciaire écarte, à l'occasion d'un litige, une loi contraire au droit conventionnel européen, au droit communautaire, ou encore au droit international... une telle décision n'a que l'autorité relative de la chose jugée. La disposition législative est écartée *inter partes* et non *erga omnes* : elle demeure valide et régulière à l'égard de tous les autres personnes physiques ou morales. De plus, les principes conventionnels ne couvrent pas l'ensemble des principes inhérents au bloc de constitutionnalité. Le droit constitutionnel français présente certaines spécificités en matière de protection des droits fondamentaux qui ne font pas l'objet d'une protection identique au niveau conventionnel. Selon la formule du vice-président du Conseil d'Etat, J.-M. Sauvé, « le champ des principes conventionnels...et celui des principes compris dans le « bloc de constitutionnalité » ne se recouvrent pas entièrement »³⁵. Sont particulièrement visés le principe d'égalité qui possède une portée plus large que le principe de non discrimination, le principe de laïcité (*unicum* en Europe), des principes tirés éventuellement de la Charte de l'environnement, le principe de libre administration des collectivités territoriales... Certains moyens rejetés au titre du contrôle de conventionnalité des lois pourraient être demain acceptés au titre du contrôle de constitutionnalité (il est vrai que l'inverse est aussi possible, ce qui n'est pas sans soulever de grandes difficultés). Si les insuffisances du contrôle de conventionnalité des lois sont parfois relevées pour justifier la création du mécanisme de l'article 61-1 C., la thèse inverse peut aisément prévaloir : le remarquable fonctionnement, depuis plusieurs décennies, du contrôle de conventionnalité rendrait inutile la QPC, quand bien même elle est *prioritaire*. Ou plus exactement, elle est déclarée prioritaire pour ne pas sombrer en raison de la (rude) concurrence du contrôle de conventionnalité.

b) De la sémantique en droit constitutionnel : une question « prioritaire »...

³⁵ J.-M. SAUVÉ in H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.17.

Avant même de s'arrêter sur l'adjonction de l'adjectif *prioritaire* pour qualifier la question de constitutionnalité, il faut revenir quelque instant sur la distinction classique « exception d'inconstitutionnalité / question préjudicielle ». Le mécanisme de l'article 61-1 C. ne s'apparente pas à une *exception* car dans ce système, le juge de l'action est le juge de l'exception ; l'exception est appréciée par le juge principal. Le juge ordinaire en d'autres termes est juge constitutionnel au fond et peut trancher la question de constitutionnalité posée par le requérant. Tel n'est pas le cas dans le texte issu de la révision de 2008³⁶ ; il s'agit d'une question *préjudicielle*. La résolution du conflit est renvoyée à une autre juridiction, différente de celle devant laquelle est posé initialement le litige. Plus précisément, on peut parler de question préjudicielle de constitutionnalité. Un mot pourrait être ajouté, même si l'attrait pour le droit étranger ne commande pas automatiquement mimétisme sémantique : incident (« l'adjectif « *incidentale* » est couramment usité en Italie afin de mettre en exergue la nature du contrôle de constitutionnalité). La qualification de question préjudicielle a suscité quelques (rares) réserves. Il en va ainsi du député J.-L. Warsmann : en raison de la dimension objective du contentieux (la QPC prospère devant le Conseil constitutionnel même en cas d'extinction de l'instance, et ce dans l'intérêt du droit), de la priorité d'examen de la QPC, de la qualité des personnes compétentes pour soulever le moyen, toute assimilation avec une question préjudicielle lui semble devoir être récusee. La question préjudicielle, soulevée – elle – d'office par le juge « est examinée uniquement si aucun des autres moyens soulevés ne lui permet de régler le litige et ne prospère qu'en lien avec l'instance »³⁷. Quant à O. Pfersmann, il voit dans le mécanisme introduit en 2008 non pas tant un « renvoi préjudiciel au sens strict, mais bien une construction hybride qui transporte la structure du recours individuel dans le mécanisme du renvoi préjudiciel »³⁸.

Préjudicielle ou non, la question de constitutionnalité est assurément, par la volonté du législateur organique, *prioritaire*. La LO de 2009 (visant l'article 61-1 C.) utilise le terme de question prioritaire de constitutionnalité³⁹, moyen de souligner la spécificité de la procédure. Elle pose la priorité de la question de constitutionnalité, *versus* le contrôle de conventionnalité⁴⁰. Lorsqu'une juridiction est saisie *et* d'une question de constitutionnalité *et* d'une question de conventionnalité, elle devra « se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation »⁴¹. La

³⁶ L'erreur consistant à confondre exception d'inconstitutionnalité et question préjudicielle est fréquente et ancienne. T. RENOUX, *L'exception, telle est la question*, RDFC, 1990, 4, p.652.

³⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.12.

³⁸ O. PFERSMANN, *Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori*, Petites Affiches, septembre 2008, n°254, p.103.

³⁹ Le sénateur Portelli parle, lui, de question d'inconstitutionnalité. H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, 2009, n°637, p.8.

⁴⁰ Le Comité Balladur exclut de confier conjointement au Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité des lois *a posteriori*. Le transfert de cette seconde mission a été jugé peu pertinent au regard de notre histoire juridique et susceptible de générer incertitudes et rigidités. « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République ». *Une Vème République plus démocratique*, www.comité-constitutionnel.fr, p.88-89. Le propos tient davantage de l'assertion postulatoire que de la démonstration.

⁴¹ Article 23-2, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

coexistence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'un contrôle de conventionnalité *a posteriori* est, il est vrai, autant intéressante que problématique⁴². Le choix d'une telle priorité nationale est politique (au sens non péjoratif du terme) et juridique : le bloc de conventionnalité ne doit pas devenir l'instrument de référence au détriment du bloc de constitutionnalité⁴³. Le législateur organique rappelle avec force que la priorité de la QPC est ontologiquement liée à la prééminence de la Constitution. Au-delà de l'avenir de la QPC en tant que nouvel instrument frappé de concurrence, c'est une question de hiérarchie normative qui est posée : la priorité d'examen est jugée indispensable en ce qu'elle est le reflet de la supériorité de la loi fondamentale⁴⁴. La QPC a le mérite de mettre fin à une exception française, à ce « paradoxe normatif »⁴⁵ consistant à se tourner non vers le droit interne mais vers le droit supranational pour requérir la non application d'une loi. Il était difficile cependant de ne pas inscrire cette priorité : seul un tel mécanisme au profit de la QPC est de nature à permettre une saine articulation entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité. La question de constitutionnalité « à la française » est *prioritaire*...tant semble prévaloir la crainte que le nouveau mécanisme, enserré dans les rets du contrôle de conventionnalité, n'arrive pas à s'imposer⁴⁶. Il n'est pas certain que l'objectif soit atteint, dit-on, en raison de la quasi équivalence matérielle entre les blocs et de la primauté du droit communautaire réceptionnant les acquis de la Cour Edh. La question de conventionnalité présente, il est vrai, grand mérite : non seulement la réponse du juge est rapide, mais l'effet *inter partes* de la décision semble aussi intéressant, pour le justiciable, que l'effet *erga omnes* issu d'une QPC. Si l'on ajoute que le juge judiciaire relève d'office la question de conventionnalité⁴⁷ alors que le juge *a quo* ne peut relever d'office un moyen

9

⁴² J. RIDEAU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide*, RDP, 3-2009, p.601. P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : une coexistence impossible ?*, D., 2008, p.166. G. ALBERTON, *Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, AJDA, 2008, p.967.

⁴³ Après les décisions n°348 et 349 de 2007 de la Cour constitutionnelle italienne, la relation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité se trouve fortement modifiée. Selon T. Di Manno, « le contrôle de conventionnalité de la loi est englobé dans le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle, pourvu que la norme en cause de la CEDH, éventuellement telle qu'elle a été interprétée par la Cour de Strasbourg, soit compatible avec la Constitution ». Cette jurisprudence a le mérite de « protéger » le contrôle incident de constitutionnalité qui a peu de chance d'être victime du contrôle de conventionnalité opéré par les juges ordinaires. T. DI MANNO, *La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie*, AIJC, XXIII, 2007, p.39-40. F. LAFFAILLE, *Convention européenne des droits de l'homme et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative*, RDP, 2009-4, p.1137.

⁴⁴ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.23.

⁴⁵ J.-H. STAHL, *La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité*, in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, p.998.

⁴⁶ Selon J.-C. Colliard, deux pratiques de l'invocabilité des normes constitutionnelles à l'encontre d'une loi applicable au litige sont susceptibles de survenir. La première pratique serait celle pragmatique des particuliers guidés avant tout par des considérations d'efficacité et de célérité : ne peut être écartée l'hypothèse que la voie du contrôle de conventionnalité soit retenue par eux davantage conforme à leurs intérêts. La seconde pratique serait celle « militante » des associations qui entendent faire avancer la cause des droits fondamentaux et expulser les lois inconstitutionnelles de l'ordonnement juridique. L. FONTAINE, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, Compte-rendu analytique, critique...et pédagogique du colloque du 16 février 2009, Ministère de la Justice, UMR 6201-Institut Louis faveureu-GERC-CDPC-IEIA, AFDC. www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/crException.pdf.

⁴⁷ Cour de cassation, ch. soc., 1999, *Bozkurt*.

d'inconstitutionnalité, le terrain processuel ne semble guère favorable à la QPC...sauf à lui accorder législativement la priorité. Cette dernière n'assure en rien le succès de la QPC puisque le requérant, bien informé, peut tout à fait, soulever seulement un moyen d'inconventionnalité. La priorité n'est en effet efficace qu'en cas de double contrôle. Nonobstant tous ces doutes, il existe un argument simple et pertinent pour accorder une telle priorité à la question de constitutionnalité : le contentieux qui émerge est de nature objective, dans l'intérêt du droit. La justification forte de cette priorité réside dans les effets de la QPC : celle-ci purge l'ordonnement juridique français en conduisant à l'abrogation d'une disposition législative contraire à la Constitution. L'intérêt majeur de la QPC se manifeste dans l'effet *erga omnes* de la décision du Conseil constitutionnel conduisant à l'expulsion de la norme inconstitutionnelle. La déclaration de non-conformité à la Constitution est logiquement revêtue de l'autorité absolue de la chose décidée.

La priorité donnée à l'examen du moyen d'inconstitutionnalité sur le moyen d'inconventionnalité a suscité de « fortes réserves »⁴⁸, notamment de la part du Premier président de la Cour de cassation. Pour M. Lamanda, cela pourrait porter préjudice, en certaines circonstances, aux droits des justiciables tant le contrôle de conventionnalité fait figure d'instrument efficace pour la protection des droits fondamentaux. De plus, le poids des habitudes ne peut être négligé : le juge aurait naturellement tendance à utiliser le contrôle de conventionnalité, mécanisme désormais maîtrisé et qui a fait ses preuves. Le contrôle de conventionnalité apparaît aussi, il faut l'avouer et cela met en cause les législateurs constituant et organique, beaucoup plus simple à utiliser (que l'on songe à la procédure de double filtrage instituée pour la QPC). Nonobstant cela, la distinction claire du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et du contrôle de conventionnalité aurait le mérite, selon le sénateur Portelli, de « répartir harmonieusement les compétences respectives des différentes juridictions »⁴⁹. Le juge ordinaire s'en trouverait conforté dans sa traditionnelle mission du contrôle des normes internes au regard du droit conventionnel ; le Conseil constitutionnel s'en trouverait lui aussi conforté, bénéficiant du monopole en matière de contrôle de constitutionnalité. A voir...

La priorité accordée fait l'objet de deux tempéraments. Tout d'abord, le requérant peut seulement, on l'a vu, soulever l'exception d'inconventionnalité, écartant ainsi la QPC. Le « concours de beauté contentieux »⁵⁰ tourne alors immédiatement en faveur du droit conventionnel. Ensuite, dans l'hypothèse où le requérant soulève les deux moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité, le juge peut en arriver à examiner le seul grief d'inconventionnalité car les critères de recevabilité de la QPC ne sont pas satisfaits (ex : la disposition législative attaquée a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*). Enfin, la priorité donnée à la QPC n'empêche en rien le juge ordinaire d'examiner, après le moyen d'inconstitutionnalité, le moyen d'inconventionnalité. Devant le Conseil constitutionnel, deux hypothèses peuvent survenir. Si ce dernier accueille le grief d'inconstitutionnalité, l'examen du moyen d'inconventionnalité

⁴⁸ H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.25.

⁴⁹ H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.26.

⁵⁰ P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.883.

devient sans objet puisque le juge constitutionnel n'est pas - en principe - juge de la conventionnalité des lois (CC, IVG, 1975)⁵¹. Secondement, si le Conseil constitutionnel rejette le moyen d'inconstitutionnalité et déclare la disposition litigieuse conforme à la Constitution, le contrôle de conventionnalité peut être opéré par le juge ordinaire puisque les deux types de contrôles relèvent de logiques différentes.

Le législateur organique ne pouvait faire l'économie, en accordant priorité à la QPC, de la spécificité (et de la supériorité) du droit communautaire⁵². En raison des obligations incombant à la France en ce domaine, il est prévu une « exception à la règle de priorité de la question de constitutionnalité lorsque sont en jeu des obligations communautaires »⁵³. Sont alors tirées les conséquences de l'article 88-1 C. tel que ductilement lu par le Conseil constitutionnel (2004-2006)⁵⁴ : la spécificité reconnue au droit communautaire et les exigences y afférant introduisent une exception dans le mécanisme de priorité accordé à la QPC. Une telle réserve aura, peut être, pour conséquence de conduire le juge à requalifier le moyen d'inconstitutionnalité en « moyen d'incommunautarité » : la régularité de la norme contestée sera évaluée d'abord à l'aune du droit communautaire. Difficile de ne pas apercevoir ici la logique de la jurisprudence *Arcelor* du Conseil d'Etat⁵⁵ et le mécanisme de « translation » analysé subtilement (même si le raisonnement au regard de la pure logique juridique n'est pas sans appeler quelques fortes réserves) par le Rapporteur public Mattias Guyomar. La QPC devrait, dans cette hypothèse, passer sous les fourches caudines du droit communautaire et céder la priorité : cela peut conduire le juge ordinaire à se tourner vers la Cour de justice sur le fondement de l'article 267 TFUE, avec suspension de la procédure nationale dans l'attente de la réponse du juge de Luxembourg. La relation QPC / question préjudicielle communautaire se résoudrait simplement selon le Secrétaire général du Conseil constitutionnel M. Guillaume : la priorité conférée à la QPC n'empêche pas le juge ordinaire et une cour suprême de se tourner vers la CJUE. Reste la difficulté temporelle empêchant le Conseil constitutionnel de saisir le juge communautaire sur le fondement de l'article 267 TFUE ; elle vise seulement l'hypothèse où le juge doit statuer avant la promulgation de la loi, dans les délais impartis par l'article 61 C.⁵⁶ La QPC se situant dans une toute autre fourchette temporelle, il y a lieu de penser que la jurisprudence du Conseil constitutionnel évoluera. L'expérience italienne là encore intéresse, puisque la Cour constitutionnelle accepte, enfin, en 2008, de se tourner vers la CJUE pour recevoir un éclaircissement quant à la portée de dispositions communautaires. Cet aggiornamento, pauvrement argumenté, met fin à une politique jurisprudentielle contestable et contestée⁵⁷. Quand bien même l'évolution jurisprudentielle du juge italien n'est pas fondée sur une logique temporelle (les délais pour

⁵¹ L'idée d'un abandon de la jurisprudence IVG par le Conseil constitutionnel – afin de s'approprier le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit conventionnel – apparaît une idée séduisante, mais rapidement qualifiée d'« illusoire ». J. ROUX, *L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ?*, RDP, 3-2009, p.645.

⁵² C. LEPAGE, *L'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir*, Petites Affiches, septembre 2008, n°189, p.3.

⁵³ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.24.

⁵⁴ CC, 10 juin 2004. CC, 27 juillet 2006. CC, 30 novembre 2006.

⁵⁵ Conseil d'Etat, *Arcelor*..., 2007.

⁵⁶ CC, déc. n°2006-540 DC.

⁵⁷ F. LAFFAILLE, *Il y a toujours une première fois. A propos de l'application de l'article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne*, RTDE, 2009, p.459.

rendre justice), il y a là matière à réflexion sur le devenir de la neutralisation, par le Conseil constitutionnel, de l'article 267 TFUE.

La réserve de priorité instituée au profit du droit communautaire n'a pas manqué de recevoir critiques. Ne s'agit-il pas d'une lecture absolutiste de l'article 88-1 C. et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? Le législateur organique semble prendre acte de l'existence et de l'exigence d'un contrôle de conventionnalité communautaire en application de l'article 88-1 C. alors que le Conseil constitutionnel se contente d'une unique exigence, la transposition des directives. Pour N. Molfessis, « ... il n'est absolument pas justifié de prévoir la réserve de l'article 88-1 de la Constitution. Il ne s'agit pas, en répondant à la question de constitutionnalité, de trancher la question de conformité au droit communautaire qui serait l'objet d'une question préjudicielle : il s'agit de trancher la question de conformité à la Constitution d'une disposition législative sans préjudice de ce qui sera jugé sur le terrain communautaire. La préséance chronologique de la question constitutionnelle n'est évidemment pas l'affirmation d'une primauté sur le droit communautaire ni un empiètement de compétence. A telle enseigne que si la réponse à la question constitutionnelle devrait être celle d'une conformité à la Constitution de la disposition législative, il resterait encore à statuer sur la question préjudicielle communautaire »⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel s'est penché, dans sa décision du 3 décembre 2009 (LO relative à l'article 61-1 C.), sur la priorité accordée à la question de constitutionnalité. Le juge y voit la volonté du législateur organique de « garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁵⁹. Pour le Conseil constitutionnel, une telle priorité a « pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie »⁶⁰. Il ne voit pas, dans un tel mécanisme temporel, une restriction de compétence du juge quant à sa mission de veiller au respect et à la supériorité des traités sur les lois et des normes de l'Union européenne : la question prioritaire de constitutionnalité n'emporte pas violation des articles 55 et 88-1 de la Constitution.

C'est la Cour de cassation qui, avec la décision du 16 avril 2010, s'interroge concrètement sur la conformité de la QPC avec l'article 267 TFUE. Elle se tourne vers la CJUE afin que cette dernière se prononce sur la conformité de la QPC au regard du droit de l'Union européenne. Par l'effet de la LO 2009-1523, la Cour de cassation se trouverait privée, à l'instar des juges du fond, de la possibilité de poser une question préjudicielle au juge communautaire quand une QPC est transmise au Conseil constitutionnel. Cette saisine de la CJUE par la Cour de cassation a été durement condamnée : le juge français instrumentaliserait le droit communautaire pour tenter de faire échec au nouveau mécanisme permettant au Conseil constitutionnel d'apprécier la régularité des lois promulguées⁶¹.

« *Pour autant que* »... Telle est la formule - pragmatique ou dilatoire, on ne sait guère - utilisée par la CJUE pour s'extraire dignement du guépier normatif dans lequel l'avait plongé la Cour de cassation. En d'autres termes : « L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un Etat membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales

⁵⁸ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.26-27.

⁵⁹ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 14. www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁰ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 14. www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶¹ G. CARCASSONNE, N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité*, Le Monde, 23/4/ 2010.

d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et,
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union. »⁶²

La CJUE pouvait-elle rendre autre chose qu'un jugement de Salomon ? Il lui était impossible, sauf à entrer en guerre avec le constituant français, de déclarer la QPC contraire *en tant que telle* avec le droit de l'UE. Il lui était impossible, sauf à renier les principes fondateurs de sa politique jurisprudentielle assurant la cohérence et la survie du système juridique communautaire, de ne pas encadrer *a minima* la nouvelle procédure française. La QPC n'est pas condamnable et condamnée *pour autant* qu'elle ne soit pas utilisée comme mécanisme à même de porter atteinte au droit de l'UE. Cette décision est subtilement médiocre, comme bien souvent les compromis normatifs lorsqu'ils tentent de concilier deux prétentions à la primauté. La casuistique a de beaux jours devant elle.

La tension entre droit constitutionnel national et droit constitutionnel communautaire peut connaître quelques nouveaux développements en raison de l'existence de la QPC. Nonobstant les jurisprudences rassurantes du Conseil constitutionnel (10 juin 2004, 27 juillet 2006, 30 novembre 2006, 3 décembre 2009) et du Conseil d'Etat (*Arcelor...*, 2007/2009) centrées sur le « principe d'équivalence des protections » - il ne saurait y avoir hiatus entre droit national et droit communautaire puisque trouvent application d'identiques principes en matière de droits et libertés - la situation peut se compliquer. Comment en effet ne pas constater que si nombre de « droits et libertés garantis par la Constitution » le sont en effet identiquement au niveau communautaire-conventionnel, cela n'est pas exact pour tous les droits et libertés ? De plus, un identique *nomen iuris* ne signifie pas, d'évidence, identité conceptuelle et juridique. La QPC peut donc être source de conflits entre des normes prétendant chacune à la primauté. Sauf à soutenir, de manière quelque apodictique, que « l'inconciliable peut être concilié » (M. Poiars Maduro *in* CJCE, *Arcelor...*, 2008 et M. Guyomar *in* CE, *Arcelor...*, 2007 et 2009) ou que le respect de la primauté de la Constitution passe, étrangement, par la primauté du droit communautaire (M. Guyomar *in* CE, *Arcelor...*, 2007)⁶³... Une autre position, contraire, peut être soutenue : elle consiste à prétendre que le droit communautaire (avec « l'aide » du droit conventionnel), en vertu même du principe d'équivalence des protections, risque de vider la QPC de sa substance. Dès lors qu'existe une « communautarisation partielle du droit constitutionnel » (M. Guyomar *in* CE, *Arcelor...*, 2007), dès lors que la Convention Edh fait partie intégrante du droit communautaire, dès lors que la Charte des droits fondamentaux (2000) prend toute sa dimension juridique au sein de cette communauté de droit(s) qu'est l'UE, *quid* de l'intérêt de la QPC ? Ne va-t-elle pas être reléguée au rang d'instrument second,

⁶² CJUE, 22 juin 2010 (GC), C-188/10 et C-189/10. <http://curia.europa.eu>.

⁶³ F. LAFFAILLE, *La jurisprudence Arcelor bis permet-elle de « concilier l'inconciliable » ?*, AJDA, 2009-31, p.1710.

à l'intérêt faible, une fois constatée que la plupart des principes communautaires-conventionnels recouvrent les principes constitutionnels invocables ?⁶⁴

Reste une hypothèse de confrontation juridictionnelle que l'on ne peut exclure. Si le Conseil constitutionnel délivre, dans le cadre de la QPC, un brevet de constitutionnalité à la disposition législative contestée et que le juge européen regarde ultérieurement cette même disposition inapplicable pour méconnaissance du bloc de conventionnalité... a-t-on le moindre doute sur la décision qui s'imposera dans l'ordre juridique national ? L'admonestation du juge de Strasbourg dans l'affaire *Zielinski* est éloquent⁶⁵ : en matière de validation législative, le Conseil constitutionnel adopte désormais une politique jurisprudentielle calquée sur le droit conventionnel⁶⁶. Pour F. Sudre, le mécanisme de la QPC est de nature à renforcer la prégnance de la jurisprudence de la Cour Edh ; la juridiction constitutionnelle devra opérer quelque aggiornamento pour ne pas voir la France condamnée en raison d'une loi contraire à la Convention Edh, quand bien même ladite loi fut déclarée valide au regard du bloc de constitutionnalité⁶⁷. Rien d'étonnant alors à imaginer un accroissement du nombre de requêtes devant la Cour Edh en raison de l'introduction de la QPC en France⁶⁸.

c) La dimension duale - subjective / objective - du procès constitutionnel

Janus juridique, le procès constitutionnel entend satisfaire deux causes : la protection de situations subjectives, la protection objective de la légalité constitutionnelle. A l'initiale protection des *iura* mis à mal par une disposition législative, s'agrège la protection de la *lex*, du Droit, de la cohérence de l'ordonnement juridique. La dimension duale du procès constitutionnel - défense d'intérêts subjectifs, défense de l'intérêt général constitutionnel - ne manque pas de mettre en évidence la question de la *lis ficta*⁶⁹. Avec le recours au juge *a quo* qui permet de soulever une QPC, le *petitum* du procès principal coïncide avec le *petitum* du procès constitutionnel. On instaure ainsi un mécanisme de protection de l'intérêt général par le biais de la protection d'un intérêt particulier⁷⁰.

A l'aune de ces deux réalités, deux lectures sont possibles. Première lecture : le contrôle de constitutionnalité des lois présente les caractéristiques de tout procès "classique". L'héritage procédural issu du droit civil conduit à la protection d'intérêts seulement subjectifs. Dès lors que la partie du procès principal se fait porteuse d'un intérêt personnel et concret, le lien procès *a quo* / procès constitutionnel est à ce point subjectivisé qu'elle seule devrait intervenir dans le procès constitutionnel. Or, tel n'est pas le cas au regard de l'expérience italienne : la

⁶⁴ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, AN, n°1898, 2009, p.58.

⁶⁵ CEDH, 1999, *Zielinski*.

⁶⁶ CC, n°99-422 DC, 21 décembre 1999.

⁶⁷ F. SUDRE, *Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme*, RDP, 3-2009, p.671.

⁶⁸ F. TULKENS, *Convention européenne des droits de l'homme et Cours suprêmes*, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁹ On peut d'ailleurs imaginer y compris une violation intentionnelle de la loi afin de déclencher un procès. G. ZAGREBELSKY, *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.231.

⁷⁰ C'est cette contradiction logique, souvent énoncée en doctrine, qui conduit nombre d'observateurs italiens à demander l'introduction d'une *actio popularis*. Voir le projet de révision constitutionnelle formulée par la Bicamerale III présidée par D'Alema en 1997.

jurisprudence de la Cour constitutionnelle a ouvert le procès constitutionnel à des particuliers ou entités non présentes dans le procès *a quo*⁷¹. Le juge constitutionnel qualifie de partie une personne y compris après émission de l'ordonnance de renvoi, à condition qu'elle soit porteuse d'un intérêt personnel et direct étroitement lié au jugement principal ; ayant été dans l'impossibilité de se constituer partie antérieurement, il s'agit là de son unique mode d'action pour protéger ses intérêts⁷².

Seconde lecture : le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* présente une dimension objective. Il s'agit de protéger l'intégrité constitutionnelle de l'ordonnement juridique. Ce ne sont d'ailleurs pas les parties en tant que telles qui saisissent le juge constitutionnel (absence d'*actio popularis*) mais le juge *a quo* ; ce dernier ne protège pas un droit mais exerce une fonction publique en objectivant le conflit⁷³. Il protège *le droit*, agit dans l'intérêt *du droit*. L'interlocuteur privilégié du juge constitutionnel n'est pas une partie aux droits éventuellement lésés mais un organe institutionnel - le juge ordinaire - dont l'intervention transcende la dimension individuelle et subjective du cas particulier. Dans cette optique, les parties du jugement *a quo* – quand bien même elles défendent leur cause – ne possèdent pas un intérêt juridique subjectif à faire valoir devant le juge de la loi. Cette dimension publicisante incite, presque de manière provocatrice, à voir dans les requérants non pas tant des parties que des *amici curiae*. La titularité de droits subjectifs, évidente dans le cadre du procès principal, ne franchit pas, ou si peu, le seuil du procès constitutionnel. Sur les pas d'Orestano⁷⁴, la doctrine italienne trace son chemin, insistant souvent sur la "fonction publique ou publicisante" du procès. La Cour constitutionnelle constate, dès 1965, que "l'intérêt qui doit être protégé est celui objectif et général d'éliminer de l'ordonnement les actes contraires aux normes constitutionnelles"⁷⁵. S'ensuit que dans le procès constitutionnel, il n'y a ni vainqueurs ni vaincus au regard de la finalité qui est sienne. Le procès constitutionnel n'est pas tant lieu de protection d'intérêt subjectif que "procès normatif", jugement de norme. La dimension objective du procès constitutionnel n'est pas sans conséquence sur l'identité des parties à même d'intervenir. En Italie, peuvent se constituer parties des personnes ou entités n'étant pas intervenues dans le procès principal en défense de leurs intérêts subjectifs ; elles le peuvent au nom de la défense de l'intérêt général tel qu'il s'exprime lors du procès constitutionnel (censure d'une norme portant atteinte à la loi fondamentale). Cette dimension objective peut conduire à soutenir la thèse d'une « ouverture absolue » du procès constitutionnel : ne doit-on pas considérer que tout citoyen, au regard de l'intérêt général à préserver, serait habilité à se constituer partie ? La protection de la Constitution ne le commanderait-elle pas ?

La dimension objective du contentieux - si elle peut conduire à l'émergence de nouvelles parties - peut aussi conduire à l'absence de parties. L'Italie pousse cette logique assez loin : il est possible de parler, éventuellement, du « jugement constitutionnel comme procès sans

⁷¹ Dès 1976, la Cour constitutionnelle accorde à la Cour des comptes la qualité de requérante (n°226 de 1976).

⁷² Cour constitutionnelle, n°429 de 1991.

⁷³ P. BIANCHI, E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p.18.

⁷⁴ R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p.16.

⁷⁵ CCI, n°75 de 1965.

parties »⁷⁶, ou "à parties éventuelles"⁷⁷. Les parties ont certes la possibilité d'intervenir dans le procès constitutionnel⁷⁸ mais leur participation est facultative, jugée non fondamentale au déroulement de la procédure et au regard de la décision finale. La Cour constitutionnelle veille « seulement » à ce que l'ordonnance de renvoi ne lèse pas les droits des parties (sur le fondement de la loi n°87 de 1953), à peine de non admissibilité de celle-ci. Les particuliers n'usent guère, il est vrai, du droit de se constituer en parties. La réflexion de Canelutti en 1950 - imaginant la quasi disparition des parties comme acteur du procès constitutionnel - était bien prémonitoire⁷⁹. Les particuliers sont seulement des protagonistes, voire des instruments, au service de la justice constitutionnelle⁸⁰, cadre objectif du contrôle de la régularité de la loi. Cette formule « jugement sans parties » est d'ailleurs jadis utilisée à propos du Conseil constitutionnel par la doctrine italienne⁸¹, sans pour autant être équivalente : la décision du Conseil *était* sans parties, la décision de la Cour *pouvait* l'être⁸². Nonobstant ces remarques insistant sur la dimension objective du procès constitutionnel, l'évolution de ce dernier semble, selon G. Zagrebelsky, se caractériser par un « changement de perspectives »⁸³. Les premiers temps du contrôle de constitutionnalité *incidentale* étaient marqués avant tout par l'idée de purger l'ordre juridique d'une disposition inconstitutionnelle (ce qui avait pour conséquence de protéger les droits subjectifs des requérants). Les temps présents - démocratie constitutionnelle oblige - sont davantage marqués par la volonté de protéger les droits subjectifs des requérants (ce qui entraîne l'expulsion de la norme contestée en raison de sa non-conformité à la loi fondamentale). Comme le souligne l'ancien président de la Cour constitutionnelle, « Il ne s'agit pas seulement d'une inversion formelle. C'est la substance même qui change »⁸⁴. La logique de l'Etat de droit substantiel est passée par là⁸⁵. Une fois posés ces différents jalons introductifs - carences des mécanismes juridictionnels antérieurs à 2008, caractère prioritaire du moyen d'inconstitutionnalité par rapport au moyen d'inconventionnalité, dimension duale du contentieux constitutionnel - la QPC peut être étudiée à l'aune des trois phases scellant son sort. La première se déroule devant le « juge-

⁷⁶ Selon la désormais classique expression de R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁷⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.277.

⁷⁸ Sont considérées parties les particuliers liés au procès principal et s'étant constitués avant l'ordonnance de renvoi (il faut y adjoindre également le président du Conseil des ministres et le président de la *Giunta* régionale).

⁷⁹ E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, p.103.

⁸⁰ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, p.55.

⁸¹ N. ZANON, *L'exception d'inconstitutionnalité in Francia. Una riforma difficile*, Torino, Giappichelli, 1990, p.24.

⁸² Un procès constitutionnel « sans parties » induit nécessairement des méthodes de travail plus souples. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne peut, en l'absence de parties, être convoquée en chambre du Conseil (il peut en aller de même si la question de constitutionnalité présente un caractère manifestement infondé). A. PIZZORUSSO, *La Cour constitutionnelle italienne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°6, 1999, p.30.

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.228.

⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.228.

⁸⁵ Avec irréductible prise en compte, pour ne pas dire sacralisation, des faits ; nous sommes bien loin alors de l'époque constitutionnelle où les faits étaient réputés écartés du jugement *ad quem* (contentieux objectif) puisque seulement reliés au jugement *a quo* (contentieux subjectif). M.-S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisprudenza di legittimità delle norme*, Giur. cost., 1956, p.902.

filtre » ordinaire ; la seconde devant le « juge-filtre » cour suprême. Quant à la troisième, elle se traduit par la transmission de la question au juge constitutionnel qui va muer, en raison de l'audition publique et contradictoire des parties. Ces différentes phases ne se conçoivent qu'en ayant présent à l'esprit la relation dialectique entre juges *a quibus* et juge *ad quem* : la QPC pose avant tout une question herméneutique, s'appréhende à partir de la liberté d'interprétation que chaque juge va se reconnaître et reconnaître aux autres organes juridictionnels.

Le procès constitutionnel prend naissance devant les juges *a quibus*, véritables « portiers »⁸⁶ (Calamandrei) de la QPC, qu'il s'agisse des juges ordinaires ou des cours suprêmes (I). Une fois passée ces deux filtres, la QPC est réceptionnée par le Conseil constitutionnel, juge *ad quem* jouissant d'une puissante liberté herméneutique. devant être conciliée avec la jurisprudence consolidée (« droit vivant ») des cours suprêmes (II). Avec le procès constitutionnel, une autre figure de la justice constitutionnelle va advenir, tant en raison de la présence de parties porteuses de droits que de la nécessité de repenser la réorganisation même du Conseil constitutionnel (III).

I. Les juges *a quibus*, « portiers » du procès constitutionnel

« Extérieur »⁸⁷ au procès constitutionnel en sa dimension décisive, le juge ordinaire en est l'organe d'introduction : le juge *a quo* est, selon la belle formule de Calamandrei, le "portier". Loin d'être confiné dans un rôle ancillaire, il possède le monopole de l'ouverture ou de la non ouverture du procès constitutionnel. Il est ce "filtre juridictionnel" qui - en écartant les requêtes dilatoires et/ou non fondées - permet au juge constitutionnel de ne pas être noyé sous une masse critique de questions de constitutionnalité. Par son analyse, le juge *a quo* contrôle l'existence du *fumus boni iuris* ; existe donc bien une "subordination génétique"⁸⁸ du jugement *ad quem* envers le jugement *a quo*. Le procès constitutionnel n'est pas un procès autonome ; il fait partie du « dernier anneau du syllogisme judiciaire... »⁸⁹, l'ultime subsomption.

Soulevée de prime abord devant une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation (A), la QPC, si elle prospère, est étudiée par les cours suprêmes, Conseil d'Etat ou Cour de cassation (B)

A) La QPC soulevée devant une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation

Les juridictions concernées statuent seulement sur la recevabilité de la question ; le Conseil constitutionnel demeure seul compétent pour statuer au fond sur la conformité de la loi contestée à la Constitution. Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, la QPC fait l'objet d'une analyse non pas rapide mais par définition plus sommaire. La finalité de ce premier filtrage est avant tout d'écarter les demandes manifestement

⁸⁶ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p.XII. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.238.

⁸⁷ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, Milano, Giuffrè, 2006, p.122.

⁸⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, p.220.

⁸⁹ V. ANDREOLI, *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p.11.

infondées, voire dilatoires. Pour que la recevabilité de la QPC soit admise, trois conditions cumulatives s'imposent⁹⁰ :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites,
- la norme contestée n'a pas été déjà déclarée conforme par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision sauf changement de circonstances⁹¹,
- la QPC n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Le moyen tiré de la violation, par une disposition législative, de droits et libertés garantis par la Constitution fait l'objet d'un « écrit distinct et motivé »⁹², à peine d'irrecevabilité. Le juge *a quo* statue sans délai par une décision motivée sur la QPC. Une telle formule - sans délai - ne manque pas de laisser perplexes, en ce qu'elle ne veut rien dire : le législateur organique ne pouvait-il pas prévoir un mécanisme temporel à même d'assurer que justice soit rendue avec célérité ?

La QPC peut être soulevée par toute partie à l'instance devant toutes les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, à toute étape de la procédure (1^{ère} instance, appel, cassation). Les juridictions de première instance susceptibles de connaître une QPC sont nombreuses : juridictions de droit commun (TGI, tribunal de police, tribunal administratif) ... juridictions spécialisées (conseil de prud'homme, tribunaux de commerce, tribunaux pour enfants, tribunaux paritaires des baux ruraux, tribunaux des affaires de sécurité sociale) ... juridictions d'instruction ou encore juridictions du provisoire (juge des référés)⁹³. La QPC peut être soulevée pour la première fois en appel et à l'occasion d'un pourvoi en cassation ; elle peut encore l'être au cours de l'instruction pénale⁹⁴. Le législateur « ouvre » la

⁹⁰ Article 23-2, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁹¹ Le « changement de circonstances » peut avoir pour conséquence qu'une disposition législative - déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel - soit de nouveau soumise à examen. Un tel réexamen se justifie par les changements intervenus dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, affectant la portée de la disposition législative critiquée. CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 13. www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹² Article 23-1, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Pour le Conseil constitutionnel (déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 8. www.conseil-constitutionnel.fr), l'existence d'un « écrit distinct et motivé » doit permettre un traitement plus facile de la QPC et que « la juridictions saisie puisse juger dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure ».

⁹³ Quant à la Cour de justice de la République, elle peut connaître d'une QPC dans la mesure où elle relève de la Cour de cassation : les décisions de la CJR peuvent en effet être déférées pour cassation devant la Cour de cassation. J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, AN, n°1898, 2009, p.13.

⁹⁴ Des règles particulières s'imposent au regard de la spécificité du droit pénal. Au cours de l'instruction, la QPC est portée devant la chambre de l'instruction (et non devant le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention). De plus, la QPC ne peut pas être soulevée devant une cour d'assises : les questions de droit et de procédure doivent être réglées, aux dires du législateur organique, avant l'ouverture du procès criminel. Cependant, il est possible de soulever la QPC (devant la Cour de cassation) quand appel est formé contre un arrêt d'une cour d'assises statuant en premier ressort (article 23-1, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel). Le Conseil constitutionnel argue des spécificités de l'organisation de la Cour d'assises et du déroulement du procès devant elle pour ne pas censurer le législateur organique, soucieux d'une bonne administration de la justice. Il est souligné que la QPC pourra être soulevée au cours de l'instruction pénale précédant le procès criminel, à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la Cour d'assises en premier ressort ou du pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la cour d'assises en appel et transmise directement à la Cour de cassation. CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 10. www.conseil-constitutionnel.fr. H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois*

QPC à (presque) tous les stades de la procédure ; est ainsi posée une exception à la règle selon laquelle on doit soulever les exceptions *in limine litis*⁹⁵. Il existe cependant des limitations à cette large ouverture. On ne peut pas, par exemple, soulever une QPC devant le Tribunal des conflits. Cela apparaît logique à première vue : il est juge de la répartition des compétences juridictionnelles et n'est pas compétent pour trancher des litiges relatifs aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Cependant, la répartition des compétences juridictionnelles - intimement liée à la question substantielle d'une bonne administration de la justice - peut comporter des enjeux susceptibles d'atteindre des droits subjectifs. Pas de QPC encore devant la Haute cour et la Cour supérieure d'arbitrage. Il en va de même devant les cours d'assise ; cependant, une QPC peut être soulevée à l'occasion de l'appel (devant la Cour de cassation) contre un arrêt de la Cour d'assise.

Seules les parties peuvent soulever la QPC ; le juge ne peut relever d'office le moyen d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de décembre 2009 (relative à la LO mettant en œuvre l'article 61-1 C.), n'est guère disert sur un thème pourtant de grande importance. A ses yeux, « les termes de l'articles 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁹⁶. Il en est tiré conséquence que la disposition prohibant à un juge de soulever d'office une QPC n'est pas inconstitutionnelle. A l'appui d'une telle argumentation, l'article 61-1 C. lui-même qui comprend la formule suivante : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, *il est soutenu...* ». Si la QPC est « soutenue », elle ne peut l'être que par une partie ; elle n'est donc pas un moyen d'ordre public. Il faut sans doute voir dans cette conception restrictive de l'office du juge la volonté de ne pas porter atteinte au monopole d'appréciation de la Constitution par le Conseil constitutionnel. Cette restriction apparaît éminemment contestable au regard des droits et libertés constitutionnels susceptibles d'être violés. J.-L. Nadal, procureur général près la Cour de cassation, ne manque pas de relever ce paradoxe : va-t-on assister à l'étrange spectacle d'un juge appliquant une loi qu'il soupçonne fortement d'être inconstitutionnelle ? Dès lors qu'existe un mécanisme de contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori* dont la finalité, en raison de la nature objective du contentieux, est l'expulsion d'une norme inconstitutionnelle, la logique commanderait au juge ordinaire « d'extraire », en cas de doute, une disposition législative pour la faire entrer dans le processus de la QPC. L'impossibilité pour le juge de soulever d'office la QPC est d'autant plus étonnante que le juge judiciaire - et non le juge administratif⁹⁷ - relève d'office l'inconventionnalité d'une loi contraire à la Convention Edh. La *capitis diminutio* des pouvoirs du juge, dans le cadre de la QPC, n'est pas très cohérente lorsque, dans le même temps, le législateur organique insiste, en permanence, sur la dimension prioritaire du nouveau mécanisme afin qu'il ne soit « victime » du contrôle de conventionnalité. Certes, le ministère public, partie au procès (et même lorsqu'il n'est que partie jointe) peut soulever la QPC ; certes, l'extinction de l'instance est sans conséquence sur l'examen de la question quand le Conseil constitutionnel est saisi de cette dernière (apparaît pleinement à ce stade la

constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.20.

⁹⁵ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, AN, n°1898, 2009, p.13.

⁹⁶ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 9. www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹⁷ CE, SA *Morgane*, 1991.

dimension objective du contentieux, dans l'intérêt du droit). Mais c'est oublier que l'extinction de l'instance avant le renvoi devant le Conseil constitutionnel met un terme à l'examen de la QPC⁹⁸. En Italie, la Loi constitutionnelle n°1 de 1948 (en son art. 1) dispose que la question de constitutionnalité peut être relevée d'office ou soulevée par l'une des parties. Le Constituant prend acte de la nature objective du contentieux constitutionnel et en tire la conséquence la plus logique qui soit ; à défaut de parties, il est à tout le moins normal que le juge accomplisse son office, en n'appliquant pas une loi sur laquelle pèse un fort soupçon d'inconstitutionnalité et en la renvoyant devant la Cour constitutionnelle.

En France, dans les huit jours du prononcé de la décision de la juridiction saisie, il y a transmission au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation (avec mémoires ou conclusions des parties). Cette décision de transmettre ou non la QPC n'est susceptible d'aucun recours ; le refus de transmettre la QPC peut être contesté à l'occasion du recours contre la décision réglant tout ou partie du litige⁹⁹. Lorsqu'il contrôle la LO de 2009 (relative à l'application de l'article 61-1 C.), le Conseil constitutionnel reste muet quant à cette impossibilité de contester le refus du juge *a quo* de transmettre à sa cour suprême¹⁰⁰. Lu à l'aune des exigences de la Convention Edh, un refus de transmettre la QPC pourrait faire l'objet d'un recours devant la Cour européenne. Le refus de renvoi prendrait alors le visage d'une atteinte au droit à un tribunal au sens de l'arrêt *Coëme* (2000) : quand bien même les limitations au droit à un tribunal dans le cadre d'une question de constitutionnalité sont possibles, elles ne sauraient revêtir le visage de l'arbitraire¹⁰¹. On imagine alors l'importance de la motivation des juges en cas de refus de transmettre la QPC¹⁰².

Une fois la QPC transmise, la juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation¹⁰³ (cependant, il n'est pas procédé à la suspension du cours de l'instruction et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires)¹⁰⁴. Des dérogations à ce principe du sursis à statuer sont posées. Tel est le cas si le requérant est privé de liberté à raison de l'instance ou si l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ; il en va de même si la loi ou le

⁹⁸ Il en va de même s'agissant d'une question préjudicielle posée par un juge national devant la Cour de Justice sur le fondement de l'article 234 TCE (267 TFUE). Dès lors que le renvoi a pour finalité non « la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques (...), mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux » (CJCE, 1995, *Teresa Zabala Erasan*), l'extinction de l'instance met un terme à l'examen de la question préjudicielle.

⁹⁹ Article 23-2, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁰ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009. www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰¹ CEDH, 2000, *Coëme*.

¹⁰² D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?*, RDP, 3-2009, p.631.

¹⁰³ Pour le Conseil constitutionnel, le mécanisme assez complexe du sursis à statuer ne méconnaît pas l'article 61-1 C. : les dispositions instituées « préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée (...) concourent au bon fonctionnement de la justice ». CC, déc. n°2009-595 DC. www.conseil-constitutionnel.fr. Cependant, le Conseil constitutionnel introduit une réserve. L'article 23-3 de la LO, en sa dernière phrase, rend possible une décision définitive dans une instance alors même que le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC et n'a pas encore statué. Une telle disposition, ni l'autorité accordée à la chose jugée, « ne peuvent priver le justiciable d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ». Sous cette réserve, l'article 23-3 de la LO n'est pas contraire à la Constitution.

¹⁰⁴ Article 23-3, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

règlement le lui commande dans un délai déterminé ou en urgence¹⁰⁵. Il revient en outre à la juridiction - qui décide de transmettre la question - de statuer sur les points qui doivent être « immédiatement tranchés »¹⁰⁶ dès lors que le sursis à statuer risque d'entraîner des « conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie »¹⁰⁷. Enfin, si « un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la QPC. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé »¹⁰⁸. Ces différentes dérogations au sursis à statuer ont fait l'objet de critiques de la part du Premier président et du Procureur général près la Cour de cassation : l'absence de suspension des délais de prescription et de péremption pendant le cours de l'instruction est de nature à engendrer quelques difficultés (notamment en matière de presse)¹⁰⁹. Et en raison de l'absence de sursis à statuer, une décision définitive du juge peut advenir alors même que la réponse à la QPC ne lui est pas parvenue, et que la disposition contestée commande l'issue du litige¹¹⁰. Lors du contrôle de la LO de 2009 (mise en œuvre de l'article 61-1 C.), le Conseil constitutionnel estime que le mécanisme assez complexe du sursis à statuer ne méconnaît pas cette disposition constitutionnelle : les dispositions instituées « préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée (...) concourent au bon fonctionnement de la justice »¹¹¹. Cependant, le Conseil constitutionnel introduit une réserve d'interprétation car l'article 23-3 de la LO, en la dernière phrase du dernier alinéa, rend possible une décision définitive dans une instance alors même que le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC et n'a pas encore statué¹¹². Une telle disposition, ni l'autorité accordée à la chose jugée, « ne peuvent priver le justiciable d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel »¹¹³. A cette condition, l'article 23-3 de la LO n'est pas contraire à la

¹⁰⁵ Article 23-3, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁶ Article 23-3, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁷ Article 23-3, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁸ Article 23-3, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.17.

¹¹⁰ J.-L. Warsmann relativise de telles difficultés, le requérant pouvant former appel ou opérer un pourvoi en cassation. J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.18.

¹¹¹ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009. www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹² Dernier alinéa de la dernière phrase de l'article 23-3 de la LO : « Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé » (pas de sursis à statuer dans ces cas).

¹¹³ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009. www.conseil-constitutionnel.fr.

Constitution ; le Conseil constitutionnel entend défendre l'autorité de sa politique jurisprudentielle avec cette réserve d'interprétation¹¹⁴.

Si le juge ordinaire n'estime pas infondée la QPC, il la transmet (dans les huit jours) à sa cour suprême.

B) La QPC devant les cours suprêmes

Une cour suprême peut être saisie de la QPC dans deux hypothèses. En premier lieu, le juge du fond procède à un renvoi de la QPC ; le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose alors d'un délai de trois mois pour se prononcer - sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel - à compter de la réception de la transmission¹¹⁵. Secondement, la QPC peut être soulevée directement devant les cours suprêmes. C'est le cas lorsque le Conseil d'Etat statue comme juge de cassation, juge d'appel ou juge de premier ressort ; c'est le cas devant la Cour de cassation en instance de cassation. Le mémoire présentant le moyen doit être distinct et motivé, à peine d'irrecevabilité ; le moyen ne peut, là encore, être relevé d'office¹¹⁶. Les cours suprêmes procèdent à l'examen de la recevabilité de la QPC sur le fondement de trois critères¹¹⁷ :

- 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 par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances,
- la disposition doit soulever une question nouvelle¹¹⁸ ou présenter une difficulté sérieuse.

On note que les deux premières exigences sont communes avec celles liant les juges du fond. Seul le 3^{ème} critère est nouveau et s'impose aux cours suprêmes : la présence d'une *question nouvelle* ou d'une *difficulté sérieuse*. Entre le 1^{er} filtre (passage devant une juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation) et le 2^{ème} filtre (passage devant une juridiction suprême), il y a donc évolution et « accentuation » de critère.

¹¹⁴ Le Conseil constitutionnel fait de même avec une seconde réserve d'interprétation concernant le « second » filtre. Voir *infra*.

¹¹⁵ Articles 23-4 et 23-5, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹¹⁶ Article 23-5, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹¹⁷ Article 23-4, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹¹⁸ Le critère supplémentaire de la « nouveauté » signifie que le Conseil constitutionnel a vocation à être saisi de « l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ». Dans les autres cas, il revient aux cours suprêmes « d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le conseil constitutionnel ». CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009. www.conseil-constitutionnel.fr.

La cour suprême saisie dispose d'un délai¹¹⁹ de 3 mois pour saisir le Conseil constitutionnel. Si elle ne se prononce pas dans ce délai, le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi de la QPC¹²⁰, mécanisme simple pour que l'action ne soit pas paralysée au détriment des citoyens. La cour suprême saisie doit se prononcer en priorité sur la QPC lorsqu'elle est saisie de moyens qui contestent *et* la conformité d'une disposition législative aux droits/libertés garantis par la Constitution *et* la conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France¹²¹. Une fois que la cour suprême a décidé de saisir le Conseil constitutionnel, elle sursoit à statuer jusqu'à ce que le juge de la loi se soit prononcé. Certaines dérogations au principe du sursis à statuer sont instituées : c'est le cas lorsque « l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation doit statuer dans un délai déterminé »¹²². Il *peut* n'être pas sursis à statuer si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation¹²³ est tenu de se prononcer en urgence.

Comment les cours suprêmes vont-elles opérer pour apprécier le bien fondé de la QPC ? P. Cassia propose l'institution d'une « chambre » spécifique en charge de décider ou non du renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel. L'objectif est de contourner certaines difficultés¹²⁴ ; est notamment visée l'une des missions spécifiques du Conseil d'Etat qui rend des avis sur les projets de lois du Gouvernement et, désormais, les propositions de loi des parlementaires (art. 39 C.). Comment prétendre au respect du principe d'impartialité dès lors que le Conseil d'Etat se prononce, dans le cadre du procès constitutionnel, sur une disposition législative par lui jugée conforme à la Constitution dans un avis antérieur ? On répondra certes qu'un avis portant sur un projet ou une proposition de loi n'a que peu de choses à voir avec la mission de filtre juridictionnel dans le cadre de la QPC ; certes... Reste à adopter un mode de fonctionnement à même de conduire au respect de la théorie conventionnelle des apparences. S'agissant de la procédure devant les cours suprêmes en général et des exigences du droit à un procès équitable en particulier, le Conseil constitutionnel émet une réserve d'interprétation lors du contrôle de la LO de 2009 (relative à l'application de l'article 61-1

¹¹⁹ La question du respect du délai pour transmettre la QPC n'est pas de peu d'importance. Le législateur organique a refusé de prévoir une sanction dans l'hypothèse où une juridiction ne rend pas sa décision dans le délai prévu. Cette absence a été critiquée par diverses personnalités auditionnées par le Parlement. J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.20.

¹²⁰ Article 23-7, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹²¹ Article 23-5, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹²² Article 23-5, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'article 23-5 de la LO de 2009 (il s'agit des 2 dernières phrases du dernier alinéa) peut avoir pour conséquence qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC et sans que ce dernier ait statué. Sous la même réserve que celle visant l'article 23-3 de la LO, il n'y a point de contradiction avec la Constitution. Prévaut une logique identique : le juge constitutionnel préserve ses attributions dans le cadre du nouveau mécanisme institué. Deux dernières phrases du dernier alinéa de l'article 23-5 de la LO : « Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer ».

¹²³ S'agissant de la formation rendant l'arrêt de la Cour de cassation, elle est composée du premier président, des présidents des chambres et de 2 conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. Article 23-6, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹²⁴ P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.892.

C.). La réserve d'interprétation vise les articles 23-4¹²⁵ et 23-7¹²⁶ de la LO. Ces derniers « doivent s'interpréter comme prescrivant devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation la mise en œuvre de règles de procédure conformes aux exigences du droit à un procès équitable, en tant que de besoin complétées de modalités réglementaires d'application permettant l'examen, par ces juridictions, du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, prises dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi organique »¹²⁷.

Au-delà des questions procédurales qui ont leur importance, reste à se poser une question de fond : l'analyse du juge *a quo* ne représente-t-elle pas, de fait, un pré-jugement de constitutionnalité, nonobstant le monopole de sanction réservé au Conseil constitutionnel ?¹²⁸ En décidant de ne pas transmettre la QPC, le juge *a quo* accorde un brevet de constitutionnalité à la disposition législative contestée. Existe alors une forme atténuée, diluée, (faussement) invisible de contrôle de constitutionnalité de la loi par les juges ordinaires, transformés en « juges constitutionnels de première instance »¹²⁹. La répartition des rôles est peu évidente car le filtre, à sa manière, opère un contrôle de constitutionnalité implicite : déclarer la disposition législative conforme à la Constitution - et ne pas la déférer au Conseil constitutionnel - implique d'apprécier la régularité de la norme contestée à la Constitution.

La décision de la Cour de cassation de ne pas transmettre la « loi Gayssot » du 13 juillet 1990 sur la contestation des crimes contre l'humanité est assez emblématique de la fonction constitutionnelle assumée par une cour suprême. Le 7 mai 2010 (arrêt n°12008, *Mme X... et autres*), elle estime que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux. L'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion ».

La Cour de cassation assume pleinement, et sans doute à mauvais droit, un rôle de « juge constitutionnel négatif » : en posant que la répression de l'infraction contestée « ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion », elle opère un

¹²⁵ Article 23-4 de la LO : « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle et présente un caractère sérieux. »

¹²⁶ Article 23-7 de la LO : « La décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

La décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé ».

¹²⁷ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009.

¹²⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, *La jurisprudence constitutionnelle est-elle concurrencée par la jurisprudence constitutionnelle des juridictions ordinaires et européennes ?* in D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en question(s)*, L'Harmattan, 2004, p.45.

¹²⁹ G. ALBERTON, *Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, AJDA, mai 2008, p.972.

authentique contrôle de constitutionnalité de la loi, et va au-delà des dispositions de la Constitution et de la loi organique relative à l'article 61-1 C. Il ne lui est pas demandé en principe de se prononcer sur la conformité d'une loi à certains principes constitutionnels (ici bas les libertés d'expression et d'opinion) mais de vérifier si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites, ... si la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, ... si la disposition doit soulever une question nouvelle ou présenter une difficulté sérieuse. Si la procédure et les règles de fond posées par les législateurs constituant et organique présentent quelque intérêt, il n'appartient pas à la Cour suprême, de déclarer une norme législative est conforme ou contraire à la Constitution.

De surcroît, le moins que l'on puisse dire est que l'économie de motivation ne présente guère les traits de la pédagogie. Récuser le caractère « sérieux » de la question posée au motif que l'incrimination se réfère « à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction » laisse songeur. Que des textes soit régulièrement introduits en droit interne apparaît à tout le moins logique au sein d'un ordonnancement juridique prétendant correspondre à un Etat de droit formel (et si possible substantiel) ; quant à la définition de l'incrimination, c'est bien là l'enjeu du débat, éludée avec maestria par le juge. Aucune argumentation juridique digne de ce nom dans ce contrôle de constitutionnalité officieux alors même que la loi pose un problème central dans une démocratie : le délit d'opinion a-t-il un sens ? Faut-il pénaliser la falsification de l'histoire au nom de la lutte contre le révisionnisme ou adopter la doctrine américaine du *free speech* qui assimile le délit d'opinion à un oxymoron ? Peut être convient-il de mettre une barrière, pénale, aux tentations nauséabondes d'une partie de la population et des partis politiques les représentant ; il revient au juge de l'expliquer. A défaut, la non transmission de la QPC au Conseil constitutionnel pose problème dès lors qu'elle est l'incarnation de la non réflexion ; le filtre devient un bouchon dangereux.

Le refus de transmettre la QPC peut aussi être motivé par ce qu'il faut bien appeler une défense corporatiste des intérêts des organes juridictionnels. La critique semblerait bien facile et trop générale si elle ne découlait pas d'une lecture des premières décisions émanant et du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Pour le juge administratif, certaines questions de constitutionnalité invoquées – le dualisme fonctionnel qui voit le Conseil d'Etat exercer et une fonction administrative et une fonction contentieuse – ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux¹³⁰. Que la question ne soit pas nouvelle, cela est certain tant il s'agit d'un problème structurel mis en exergue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat motive certes *a minima* sa décision¹³¹ et prend soin de préciser qu'il ne fait qu'appliquer les dispositions constitutionnelles lui octroyant cette double mission...telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel. Cependant, reste à démontrer qu'il n'est pas porté atteinte au droit à un procès équitable ; l'incertitude commanderait d'adresser la question au Conseil constitutionnel.

¹³⁰ N° 320667. Lecture du vendredi 16 avril 2010.

¹³¹ « D'autre part, les dispositions législatives critiquées n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'Etat à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux. Au demeurant, les membres du Conseil d'Etat qui ont participé à un avis rendu sur un projet d'acte soumis par le Gouvernement ne participent pas au jugement des recours mettant en cause ce même acte. Enfin, au surplus, il appartient à toute partie qui s'y croit fondée de faire verser au dossier les pièces permettant de s'assurer de la régularité des consultations des formations administratives du Conseil d'Etat. »

Quant à la Cour de cassation, elle refuse de transmettre au juge de la loi une QPC contestant l'absence de motivation des arrêts de cour d'assises prévue par le code de procédure pénale¹³². La question n'est pas regardée comme nouvelle par la Cour de cassation. De plus, elle tend en réalité « à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ». On ne peut s'empêcher de songer que le Conseil constitutionnel avait vocation à se saisir des dispositions contestées (et de l'interprétation contestée de la Cour) : ne peut-on pas effet soutenir que l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises porte atteinte à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux principes du droit à une procédure juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice ? La requête rappelle l'impossibilité de « motiver et d'expliquer les raisons de la décision de la déclaration de culpabilité d'un accusé et le quantum de sa condamnation, autrement que par des réponses affirmatives à des questions posées de façon abstraite, se bornant à rappeler chacune des infractions, objet de l'accusation et ses éléments constitutifs légaux, et ne faisant aucune référence au comportement et à la personnalité de l'accusé ». L'impossibilité de motiver les décisions des cours d'assises est une fiction dangereuse pour les droits de l'accusé, sauf à croire utopiquement en l'ontologique bon sens du citoyen ordinaire. L'intime conviction n'est pas seulement une aberration juridique ; elle est contraire à l'essence même des garanties inhérentes à l'Etat de droit.

On se plaint à imaginer le juge *a quo* soumis, de prime abord, à une obligation, celle qui prend nom en Italie de « recherche d'interprétation conforme » : il doit, autant faire ce peut, opérer une lecture constitutionnelle de la loi, tenter de concilier loi et Constitution. Seulement après avoir constaté la subsistance d'un doute sérieux d'inconstitutionnalité, il saisit le juge constitutionnel¹³³ ; il s'agit de partir du présupposé de la conformité de la loi à la Constitution car le principe est la régularité de l'acte législatif. L'accueil d'une question de constitutionnalité représente en ce sens une *ultima ratio*¹³⁴. Le juge déclare inconstitutionnelle une loi « parce qu'il est impossible d'en donner une interprétation constitutionnelle »¹³⁵. Ce passage est célèbre ; il illustre bien la démarche retenue qui vient tempérer quelque peu la répartition initiale des fonctions entre juges. La doctrine de l'interprétation conforme apporte grande nuance à la citation en exergue de la présente étude : « Aux juges la loi, à la Cour la Constitution » (Mazzanotte)¹³⁶. Le schéma originel – les juges *a quibus* examinent la *ratio legis*, le juge *ad quem* la *ratio constitutionis* – se semble guère traduire toute la réalité du travail herméneutique. Les juges *a quibus* bénéficient rien de moins qu'un « transfert du pouvoir d'interpréter les lois *secundum constitutionem* »¹³⁷. Un tel transfert, en ce qu'il est lié à la doctrine de l'interprétation conforme n'est pas sans risque : le juge ordinaire ne pourrait-il pas « jeter ... les clés d'accès à la Consulta et résoudre lui-même les problèmes de constitutionnalité »¹³⁸ ?

¹³² Arrêt n°12019 du 19 mai 2010 (09-83.328), *Mme B... X...*

¹³³ E. MALFATI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p.96.

¹³⁴ Cour constitutionnelle, n°299 de 1997.

¹³⁵ Cour constitutionnelle, n°356 de 1996 et n°147 de 2008.

¹³⁶ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale, esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p.160.

¹³⁷ L. IANNUCILLI, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni*, www.cortecostituzionale.it.

¹³⁸ L. IANNUCILLI, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni*, www.cortecostituzionale.it.

La théorie de l'interprétation conforme renvoie encore à l'idée même que l'on se fait de la Constitution et de la réalisation des valeurs qu'elle contient. Il s'agit d'un thème cher à la doctrine juridique italienne, « *l'attuazione* » de la Constitution ; ce n'est rien d'autre que la volonté de donner vie aux standards / principes de la démocratie constitutionnelle. La Constitution étant bien une « charte jurisprudentielle évolutive »¹³⁹, le « devoir » d'interprétation conforme est un moyen de réalisation – juridictionnelle – des valeurs fondamentales par le biais du travail herméneutiques des juges, de tous les juges. On assiste d'ailleurs en Italie à une « explosion »¹⁴⁰ de la doctrine de l'interprétation conforme qui, pour sembler initialement assez logique, ne manque pas de susciter des critiques par son « caractère tautologique et auto-référentiel »¹⁴¹.

Mutatis mutandis, c'est une des craintes exprimées par les auteurs hostiles à la QPC qui aurait pour corollaire la dépossession du juge constitutionnel. La « bonne volonté » des juges *a quibus* sera essentielle. S'ils estiment, de manière quelque peu systématique, que la disposition ne soulève pas une question nouvelle ou ne présente pas une difficulté sérieuse, ou s'ils adaptent, à leur convenance la doctrine de l'interprétation conforme, le Conseil constitutionnel connaîtra quelques difficultés à demeurer *le* maître du procès constitutionnel¹⁴². Les juges *a quibus* et notamment les cours suprêmes pourraient connaître la tentation du « contrôle de constitutionnalité de la loi par défaut », fondé sur une présomption de constitutionnalité de la disposition déferée à la Constitution. Y. Gaudemet n'hésite pas à pronostiquer « une minoration du rôle » du Conseil constitutionnel et « la montée en puissance d'un contrôle de constitutionnalité de la loi éclaté entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation »¹⁴³. La QPC deviendrait paradoxalement, dans cette optique, un incroyable mécanisme de dépossession au détriment du juge qu'elle est censée en théorie servir, celui qui peut enfin censurer une loi entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel. Et la QPC deviendrait, toujours paradoxalement, le mécanisme permettant aux juges ordinaires d'accomplir une tâche que le droit français leur a toujours déniée : contrôler la constitutionnalité de la loi. L'histoire de la QPC serait alors l'histoire d'un glissement juridictionnel teinté d'ironie.

Quoi qu'il en soit, la formule « dialogue des juges », si fréquemment usitée depuis quelque temps pour mettre en exergue les relations complexes entre juges nationaux et cours supranationales, redeviendra d'actualité en droit interne via la QPC. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision contrôlant la LO de 2009 (relative à la mise en oeuvre de l'article 61-1 C.), s'est d'ailleurs penché sur la co-existence des juges *a quibus* et d'un juge *ad quem*. On peut résumer sa pensée en deux formules : deux juges au sommet des ordres de juridiction, un juge possédant le monopole de statuer sur la QPC. Le Conseil constitutionnel rappelle que le constituant a confié au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation la mission de déférer ou non une disposition législative susceptible de porter atteinte aux droits et libertés

¹³⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2008, p.413.

¹⁴⁰ G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁴¹ G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, www.associazionedeicostituzionalisti.it. La conséquence la plus directe de la sacralisation de la technique d'interprétation conforme est l'augmentation, sensible des déclarations d'inadmissibilité de la part de la Cour constitutionnelle. F. BILE, *La giustizia costituzionale nel 2007*, Giur. cost., 2008, p.626.

¹⁴² Tout refus de transmettre la QPC devant être transmis, avec avis motivé, au Conseil, on peut imaginer que ce dernier admoneste, dans un *obiter dictum* futur, une cour suprême peu encline à la transmission.

¹⁴³ Y. GAUDEMET, *L'exception d'inconstitutionnalité : une aventure institutionnelle*, L'ENA hors les murs, octobre 2008.

que la Constitution garantit. C'est là l'occasion de souligner que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont des « juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution »¹⁴⁴. Il est immédiatement ajouté que le constituant a, au profit du seul Conseil constitutionnel, « réservé (...) la compétence pour statuer sur une telle question (de constitutionnalité) et, le cas échéant, déclarer une disposition législative contraire à la Constitution »¹⁴⁵. La répartition des rôles, pour classique qu'elle soit, est présentée comme limpide : les cours suprêmes faisant office de second filtre ne sauraient, bien qu'elles se situent au sommet de leur ordre de juridiction, s'approprier la compétence du Conseil constitutionnel et prétendre statuer sur la QPC. Le « filtre suprême » n'est pas, en d'autres termes, un juge constitutionnel. Peut être...

L'acte juridique par lequel une cour suprême se prononce tend à bousculer les canons taxinomiques en raison de sa nature *sui generis*. Une telle décision sera « plus qu'un avis contentieux sur une question de droit »...« moins qu'un arrêt » ; cet acte pourrait prendre le nom de « décision sur renvoi » ou « décision de constitutionnalité » (P. Cassia)¹⁴⁶. G. Drago emploie la formule de « rescrit constitutionnel » pour qualifier la décision de renvoi au Conseil constitutionnel¹⁴⁷.

Passé ce second filtre, celui des cours suprêmes, la QPC est transmise au Conseil constitutionnel, seul compétent pour abroger éventuellement la disposition législative attaquée.

II. La liberté herméneutique du juge *ad quem*, juge constitutionnel¹⁴⁸

28

La liberté herméneutique du juge, qui découle de « l'élasticité » même de la Constitution et des principes qu'elle contient¹⁴⁹, n'est que la conséquence logique de la structure ouverte du droit ; tout texte, même le plus technique et détaillé, laisse au juge une (grande) liberté d'interprétation¹⁵⁰. Si le juge constitutionnel est bien, selon l'élégante formule de La Pira lors des travaux de l'Assemblée constituante italienne de 1947 - le "toit de la maison commune"¹⁵¹

¹⁴⁴ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 3. www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁴⁵ CC, déc. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 3. www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁴⁶ P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.893.

¹⁴⁷ G. DRAGO, *Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse*, JCP, 2008, n°49, p.17.

¹⁴⁸ Selon M. Guillaume, le Conseil constitutionnel pourrait être saisi d'environ une dizaine d'affaires par an, par ordre de juridiction (cf. les 1000 décisions rendues chaque année par la Cour constitutionnelle italienne). Cette lecture minimaliste et optimiste du contentieux constitutionnel *a posteriori* part du constat suivant : depuis l'élargissement de la saisine en 1974, la majeure partie des lois concernant les droits et libertés a été déférée au Conseil constitutionnel. In H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles...sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.32. Cependant, une multiplication des QPC est envisageable : nombre de requérants ne seront-ils pas incités à invoquer des changements de circonstances par rapport à la déclaration de conformité *a priori* du Conseil constitutionnel ? Notons seulement que le Conseil constitutionnel rend 6 décisions entre mai et juin 2010.

¹⁴⁹ L. ROSSI, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, p.27.

¹⁵⁰ M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1982, p.782.

¹⁵¹ S. GRASSI, *Prospettive dell'accesso alla giustizia costituzionale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p.6.

- il a aussi et surtout pour premier devoir de défendre sa position au sein du système constitutionnel (Smend)¹⁵². Pour paraphraser Ehrlich, quel serait l'intérêt d'une justice (constitutionnelle) qui aurait achevé son office une fois découverte l'intention du législateur exprimée dans 4 paragraphes d'une loi ? La question prend *a fortiori* sens en présence de constitutions modernes (notamment l'italienne) ouvertes aux principes de justice sociale, à leur garantie et à l'intervention du législateur pour corriger les inégalités¹⁵³.

Ces éléments, bien connus et inhérents à l'office même du juge, ont seulement pour finalité de rappeler qu'un organe s'auto-proclamant gardien de l'Etat de droit un jour de juillet 1971 devrait en principe profiter du mécanisme de la QPC pour asseoir davantage son rôle au sein du système politico-juridique¹⁵⁴. L'avènement du procès constitutionnel signifie mutation du rôle du Conseil constitutionnel. Derrière ce truisme, pourrait apparaître une antique méfiance, une antique crainte : celle de voir le juge constitutionnel opérer une mue à ce point substantielle qu'il serait transformé en une « sorte de super Cour suprême »¹⁵⁵. Ce dernier propos émerge dans la rapport Warsmann : il y est souligné (sans doute dans l'intention de se rassurer) que le contrôle du Conseil constitutionnel demeure abstrait (?), sans qu'il n'intervienne au fond. En d'autres termes, le mécanisme complexe transformant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en filtres ne saurait engendrer hiérarchie organique et juridictionnelle au profit du Conseil constitutionnel. Les juges ordinaires demeurent des entités souveraines ; le schéma procédural signifie respect des compétences et de la spécialité des juridictions. Cependant, l'analyse, par le Conseil constitutionnel, de la disposition législative peut rapidement prendre la forme d'une appréciation sur les décisions des cours suprêmes dans leur manière de juger le caractère « nouveau » et « sérieux » de la disposition contestée. L'affirmation éventuelle, en des termes tranchants, du caractère non sérieux et non nouveau de la disposition risque d'être lu comme un désaveu, avec en filigrane l'idée que les filtres ne jouent pas pleinement leur rôle de régulation normative.

L'analyser de cette relation dialectique avec les cours suprêmes commande de se pencher sur les critères de recevabilité de la QPC retenus par le Conseil constitutionnel (A). La décision de ce dernier s'intégrera sans doute dans une logique herméneutique et juridictionnelle axée sur la doctrine du « droit vivant » (B).

A) Les critères de recevabilité de la QPC

Une fois la QPC advenue entre les mains du Conseil constitutionnel, trois principes sont retenus :

¹⁵² Cité par G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente, in Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p.122. Voir à cet égard les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la LO de 2009 (art. 61-1 C.).

¹⁵³ G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente, in Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p.116.

¹⁵⁴ De manière révélatrice, l'étude de la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle peut aisément s'insérer, en Italie, dans un cadre doctrinal reliant contrôle de la constitutionnalité des lois et forme de gouvernement *lato sensu*. Par ex. voir P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.

¹⁵⁵ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.28.

- il doit aviser immédiatement le président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées. Ces institutions peuvent alors formuler des observations¹⁵⁶.
- le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois au terme d'une procédure contradictoire et, sauf cas exceptionnel, publique. La procédure n'est pas publique « (...) dans les cas exceptionnellement définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel »¹⁵⁷ ; sa décision est motivée¹⁵⁸. L'extinction de l'instance, quelle qu'en soit la cause, est sans conséquence sur l'examen de la question¹⁵⁹.
- la décision du Conseil constitutionnel est notifiée aux parties, et au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, ainsi qu'à la juridiction devant laquelle a été soulevée la QPC. La décision est encore notifiée au président de la République, au Premier ministre et aux présidents des assemblées. Elle est publiée au *JO*.

Une question ne peut manquer d'être posée, sans pour autant apporter une réponse rassurante : comment s'articule le lien entre contrôle de constitutionnalité *a priori* et contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? *Quid* par exemple des situations où une loi est contestée via la QPC alors qu'elle a fait l'objet, dans le cadre du contrôle préventif, d'une déclaration de conformité à la Constitution *sous réserve d'interprétation* ?¹⁶⁰ De plus, lorsqu'il censure certaines dispositions d'une loi dans le cadre du contrôle abstrait, le Conseil constitutionnel décerne-t-il un « certificat de constitutionnalité » aux dispositions non censurées ? Assurément non¹⁶¹. Toutes les dispositions non contrôlées par le juge et ayant échappé à une censure antérieure peuvent faire l'objet d'un ultérieur contrôle de constitutionnalité par le truchement de la QPC. Le fameux « considérant balai » ne doit donc pas être lu comme la volonté de faire bénéficier les dispositions législatives non censurées d'une immunité juridictionnelle¹⁶² ; il ne saurait exister une présomption irréfragable de conformité à la Constitution découlant du silence du juge de la loi.

Pour libre qu'il soit, le Conseil constitutionnel ne pourra utiliser la QPC pour se faire le censeur du Parlement dans le cadre de la procédure législative. Le constituant de 2008 a entendu écarter - la lecture de l'article 61-1 C. est révélatrice - toute contestation d'une

¹⁵⁶ Article 23-8, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. A noter que lorsque la QPC vise une loi du pays de Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel avise le président du gouvernement, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

En Italie, l'ordonnance de renvoi (du juge *a quo*) doit faire l'objet d'une publication, obligation de publicité et de transparence qui vise à informer en premier lieu le Parlement (auteur formel de la norme le plus souvent) et le Gouvernement (auteur matériel le plus souvent). Cette information est de nature à leur permettre rapidement d'entreprendre, s'ils le jugent nécessaire, une modification du droit positif après lecture des critiques formulées dans l'ordonnance de renvoi. Une intervention législative peut remédier, avant toute décision du juge constitutionnel, aux carences supposées ou avérées de la loi. La publication de l'ordonnance de renvoi a aussi une dimension prophylactique pour les juges ordinaires : la loi contestée, certes toujours valide au sein de l'ordonnement juridique, est *sub iudice* ; elle doit être appliquée avec une prudence particulière.

¹⁵⁷ Article 23-10, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁵⁸ Article 23-11, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁵⁹ Article 23-9, ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁶⁰ Y. GAUDEMET, *Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité*, RDP, 3-2009, p.581.

¹⁶¹ P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.887.

¹⁶² www.conseil-constitutionnel.fr.

disposition législative en sa dimension procédurale. Est exclu du champ de la QPC le contrôle du non respect de la frontière normative entre les articles 34 et 37 C.¹⁶³ Cette exclusion, souvent présentée comme naturelle et relevant de l'évidence, peut être tout d'abord critiquée au nom d'un postulat inverse : pourquoi donc interdire à un requérant de demander la saisine du Conseil constitutionnel pour qu'il assume sa traditionnelle et originelle mission d'organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics ? La remarque vaut d'autant que l'on sait que les règles de procédure et de compétence peuvent avoir une incidence essentielle - la procédure, sœur jumelle de la liberté - sur les droits et libertés. N'est-ce pas une forme de « déni de justice »¹⁶⁴ ainsi institué, montrant la crainte du constituant (l'hydre de la « super Cour suprême » là encore) ? Une autre remarque peut être formulée, une fois comparés les intérêts réciproques des champs procéduraux et matériels. A l'heure même où est soulignée avec fréquence la quasi similitude entre les droits / libertés protégés par la Constitution et le droit européen, il était peut être judicieux de ne pas exclure les questions procédurales. Celles-ci représentent une spécificité hexagonale à même de donner des fruits d'intérêt¹⁶⁵.

Le Conseil constitutionnel, une fois la QPC transmise par les juges *a quibus*, est maître du jeu. Si ces derniers sont bien les « portiers » du procès constitutionnel, la porte ne peut plus - une fois ouverte - être refermée (Calamandrei)¹⁶⁶. Le juge constitutionnel se voit conférer (et s'auto-confère, n'est-ce pas la leçon des années 70 ?)¹⁶⁷ une marge d'interprétation inhérente à son office et à sa position finale au sein du circuit juridictionnel¹⁶⁸. Il fixe son degré d'exigence quant à l'obligation pour le juge *a quo* de pointer ses doutes (*causa petendi*), quant aux propositions normatives susceptibles de résoudre le litige (*petitum*)¹⁶⁹. Si le regard se tourne vers l'Italie, on observe que le juge constitutionnel ne peut - en principe - aller au-delà de la requête formulée par les parties (*ne eat iudex petita partium*) ; il doit s'en tenir aux termes de l'ordonnance de renvoi (*thema decidendum*) pour rendre sa décision. La Cour constitutionnelle exige dans l'ordonnance de renvoi que le *thema decidendum* soit indiqué avec précision, sans *petita* alternatives. Elle a toujours manifesté une hostilité devant les tentatives des parties pour élargir le *thema decidendum* ; elle rejette tout argument visant à sortir des limites tracées par l'ordonnance de renvoi. Les paramètres utilisés pour la question d'inconstitutionnalité sont ceux et seulement ceux indiqués par le juge *a quo*. Aussitôt lancée de manière péremptoire, cette assertion mérite forte nuance. Car la Cour constitutionnelle n'hésite pas à se prononcer sur des normes différentes de celles indiquées par le juge *a quo*. De la question de constitutionnalité, elle peut opérer une lecture extensive (l'ensemble de la

¹⁶³ B. MATHIEU, *Question préjudicielle de constitutionnalité. A propos du projet de loi organique*. JCP, 29 avril 2009, p.4.

¹⁶⁴ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Du déni de justice constitutionnelle en droit public français*, in *Mélanges en hommage à Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.285.

¹⁶⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, RFDA, 2009, p.790.

¹⁶⁶ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p.XII.

¹⁶⁷ Le Conseil constitutionnel peut-il admettre une QPC alors qu'il œuvre en tant que juge des élections parlementaires (art. 59 C.) ou juge de certaines opérations préalables à l'organisation d'un référendum (art. 60 C.) ? Le Conseil constitutionnel refuse de réaliser un contrôle de constitutionnalité des lois alors qu'il se prononce comme juge de l'élection (CC, 21 octobre 1988. CC, 11 septembre 2000. CC, 20 septembre 2001. CC, 24 mars 2005).

¹⁶⁸ T. DI MANNO, *La question préjudicielle de constitutionnalité en Italie*, AIJC, 2007, p.37.

¹⁶⁹ V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998, p.20.

loi est soumise à son contrôle alors que la question porte seulement sur une ou quelques norme(s)... ou restrictive ("sélection" d'une ou de certaines normes parmi celles déferées à son contrôle). Selon la formule de l'un de ses anciens présidents - Saja - le lien entre la requête et la décision doit prendre un "sens très flexible"¹⁷⁰, ce qui révèle de la part de l'auteur un sens certain de l'euphémisme, du réalisme et de l'ironie : la dilatation du *thema decidendi* non seulement existe mais est consubstantielle à l'office du juge. La situation normative n'est en rien figée par le seul juge *a quo* ; elle fait l'objet d'une co-détermination juge *a quo* / juge *ad quem*. Non seulement ce dernier, en toute logique, refuse de se faire enfermer dans le cadre prescriptif posé par l'ordonnance de renvoi, mais il n'hésite pas à reconfigurer cette dernière. Il n'est que de rappeler l'existence même de décisions « interprétatives / manipulatives », révélatrices de sa grande liberté d'action¹⁷¹.

Liberté herméneutique et motivation des décisions du juge se rejoignent pour s'interroger sur la marge d'action future du Conseil constitutionnel. L'obligation de motivation, que le moyen soulevé soit accueilli ou rejeté, n'est pas seulement un moment décisif du procès au regard de la jurisprudence nationale et conventionnelle¹⁷² ; elle représente l'instant où se jauge la crédibilité du procès constitutionnel et de son juge. Le législateur organique s'est interrogé sur l'étendue de la motivation : ne faudrait-il pas que la décision soit motivée seulement au regard des moyens soulevés devant les juges *a quibus* ?¹⁷³ La question est d'importance : en cas de réponse positive, c'est la latitude d'action du Conseil constitutionnel qui s'en trouve réduite de manière substantielle. Il est alors enserré dans un cadre qui ne lui permet (en principe) pas de décider *ultra petita* ; c'est donner là une moindre dimension au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en empêchant son juge naturel d'étudier l'intégralité de la norme législative déferée. Au contraire, si le Conseil statue *ultra petita*, comme dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, il peut contrôler l'intégralité de la loi déferée sans s'estimer lié par les griefs articulés par les saisissants. La nature originellement subjective du contentieux milite pour qu'il n'applique pas cette technique dans le cadre de la QPC : le procès est la « chose » des parties qui défendent leurs droits subjectifs et le juge n'a pas vocation à se substituer à celles-ci. Mais la nature objective du procès devant le Conseil constitutionnel fait pencher la balance en faveur d'une solution contraire : la finalité du procès constitutionnel étant de purger l'ordre juridique d'une disposition législative inconstitutionnelle, il est logique que le juge statue *ultra petita*, dans l'intérêt même du droit. Pour comprendre l'évolution possible des relations entre juges *a quibus* / juge *ad quem* et la liberté herméneutique de ce dernier, l'Italie constitue là encore un objet d'étude intéressant.

¹⁷⁰ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.286.

¹⁷¹ Certaines décisions sont dites « manipulatives » car les normes déferées connaissent, une fois le juge constitutionnel intervenu, une dimension normative et un contenu différents. Sans prétendre opérer une liste exhaustive, on peut citer les : décisions interprétatives d'acceptation...décisions interprétatives d'acceptation partielle...décisions interprétatives de rejet...décisions additives...décisions substitutives...décisions de « auspicio » (appel à une évolution législative)...décisions de « monito » (censure future en raison de l'inertie du législateur)... Il n'est pas exagéré de dire que la doctrine peine à s'y reconnaître en raison de la multiplicité des types de décision et de la frontière, parfois très poreuse, entre certaines. M.-C. PONTTHOREAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, p.102.

¹⁷² V. par ex. CEDH, 2003, *Ernst*.

¹⁷³ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.33.

La question posée dans l'ordonnance de renvoi des juges du fond doit ne pas être "manifestement infondée" et être "pertinente". Par cette dernière expression, il faut comprendre que l'application de la norme législative contestée présente un caractère indispensable au déroulement du procès principal, tant d'un point de vue procédural que substantiel¹⁷⁴. La Cour constitutionnelle opère un contrôle préliminaire sur l'admissibilité de la question, se réservant d'admettre ou de rejeter la question de constitutionnalité. Pris dans son acception la plus rigoureuse (ce n'est pas toujours le cas en raison de la latitude d'action que s'accorde le juge constitutionnel ; aussi serait-il peut être plus correct de dire « pris dans son acception théorique »), le critère de pertinence est la manifestation – au regard de la logique procédurale et processuelle – du lien de cohérence entre le jugement principal et le procès constitutionnel¹⁷⁵. Ce vecteur matériel qu'est le critère de pertinence permet d'irriguer le procès constitutionnel. Pourtant, ni la loi constitutionnelle n°1 de 1948 ni la loi n°87 de 1953 ne mentionnent une quelconque obligation de ce type ; la loi n°87 de 1953 évoque "seulement" la nécessité d'une ordonnance de renvoi « adéquatement » motivée. Cela montre avec évidence la liberté interprétative du juge constitutionnel aux fins de rationaliser la procédure de son procès et d'éviter des pratiques dilatoires. Devenue l'un des éléments clés de la réception de la question de constitutionnalité, la notion de pertinence ne revêt pas toujours la veste de la cohérence conceptuelle et pratique ; une doctrine autorisée la qualifie même de "ballerina"¹⁷⁶ tant la jurisprudence se révèle oscillante¹⁷⁷.

Des divergences ne manquent pas de poindre entre le juge *a quo* et le juge constitutionnel quant à la pertinence des éléments contenus dans l'ordonnance de renvoi. Le juge constitutionnel italien peut par exemple retenir non applicable la norme déférée au jugement principal (tandis que le juge *a quo* avait considéré ne pas pouvoir continuer son action face au doute qui l'assailait) ; le juge constitutionnel peut encore regarder l'ordonnance de renvoi insuffisamment motivée (trop générique : est rejetée toute motivation *per relationem*), ou contradictoire en ses motivations. Ne sont pas acceptées par la Cour constitutionnelle des ordonnances de renvoi comportant une question de constitutionnalité entièrement théorique, c'est-à-dire ne posant pas une question concrète susceptible d'être résolue par le biais du procès constitutionnel¹⁷⁸ ou des ordonnances caractérisées par la (seule) crainte d'une inconstitutionnalité¹⁷⁹ ou se référant à des normes identifiées avec ambiguïté¹⁸⁰. En cas de rejet de la question de constitutionnalité, la nature même du procès constitutionnel (limité aux parties, à l'objet et aux motifs de la controverse : *personae, causa petendi, petitem*) implique que la norme déférée (et dans le cas présent déclarée valide) puisse de nouveau faire l'objet d'un contrôle ultérieur ; cette possibilité est ouverte y compris aux mêmes parties dès lors qu'il

¹⁷⁴ F. SORRENTINO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998, p.54.

¹⁷⁵ L. ELIA, *Manifesta irrilevanza della quaestio o carenza di legittimazione del giudice a quo ?*, *Giur. cost.*, 1968, p.2356.

¹⁷⁶ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.250.

¹⁷⁷ En second lieu, la question de constitutionnalité doit ne pas être "manifestement infondée". Cette formule, telle que sculptée par la Cour constitutionnelle, a aussi suscité critique, la même doctrine y voyant "l'hypocrisie d'un juge éternel Hamlet". A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.264.

¹⁷⁸ CCI, n°66 de 1964 ; n°256 de 1982 ; n°227, 365, 423 de 1996.

¹⁷⁹ CCI, n°9 de 1977.

¹⁸⁰ CCI, n°182 de 1984.

s'agit d'une autre espèce¹⁸¹. Dans le cas où survient une déclaration de non recevabilité, le juge *a quo* ne peut de nouveau poser une identique question de constitutionnalité.

Le rejet de l'ordonnance de renvoi doit être distingué de la procédure de restitution des actes procéduraux au juge *a quo*. La Cour constitutionnelle italienne peut décider de restituer les actes procéduraux soit parce que ce dernier n'a pas réalisé certaines opérations indispensables au bon déroulement du procès, soit parce que sont survenus, après transmission de l'ordonnance de renvoi, des éléments nouveaux. La clôture de la procédure n'empêche pas le juge *a quo* de déférer ultérieurement la question de constitutionnalité une fois accomplis les actes adéquats ou intégrés les éléments nouveaux (qui ne pouvaient l'être antérieurement). La restitution des actes procéduraux, contrairement à la déclaration de non recevabilité, n'interdit pas au juge *a quo* de poser une nouvelle question de constitutionnalité portant sur la même espèce. La restitution des actes procéduraux n'est en rien une décision de rejet de la requête mais plutôt un renvoi complémentaire susceptible de conduire ultérieurement - si la question de constitutionnalité est réitérée et complétée correctement - à sa recevabilité. Le mécanisme de la restitution s'explique le plus souvent par l'existence d'un *ius superveniens* qui, ayant une incidence sur le cadre normatif, ne peut manquer d'être intégré dans l'ordonnance de renvoi (par ex. la révision constitutionnelle de 2001 modifiant, en Italie, la forme de l'Etat et les relations entre ce dernier et les régions¹⁸²). Le juge *a quo* doit agir avec célérité dans la transmission de l'ordonnance de renvoi une fois avérée l'existence d'un doute de constitutionnalité. La remarque ne relève pas du truisme temporel, une fois précisée que peuvent survenir en Italie des retards de 10-15 ans¹⁸³ (voire 20 ans, cf. la déc. n°202 de 2001) ! En 1996, la Cour constitutionnelle (n°348 de 1996) restitue les actes procéduraux au juge *a quo* afin qu'il procède à une nouvelle évaluation de la pertinence de la question de constitutionnalité en raison de la durée - excessive ! - survenue entre la formulation de la question (1983) et le contrôle du juge constitutionnel (1996). Crédibilité de la justice et donc légitimité de la justice prennent sens au regard de ce lien temps / droit qui conditionne en grande partie la confiance des citoyens envers l'institution du tiers arbitre¹⁸⁴.

Le juge constitutionnel ne peut cependant, pour des raisons d'harmonieux fonctionnement de la justice, faire montre d'une émancipation juridique absolue par rapport aux cours suprêmes ; l'étude de la doctrine italienne du « droit vivant » - prise en compte par le juge *ad quem* de la jurisprudence consolidée des juges *a quibus* - présente à cet égard un fort intérêt.

B) La doctrine du « droit vivant », fille naturelle de la QPC ?

Même si l'on peut concevoir en théorie que le juge constitutionnel puisse s'adonner à une liberté herméneutique absolue, il est douteux qu'il s'affranchisse des constructions

¹⁸¹ G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano, I, Il sindacato incidentale*, Napoli, Jovene, 1957, p.276.

¹⁸² F. LAFFAILLE, *La « souveraineté régionale », entre oxymoron et hendiadys constitutionnels. A propos de l'Etat « régional-fédéraliste » italien et de la sémantique en droit constitutionnel*, RIDC, 2009-2, p.315.

¹⁸³ Saja, lorsqu'il préside jadis aux destinées de la Cour constitutionnelle, s'adresse au Conseil supérieur de la magistrature pour signaler les cas abusifs de retard dans la transmission des ordonnances de renvoi ; le CSM édicte une circulaire sur la question pour sensibiliser les magistrats... E. MALFATI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p.101.

¹⁸⁴ Parler de déni de justice en raison de la lenteur de la justice en Italie n'est pas exagéré ; le droit à être jugé dans un délai raisonnable y relève le plus souvent de l'utopie juridictionnelle (cf. les nombreuses décisions de la Cour Edh condamnant ce pays).

jurisprudentielles posées par « ses portiers ». L'exemple italien mérite, là encore, quelque étude via la notion de « droit vivant ». On parle encore de « droit vivant contextuel »¹⁸⁵ pour souligner combien le juge prend soin d'analyser la loi non pas seulement au regard du texte *stricto sensu* mais en fonction d'un contexte juridique, politique, économique, et social donné¹⁸⁶.

Au-delà de la simple dimension concrète, la doctrine du droit vivant consiste à regarder comme prévalente la jurisprudence consolidée du juge ordinaire, notamment celle de la Cour de cassation en raison de sa fonction de *nomofilachia*¹⁸⁷. Cela implique la recherche d'une interprétation uniforme de la loi, de l'unité du droit et contribue à la sécurité juridique. En présence d'une jurisprudence consolidée émanant du juge ordinaire, la Cour constitutionnelle renonce (en partie...) à son pouvoir d'interprétation-création¹⁸⁸, fait montre d'une attitude de *self-restraint*¹⁸⁹. La Cour exclut toute interprétation divergente de la disposition législative déferée, reprenant à son compte cet héritage interprétatif. Ascarelli - qui réfléchit le premier de manière systématique sur la notion de droit vivant - retient l'existence d'une « interprétation jurisprudentielle dominante »¹⁹⁰ comme critère identificatoire au sein d'un processus herméneutique circulaire. Stabilisée au cours des années 70 / 80 comme principe essentiel du procès constitutionnel¹⁹¹, la théorie du droit vivant exprime « la portée effective concrète de l'ordonnancement juridique à un moment historique donné »¹⁹². Elle est *le* droit stabilisé (ou plutôt l'interprétation qui en est faite) réceptionné par le juge constitutionnel qui se situe au bout de la chaîne processuelle et interprétative. Ainsi, voit-on la Cour constitutionnelle renoncer à une décision interprétative de rejet dès lors que son interprétation de la norme litigieuse ne correspond pas à celle « universellement accueillie ou au moins prévalente dans la jurisprudence des juges appelés à l'appliquer, et surtout, de la Cour de cassation »¹⁹³.

La théorie du droit vivant - outre qu'elle permet réception de la jurisprudence consolidée du juge *a quo*, héraut d'une justice enracinée dans la casuistique et la quotidienneté processuelle - a le mérite de pacifier les relations avec ce même juge *a quo*. A l'aune de l'exemple italien, la remarque n'est pas vaine puisque les relations entre juges prirent un temps une dimension

¹⁸⁵ T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, PUAM, 1997, p.468.

¹⁸⁶ Dès la 3^{ème} décision de son histoire, la Cour constitutionnelle souligne le caractère concret et efficace des normes insérées dans le procès constitutionnel *incidentale*. CCI, n°3 de 1956. S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e « diritto vivente »* (in *margin* ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino), Giur. cost., 1989, II, p.29.

¹⁸⁷ A. CARDONE, *Funzione e nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale*, Giur. cost., 2001, p.2889.

¹⁸⁸ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, p.3-4.

¹⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, AIJC, 1986, p.55.

¹⁹⁰ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, Riv. dir. proc., 1957, p.361.

¹⁹¹ G. SILVESTRI, *Il problema dell'identificazione del « diritto vivente » in una sentenza che ribadisce una consolidata giurisprudenza in tema di competenza legislativa sui rapporti processuali*, Giur. cost., 1988, I, p.3684.

¹⁹² G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, UTET, 1984, p.89.

¹⁹³ CCI, n°133 de 1984. A. ANZON, *La Corte costituzionale e il « diritto vivente »*, in *Scritti in onore di Vizio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, p.1.

quelque peu guerrière¹⁹⁴. Cour de cassation et Cour constitutionnelle s'affrontent jadis, une fois cette dernière (enfin) entrée en fonction au milieu des années 50. La Cour de cassation récuse alors la prétention du juge constitutionnel à s'ériger en unique interprète de la loi¹⁹⁵. L'inévitable armistice n'empêche pas une « seconde guerre des juges »¹⁹⁶ à la fin des années 90, toujours entre les mêmes protagonistes¹⁹⁷. Si la paix juridictionnelle advient au nom du bon fonctionnement du système juridique, on mesure combien l'introduction d'une QPC peut bouleverser la nature des relations entre cours suprêmes et juge constitutionnel.

La théorie du droit vivant est une leçon d'humilité : « le juge constitutionnel n'est pas dépositaire de la vérité constitutionnelle »¹⁹⁸. Pour ce dernier, cette doctrine présente même l'intérêt de servir de « bouclier argumentatif » : réceptionner le droit vivant - tel que cristallisé par les cours suprêmes - lui évite de se retrouver « seul » face au législateur. Ses censures sont plus difficiles à dénoncer comme le fait d'une puissance herméneutique prétorienne, visage du gouvernement des juges ; il se contente de reprendre une politique jurisprudentielle des juges ordinaires enracinée dans le sens commun juridique. S'il n'existe pas de droit vivant sur lequel se reposer, la Cour retrouve une entière liberté d'action, qu'elle peut d'ailleurs rechigner à mettre en œuvre tant cela peut engendrer des frictions avec le pouvoir législatif. En ce cas, au lieu de prononcer une décision interprétative de rejet, elle « préfère une décision d'admissibilité invitant le juge ordinaire à accomplir lui-même une interprétation conforme à la Constitution »¹⁹⁹. Le procès constitutionnel connaît alors, dans sa dimension interprétative, une phase descendante qui peut présenter - une telle démarche s'enracine dans une certaine quotidienneté jurisprudentielle - les traits d'un contrôle de validité diffus²⁰⁰. Admis que l'essence du contrôle de constitutionnalité de la loi ne se résume pas dans le seul pouvoir de censurer la loi, la mission-délégation confiée aux juges ordinaires n'est-elle pas le symptôme d'une redéfinition de la pyramide juridictionnelle ? N'est-elle pas une technique modifiant la nature même du contrôle de constitutionnalité des lois ? Le « renvoi » aux juges ordinaires pour la détermination du sens de la disposition attaquée peut être doublement observé : il est perçu soit comme la conséquence logique d'un système qui voit dans ces derniers les officiers de la concrétude du droit...soit comme un moyen pour la Cour constitutionnelle de se décharger de questions embarrassantes. Les arrêts additifs de principes sont révélateurs de ce système : une disposition législative est censurée en ce qu'elle ne prévoit pas, sans pour autant que soit comblé le vide juridique. Il appartient alors au législateur d'intervenir, et en cas de

¹⁹⁴ M. AINIS, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p.262.

¹⁹⁵ M.-C. PONTHEAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, p.65.

¹⁹⁶ L. IANNUCILLI, *L'interpretazione seconcum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni*, www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁷ Pour la Cour de cassation, l'interprétation donnée par le juge constitutionnel dans une décision de 1998 (n°292) est incorrecte au regard de la lettre de la loi. La Cour constitutionnelle, après avoir exhorté au « respect des compétences respectives » (n°243 de 2003), rend une décision en 2005 (n°299) qui met fin à cette querelle herméneutique.

¹⁹⁸ M.-C. PONTHEAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, p.99.

¹⁹⁹ M.-C. PONTHEAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, p.100.

²⁰⁰ M.-C. PONTHEAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, p.100.

silence (fréquent) de ce dernier, il revient aux juges ordinaires de donner sens au principe posé par la Cour constitutionnelle, dans le cadre de l'espèce soumise à leur examen²⁰¹.

A peine rappelée l'importance de la théorie du droit vivant, on peut relever le paradoxe au centre duquel elle se situe, ce qui explique pourquoi une doctrine faisant autorité s'efforce d'en nuancer la portée²⁰² (voire nie son existence en tant que corpus connaissant une réelle cohérence)²⁰³. Si cette théorie occupe une place de choix dans la construction du procès constitutionnel, la Cour constitutionnelle l'intègre et ne lui donne sens qu'au sein de sa propre construction dogmatique, de ses schémas taxinomiques, de son constructivisme prétorien et herméneutique. En d'autres termes, la théorie du droit vivant telle que lue par la Cour constitutionnelle demeure souvent en-deçà des implications juridiques qu'elle suppose. Il s'agirait d'une barrière poreuse laissée à la libre discrétion du juge constitutionnel et de son appréciation du caractère consolidée, ou non, de la jurisprudence. De plus, en l'absence d'une jurisprudence consolidée, la Cour constitutionnelle retrouve tout pouvoir d'interprétation, n'hésite pas à donner une leçon de théorie juridique au juge *a quo*, parfois regardé incapable de cristalliser une orientation stable ou se contentant d'une interprétation oscillante²⁰⁴. G. Zagrebelsky voit dans tout cela une contradiction lourde de sens au sein de l'ordonnement juridique et de l'ordre juridictionnel : d'un côté, un louable pluralisme dans l'interprétation de la Constitution, office qui n'appartient pas seulement à la Cour constitutionnelle...de l'autre, une hiérarchisation interprétative. Dans ce dernier cas, la théorie du « droit vivant » est présentée comme déstabilisante : signifiant jurisprudence cristallisée par les juridictions supérieures, son utilisation par la Cour constitutionnelle « contribue à rigidifier les rapports internes au sein de l'ordre judiciaire, se répercutant profondément sur la liberté interprétative des juges inférieurs »²⁰⁵.

En France, le Conseil constitutionnel réceptionne, à sa manière et dans le contexte autre qui est celui du contrôle *a priori*, la doctrine du droit vivant. Depuis nombre d'années, il prend en compte la jurisprudence des juges ordinaires, ou plus précisément des cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. T. Di Manno parle d'un « phénomène d'imprégnation de la jurisprudence constitutionnelle par les jurisprudences administratives et judiciaires »²⁰⁶. Sur de nombreux points, il y a en particulier souci manifeste « de ne pas s'éloigner sans raison déterminante de la jurisprudence administrative »²⁰⁷. Différentes décisions du Conseil constitutionnel semblent aller dans le sens de la réception d'une forme de la doctrine du droit vivant. La décision du 16 juin 1999 (n°99-411 DC) serait une illustration éclairante de la réception de la jurisprudence de la Cour de cassation. Valent encore d'être citées les décisions prises en application de la célèbre jurisprudence *Etat*

²⁰¹ T. DI MANNO, *Les décisions de constitutionnalité précaires en Italie et en France*, in Liber Amicorum J.-C. Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, 2005, p.226.

²⁰² A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990, p.262.

²⁰³ F. SANTORO-PASSARELLI, *A proposito del « diritto vivente »*, in F. SANTORO-PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, Jovene, 1988, p.43.

²⁰⁴ CCI, n°230 de 1983. Est en l'espèce visé le Conseil d'Etat.

²⁰⁵ G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p.111.

²⁰⁶ T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, 2006, p.208.

²⁰⁷ F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les Etats de l'Union européenne*, Economica, PUAM, 1997, p.47. Le Conseil constitutionnel fait siennes les théories construites au fil des décennies par le Conseil d'Etat, qu'il s'agisse de la notion de contrat, de police, de responsabilité...

*d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²⁰⁸. Il est même possible d'aller plus loin et de soutenir que le Conseil constitutionnel opère parfois, dans le cadre du contrôle *a priori*, une forme de contrôle concret avec la prise en compte des données extérieures à la disposition législative²⁰⁹. Telle est en effet la définition du contrôle concret donnée par une partie de la doctrine italienne : la dimension concrète du contrôle de constitutionnalité des lois ne découle pas tant des caractéristiques procédurales du procès constitutionnel que du comportement herméneutique du juge qui intègre, pour rendre sa décision, des éléments exogènes par rapport à la norme législative déférée²¹⁰. Ce constat peut autant faire l'objet de louanges que de critiques acerbes. En se fondant sur des éléments « extra-normatifs », le juge ferait sienne une conception sociologique du droit vivant prenant quelques racines dans l'école du droit libre d'Ehrlich²¹¹ ; ce faisant, le juge fait montre d'une capacité à comprendre le réel et les faits sociaux, cœur de tout raisonnement juridique voulant échapper à la sécheresse d'une pensée fermée et dogmatique. Cependant, un reproche de taille peut immédiatement advenir, au nom d'une autre conception du droit et de l'office du juge : ce dernier n'abandonne-t-il pas son contrôle traditionnel qui porte sur les normes au profit d'un contrôle avant tout centré sur des éléments porteurs d'une faible juridicité, voire non juridiques ? Et derrière « l'oubli des normes » au profit d'éléments extra juridiques se profilerait le risque de décisions jugées *politiques* car s'écartant par trop des mécanismes juridictionnels, regardés à tort ou à raison, comme traditionnels, et surtout légitimes²¹².

Nul doute que l'avenir de la doctrine du droit vivant - en sa version française - soit digne d'intérêt tant elle place le juge constitutionnel au cœur d'une démarche centrée sur le « fait ». Le temps d'un contrôle de la constitutionnalité des lois axé seulement sur le rapport binaire entre deux normes abstraites – une loi et la Constitution, la loi par rapport à la Constitution – est terminé. De l'importance des faits, du fait ; vient le temps du « fait », situé entre loi et Constitution (*ex facto oritur jus* ?). Les faits ne sont pas seulement un critère d'identification du procès constitutionnel, ils renvoient à une maïeutique interprétative différente : on passe du dualiste normatif caractéristique du contrôle abstrait (loi/constitution) à un schéma ternaire voyant cohabiter loi/faits/constitution. Cela implique une mutation quant à la manière, pour le juge, de lire la loi ; cela implique mutation quant à la manière de dire le droit. Ce n'est pas tant la constitutionnalité de la loi qui fait l'objet d'un examen que « la constitutionnalité du « sens appliqué » de la disposition, c'est-à-dire du sens construit au fil de l'application faite par la jurisprudence d'abord, mais également par l'administration publique et les groupes sociaux »²¹³. Sur le plan théorique, les faits sont absents du procès constitutionnel dans le jugement *ad quem* qui se déroule dans l'intérêt du droit et éventuellement sans parties ; c'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel « semble nier toute valeur herméneutique aux

²⁰⁸ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, p.179 et s. L'auteur mentionne avec assurance la décision n°89-256 DC et évoque, avec des doutes, les décisions n°96-377, n°98-399 et n°99-410.

²⁰⁹ J.-C. ESCARRAS, *Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle*, AIJC, II, 1986, p.18.

²¹⁰ V. ANGIOLINI, *La « manifesta infondatezza » nei giudizi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988, p.240.

²¹¹ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, p.194.

²¹² On s'empresse d'ajouter que les décisions du juge peuvent être qualifiées de « politiques » (à ne pas confondre avec partisans) si l'on entend par là la détermination des valeurs de la *polis*, la cité.

²¹³ A. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, Giur. it., I, 1992, p.396. Cité par J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.238.

faits lors du contrôle de constitutionnalité »²¹⁴...tout en prenant en compte « l'influence herméneutique du contexte factuel »²¹⁵. Tout dépend de ce que l'on entend par « faits », puisqu'ils peuvent revêtir deux acceptions, à partir de la césure *legislative facts / adjudicative facts*. En principe, seuls les premiers, les *legislative facts*, ont vocation à être retenus par le juge constitutionnel : faits économiques et sociaux, généraux donc généralisables et modélisables²¹⁶, leur nature même est à relier à la nature objective du jugement *ad quem*. Quant aux *adjudicative facts*, ils devraient en principe être exclus du jugement constitutionnel (objectif) puisqu'ils sont relatifs aux parties elles-mêmes. Une telle césure est fille de l'ambivalence du procès constitutionnel lui-même, procès objectif né des requêtes subjectives de parties. C'est en ce sens que la distinction *legislative facts / adjudicative facts* mérite grande nuance ; il existe une inévitable interaction entre les deux types de faits. Est-il d'ailleurs possible pour un juge, y compris le juge constitutionnel, d'occulter les « faits inhérents aux parties » (quand bien même il le prétend) ? Au sein d'une démocratie contentieuse, il est peu pensable de négliger les *adjudicative facts*, à savoir la « vie » des parties.

Dans le passé, la question s'est posée de savoir si la doctrine du droit vivant pouvait être transposée en France, dans le cadre du contrôle *a priori*. D'évidence, cette transposition, si elle devait avoir lieu, ne pouvait survenir qu'en vertu d'une adaptation synonyme de dénaturation²¹⁷, sans pour autant que ce dernier terme soit péjoratif. Il s'agit seulement de constater qu'une telle théorie, enracinée dans l'humus culturel et juridique italien, ne pouvait faire l'objet d'un authentique mimétisme. La logique retenue peut être résumée par la formule de C. Severino - « Une technique en principe inapplicable...Une démarche comparable »²¹⁸ - qui montre bien le balancement incertain entre le doute et le possible. Il était alors rappelé que la doctrine du droit vivant ne peut fleurir que dans le seul cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*²¹⁹, remarque porteuse d'intérêt depuis la révision de la Constitution française en 2008. Car la QPC a vocation à sublimer les faits si l'on en croit l'expérience italienne. Les faits, loin d'être un élément trivial inutile dans le cadre d'un contentieux objectif, peuvent être d'une remarquable utilité pour le juge. Tel est notamment le cas lorsque ce dernier est confronté - et cela est la règle dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle centrée autour de principes dworkiniens qui sont autant de standards - à des notions génériques, indéterminées ou encore polysémiques. Les faits représentent cet instrument d'éclairage salutaire susceptible de rendre une disposition législative inconstitutionnelle dans le cadre du contrôle dit concret alors même qu'elle ne semblait en rien, dans le cadre du contrôle abstrait, contraire à la Constitution.

Sociologues, anthropologues du droit... vont pouvoir se pencher, plus que de naguère, sur les subtilités d'un droit constitutionnel jurisprudentiel qui, dès lors qu'il prend le visage d'un droit vivant d'obédience factuelle, signifie articulation (réelle) entre droit et société, loi et contexte social. Jurisprudence, groupes sociaux et administration publique²²⁰ ont ainsi

²¹⁴ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, p.197. C'est vrai y compris du juge constitutionnel français dans le cadre du contrôle *a priori* (cf. n°82-148 DC).

²¹⁵ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, p.198.

²¹⁶ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France dans le jugement de constitutionnalité*, Economica, PUAM, 2001, p.360.

²¹⁷ T. DI MANNO, *Réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, PUAM, 1998, p.38.

²¹⁸ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, p.129 et 189.

²¹⁹ A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*, Milano, Giuffrè, 1994, p.201.

²²⁰ CCI, n°177 de 1973.

vocation à être scrutés quant à leur manière de « donner sens » aux dispositions législatives. Avec cette pratique soumise au feu du tamis constitutionnel, émerge une nouvelle manière de lire le droit, non plus centrée sur le *Law in Books* mais sur le *Law in Action* (R. Pound)²²¹. Cela implique de posséder des pouvoirs d'instruction et des techniques d'investigation inconnus à ce jour du Conseil constitutionnel afin de rendre justice, concrète²²². On peut certes relever que la Cour constitutionnelle italienne adopte rarement des ordonnances d'instruction ; elle cherche, par d'autres canaux, à recueillir des données relatives à l'application de la disposition législative contestée, en particulier par l'administration. Outre l'examen de la jurisprudence passée et du comportement des groupes sociaux, c'est bien le sens ou les sens donné(s) par l'administration qui peut ou peuvent intéresser grandement le juge constitutionnel²²³. C'est un nouveau regard sur la loi qui est posé et il ne s'agit pas seulement de constater le passage de la loi abstraite à la loi concrète, corollaire du passage du contrôle préventif au contrôle processuel *a posteriori*. Ce nouveau regard sur la loi signifie prise de conscience d'une nouvelle forme de droit, un droit vivant possédant une nature ductile en fonction des intérêts économiques et sociaux en jeu. On en revient à la question des « faits », de la relation ternaire qui existe dans le procès constitutionnel : loi/faits/constitution. La prise en compte des faits (y compris les *adjudicative facts*) implique, par nature, le développement des pouvoirs d'instruction du juge constitutionnel²²⁴. Prendre en compte « l'impact social »²²⁵ de la loi, dans le cadre du procès constitutionnel, engendre une révolution dans la lecture du droit, une révolution dans le *ius dicere*, une révolution dans l'art d'écrire la décision de justice (avec, il faut l'espérer, une dimension pédagogique à ce jour « oubliée » en droit français, *cf. infra*). Dans une telle optique, la « loi du législateur » ne signifie rien ou peu de chose puisqu'elle prend sens véritable seulement une fois « engluée » dans la réalité de la glaise sociale²²⁶. Sur la base de telles considérations, la censure d'une disposition législative peut aisément découler de son irréductible inadéquation au contexte social et à l'évolution de ce dernier. C'est donc une loi en mouvement que le juge interprète, ou plutôt son idoine ou non idoine contextualisation sociale²²⁷.

Le Conseil constitutionnel n'ignore pas totalement, même dans le cadre du contrôle préventif abstrait, les exigences du contexte social puisqu'il s'intéresse à la façon dont la loi pourrait, voire devra être appliquée ; mais nul doute que la nature même du procès constitutionnel entendu *lato sensu* - les relations avec les juges *a quibus* et les droits des parties - donneront un nouvel horizon à l'herméneutique juridictionnelle. L'interprète peut-il sortir indemne du schéma triangulaire qui l'enserme (de la loi à la Constitution, via un contexte social par essence ductile et lu différemment en fonction des époques) ? Emerge en particulier la fondamentale question des droits sociaux, de leur pérennité comme de leur extension. La démocratie constitutionnelle et sociale donne au juge de la loi pour principale tâche de trancher entre les intérêts en présence via un délicat *balancing test*. Le contrôle de

²²¹ R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, American Law Review, 1910, p.12.

²²² voir *supra*.

²²³ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, Giur. cost., I, 1978, p.1356.

²²⁴ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte : sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 521.

²²⁵ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.239.

²²⁶ Voir par ex. CCI, n°406 de 1989 et CCI, n°163 de 1993.

²²⁷ J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France dans le jugement de constitutionnalité*, Economica, PUAM, 2001, p.148.

constitutionnalité de la loi ne va-t-il pas devenir plus sévère, dès lors que le juge apprécie désormais réellement à l'aune de la réalité sociale ? En d'autres termes, le juge ne va-t-il pas « exiger plus » du législateur pour que soient respectés des droits sociaux perpétuellement en mouvement ? L'expérience italienne révèle que la Cour constitutionnelle fait montre « d'indulgence »²²⁸ envers le pouvoir législatif quand ce dernier adopte des dispositions susceptibles de porter atteinte à ce que l'on peut appeler, de manière par trop générique et francisée, les acquis de la démocratie sociale. Après une politique jurisprudentielle audacieuse ayant pour conséquence une augmentation des dépenses publiques (via les « arrêts additifs de prestation »), la Cour s'en est tenue à une position plus souple (via les « arrêts additifs de principe ») : elle reconnaît au Parlement une forte marge d'appréciation dans la détermination des choix politico-économiques de la cité et censure la loi seulement en présence d'une irrationalité manifeste. La Cour doit prendre en considération, à son tour, des éléments de nature financière qui peuvent la conduire à ne pas censurer, plus que de raison, le législateur. Les droits créances – n'est-ce pas l'histoire même de leur ambivalence ? – doivent affronter le principe de concrétisation, dans sa dimension financière et fiscale. Les droits sociaux, aussitôt proclamés, se heurtent à la difficulté, voire à l'impossibilité matérielle, de leur réalisation : aussi la Cour constitutionnelle souligne-t-elle la limite de leur effectivité en raison de l'existence d'autres intérêts constitutionnels, en particulier les contraintes financières²²⁹. Le législateur peut, à bon droit, adopter une démarche prudente dans la réalisation des principes de la démocratie sociale : une démarche graduelle ne mérite pas censure en raison des (faibles) ressources financières disponibles²³⁰. Aussi est-il accepté que le législateur puisse ne pas donner complétude immédiate (quitte à prendre le risque d'un renoncement à leur réalisation effective) à certaines prescriptions constitutionnelles ; les droits sociaux sont des droits conditionnés²³¹, eux aussi. Un cynisme élémentaire commande d'ajouter que l'inaction pour défaut de couverture financière tend à devenir pérenne en raison de la dégradation constante des finances publiques. Ainsi, une disposition constitutionnelle telle que l'article 38 C. - « Tout citoyen incapable de travailler et dépourvu de moyens de subsistance a droit à l'entretien et à l'assistance sociale » - ne peut-elle connaître une pleine et entière réalisation. Il en va de même de l'article 3-2 C., symbole de la « démocratie des droits » naissant en 1947 : « Il appartient à la République d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays ». La logique des droits-créances au cœur de l'Etat interventionniste fait du juge constitutionnel le gardien d'une orthodoxie financière incompatible avec les promesses (non tenues, selon la formule de Bobbio pour qualifier la démocratie) de l'Etat de droit social. Il ne faut donc pas imaginer que cette *actio popularis* indirecte qu'est la QPC pourra devenir l'instrument de revendications sociales jugées (à tort ou à raison) disproportionnées. La liberté du juge s'apprécie encore à l'aune du pouvoir, désormais accordé au Conseil constitutionnel, de tempérer la portée et les modalités d'application dans le temps d'une

²²⁸ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.245.

²²⁹ Article 81-4 de la Constitution italienne : « Toute autre loi portant création ou aggravation des charges doit préciser les moyens d'y pouvoir. »

²³⁰ CCI, n°33 de 1975.

²³¹ CCI, n°455 de 1990.

décision²³². La première décision du Conseil constitutionnel, rendue au titre de la QPC, *Consorts L.*, emporte application de l'article 62 C. : les dispositions censurées sont abrogées à compter du 1^{er} janvier 2011 alors que la décision est rendue le 28 juin 2010. En d'autres termes, le juge donne 6 mois au législateur pour « remédier à l'inconstitutionnalité constatée ». Et « afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1^{er} janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision. »²³³

Au nom de la stabilité et la cohérence de l'ordre juridique - impératif suprême de l'Etat de droit (formel et substantiel)²³⁴ - il importe d'instituer des mécanismes correctifs ou compensateurs²³⁵ : certaines décisions du juge ayant de significatives retombées économique-sociales, une telle latitude d'action peut se révéler précieuse en présence d'espèces possédant une forte connotation politique ou financière. On ne peut éluder la question du coûts des décisions juridictionnelles : les droits - dès lors que l'on opère une minimale analyse économique du droit - ont bien un coût²³⁶. L'impact financier des décisions adoptées dans le cadre du contentieux constitutionnel peut être lu à l'aune de l'expérience italienne. Les décisions « *di spesa* » (ou encore décisions additives de « *prestazione* »)²³⁷ impliquent un coût financier pour l'Etat²³⁸. Si la Cour constitutionnelle n'est pas liée par l'article 81 C. de la Constitution de 1947 - tout nouvel engagement financier contraint à trouver une ou des ressources financières correspondantes - elle a tenté de limiter les conséquences financières de certaines décisions²³⁹ en leur donnant un effet partiellement rétroactif ou en prononçant une annulation différée. Au nom d'une louable logique : la censure de la disposition déferée aurait eu des conséquences juridiques bien plus dommageables que sa disparition de l'ordonnement juridique²⁴⁰. Cette couverture temporelle peut aussi représenter une

²³² Article 62 C. : « ... Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquels les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. » L'efficacité des décisions d'inconstitutionnalité est double : elle élimine *ex nunc* (dès la publication de la décision) et *inficia ex tunc* (dès l'origine) la disposition législative censurée. Une exception à ce dernier effet de la décision d'inconstitutionnalité : les situations juridiques définitivement acquises ou des décisions de justice revêtues de l'autorité de la chose jugée. M. Guillaume in H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles... sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.30 et 31.

²³³ CC, dec. 2010-1 QPC, 28 mai 2010.

²³⁴ On peut soutenir la thèse inverse : contestable application pour un temps d'une norme déclarée inconstitutionnelle, avec des risques d'inégalité entre justiciables ou administrés. P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.896. S'agissant du report des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori*, voir la décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008. Voir aussi CE, 2006, *Sté Techna*.

²³⁵ T. DI MANNO, *Les décisions de constitutionnalité précaire en Italie et en France, in Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, 2005, p.204.

²³⁶ S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende delle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.

²³⁷ F. TERESI, *Lezioni sulle garanzie costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, p.89.

²³⁸ T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale : profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p.269.

²³⁹ CCI, n°2 de 1971.

²⁴⁰ CCI, n°467 de 1991 ; n°125 et 126 de 1992.

invitation adressée au Parlement pour qu'il intervienne, remédiant aux carences normatives constatées et censurées²⁴¹.

L'effet des décisions du juge constitutionnel mérite aussi étude à l'aune de ce que l'on appelle, en Italie, « *l'illegittimità conseguenziale* » : en censurant une norme législative, la Cour déclare inconstitutionnelles d'autres dispositions, inconstitutionnalité qui dérive directement de la censure première. Cette inconstitutionnalité "dérivée" ou secondaire - dérogation, il faut le noter, au principe du contradictoire - représente une exigence pratique : expulser de l'ordonnancement juridique le plus grand nombre possible de normes irrégulières afin de protéger, avec rapidité et efficacité, les droits fondamentaux garantis par la Constitution. Cette opération ne présente-t-elle pas d'ailleurs un caractère obligatoire, d'ordre public ? La situation ne pose guère grande difficulté quand les différentes normes (celles directement censurées et celles censurées de manière dérivée) possèdent un "clair lien logico-juridique" : aux fins de nettoyage constitutionnel, l'irrégularité de l'une conduit directement à l'irrégularité de l'autre. Autrement plus complexe est la situation qui voit des normes certes liées entre elles mais seulement par un "lien analogique-juridique"²⁴² : la censure collatérale est possible sans pour autant être évidente. Aussi la Cour constitutionnelle a-t-elle parfois refusé de prononcer une inconstitutionnalité dérivée nonobstant l'évidente irrégularité de certaines dispositions²⁴³.

La liberté herméneutique du juge constitutionnel l'expose davantage aux critiques. En Italie, le complot des « toges rouges » est agité, avec fréquence et démagogie ; l'admonestation est rude en 2009 avec la décision n°262 qui censure la « loi Alfano » (suspension du procès pénal pour les quatre plus hautes charges constitutionnelles)²⁴⁴. Le législateur constituant aurait dû intervenir en lieu et place du législateur ordinaire. Or, en 2004, la Cour constitutionnelle censure une loi quasi identique (« *lodo Schifani* »)... sans mentionner l'obligation d'utiliser l'article 138 C., la procédure de révision constitutionnelle. Deux lectures, contradictoires : certains voient dans cet oubli une erreur juridique (que la présence d'opinions concurrentes et dissidentes pouvait nuancer), d'autres estiment que la Cour avait, de manière certes implicite mais très visible (?), souligné la nécessité d'une loi constitutionnelle. La violence des réactions met systématiquement l'accent sur la légitimité du juge constitutionnel et sa place au sein des institutions républicaines. Point de phantasme communiste à craindre en France, la thématique du « gouvernement des juges » est suffisamment opératoire depuis 1921. En songeant au futur, comment ne pas songer au passé et avoir présent à l'esprit les décisions du

²⁴¹ Si la disposition censurée a servi de fondement à des poursuites et à une condamnation devenue définitive - et si la peine n'a pas encore été entièrement exécutée - l'abrogation de la disposition législative produit l'effet prévu à l'article 112-4 du code pénal. La peine cesse alors de recevoir application puisqu'elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, ne présente plus le caractère d'une infraction pénale. La déclaration de non-conformité à la Constitution met fin à l'exécution de la peine immédiatement et pour l'avenir ; elle n'efface pas pour autant la condamnation prononcée. H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles... sur le projet de loi organique, adopté par l'AN, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, seconde session ordinaire 2008-2009, n°637, p.31.

Pour une raison de sécurité juridique, le rapport Portelli estime qu'il n'est pas possible de généraliser les dispositions de l'article 625 du Code de procédure civile ; ce dernier dispose que la cassation entraîne l'annulation de plein droit de toute décision juridictionnelle qui serait indissolublement liée à la décision cassée.

²⁴² A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p.291.

²⁴³ CCI, n°1 de 1984.

²⁴⁴ F. LAFFAILLE, *L'immunité pénale des organes constitutionnels monocéphales en Italie. La censure, par la Cour constitutionnelle, de la « loi Alfano »*, RIDC, 2009-4, p.839.

Conseil constitutionnel en date du 18 janvier 1985 et du 16 mars 1999 ? Certaines dispositions législatives non contrôlées (de la loi du 25 janvier 1985) par le juge sont frappées d'inconstitutionnalité 14 années plus tard. On peut imaginer les difficultés d'un Conseil constitutionnel appelé à « jongler » demain entre deux types de contrôle de constitutionnalité, et avec les évolutions sociales qu'il devra ou non réceptionner sur le fondement du droit vivant. Il risque alors de rencontrer des majorités politiques peu amènes, porteuses de critiques minant la crédibilité même de la justice constitutionnelle. Un espoir cependant : les critiques accablant le juge le renforcent lorsqu'elles émanent successivement de majorités parlementaires différentes²⁴⁵. Et doit s'enraciner l'idée qu'il est une figure représentative de la nation.

Le thème de la liberté herméneutique entraîne, on le voit, sur des chemins multiples. Demain, il reviendra au Conseil constitutionnel de déterminer sa nouvelle marge d'action et de théoriser à son tour les relations qui le lient aux juges *a quibus*. Par exemple, si le juge *a quo* ne formule pas ou formule mal la QPC, le Conseil constitutionnel pourra, s'il le décide, la "trouver" ou la reformuler. Ce volontarisme potentiel se heurte cependant à une nécessité pratique, *a fortiori* pour un juge constitutionnel non formé au contrôle *a posteriori* de la loi et dénué des moyens matériels adéquats : le risque de l'engorgement. Apparaît la difficile nécessité de concilier les contraires : juger *ultra petita* pour accueillir des QPC aux fondements juridiques incertains afin de ne pas léser les intérêts subjectifs et l'intérêt objectif en présence ... restreindre l'accès à la justice constitutionnelle pour éviter des manoeuvres dilatoires et un activisme inconsidéré du juge *a quo* (mais est-il vraiment à craindre ?) de nature à noyer le juge constitutionnel sous les requêtes.

Avec l'avènement de la QPC, c'est une autre justice constitutionnelle qui advient ; la conséquence est sans doute la fin de l'ontologique spécificité du Conseil constitutionnel.

III. Une autre justice constitutionnelle : la fin de l'ontologique spécificité du Conseil constitutionnel ?²⁴⁶

Cette « autre » justice constitutionnelle émerge en raison de l'existence de parties au sein du procès constitutionnel²⁴⁷. Elles possèdent des droits et cela implique le développement substantiel du principe du contradictoire, nouveau « totem » du juge *ad quem* (A). La QPC suppose encore une réorganisation profonde du Conseil constitutionnel, en sa composition, en ses pouvoirs d'expertise, voire en son *ius dicere* (B).

²⁴⁵ Voir jadis les propos éclairants de Robert Badinter sur ce sujet.

²⁴⁶ Au regard des canons du droit européen conventionnel, se pose la question de l'obligation d'épuisement des voies de recours interne avant de pouvoir saisir la Cour de Strasbourg. Il est de jurisprudence constante que la voie de recours interne doit être à l'initiative du requérant. La Cour Edh s'est prononcée sur une telle question, notamment dans une affaire visant l'Italie. Après avoir constaté que le système italien ne permet pas à un requérant de saisir directement la Cour constitutionnelle (seul le juge *a quo* peut poser une question de constitutionnalité à la *Consulta*), la Cour Edh conclut : « pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article 26 de la Convention exige l'épuisement ». Le système français est similaire, sur ce point, au système italien : la QPC ne peut pas être regardée complètement entre les mains du justiciable car il ne peut saisir directement le Conseil constitutionnel et doit « subir » le jeu (voire le joug) des « filtres » juridictionnels. Selon F. Sudre, la QPC devrait pour cette raison « en l'état présent de jurisprudence européenne (...) échapper au jeu de l'épuisement des voies de recours internes ». F. SUDRE, *Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme*, RDP, 3-2009, p.671.

²⁴⁷ A. ROUX, *Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ?*, JCP, 2008, I, p.175.

A) *Les droits des parties : le contradictoire, nouveau « totem » du juge ad quem*

La naissance du procès constitutionnel conduit à l'émergence de « citoyens parties » dont les droits ne sauraient être méconnus ; cela advient alors même qu'ils interviennent devant le censeur de la norme dans le cadre d'un contentieux devenu objectif. Autant dire que l'ombre de la Convention Edh interprétée par la Cour de Strasbourg pèse désormais substantiellement sur le devenir du Conseil constitutionnel, inséré dans un procès constitutionnel lu à la lumière notamment de la décision de 1993 *Ruiz-Mateos*. Et quand bien même le juge Pettiti souligne, dans son opinion dissidente, que le débat a lieu, devant le juge constitutionnel, « entre loi et Constitution », cela ne change guère la donne. Alors même que la remarque est irréfutable et que l'argument porte, est-il décevant possible, dans une démocratie qui prétend se définir par un adjectif - *constitutionnelle* - de traiter par préterition les parties d'un procès né de leur volonté pour défendre leurs droits subjectifs ?

La notion de procès équitable a vocation à pénétrer le procès constitutionnel puisque ce dernier ne possède pas une spécificité à ce point intrinsèque qu'il puisse prétendre s'affranchir des obligations inhérentes à l'article 6-1 de la Convention Edh. L'imbrication entre instance ordinaire et instance constitutionnelle apparaît si évidente et d'importance que leur dissociation, synonyme d'artifice juridique, risquerait d'affaiblir considérablement les droits des requérants. La dimension objective du contentieux constitutionnel ne peut servir « d'alibi juridique » pour soutenir que le juge constitutionnel échappe aux principes posés par la Cour Edh. Le Conseil constitutionnel semble devoir être « traité » comme un juge ordinaire s'agissant des garanties à apporter aux justiciables²⁴⁸. La jurisprudence *Ruiz-Mateos* est révélatrice des obligations qui incombent au juge constitutionnel : l'article 6-1 Cedh s'applique au contentieux constitutionnel dès lors que la décision du juge de la loi est déterminante pour l'issue du litige devant le juge *a quo*. Sur le fondement du contradictoire, les parties doivent pouvoir faire connaître « les éléments nécessaires au succès de leurs prétentions » et « prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée et (...) la discuter en vue d'influencer la décision du juge »²⁴⁹. La question des droits des parties n'est pas seulement fondamentale pour que soient respectés les principes essentiels d'une bonne administration de la justice ; elle est aussi cruciale pour la crédibilité du juge constitutionnel lui-même en ce qu'elle vient légitimer son action²⁵⁰. Le contradictoire devient un élément principal de légitimation démocratique pour un juge de la loi regardé fréquemment, à tort, comme organe s'opposant à la volonté des élus du peuple. Le contradictoire est "ce qui fait le procès" a-t-on pu écrire²⁵¹, tant et tant que sa démocratisation représente un enjeu de taille pour la crédibilité du procès constitutionnel et de son juge²⁵².

²⁴⁸ Le juge européen concède, dans un domaine spécifique (il s'agit de la question du délai raisonnable), que le rôle et le statut d'un juge constitutionnel peuvent mériter un régime juridique dérogatoire et approprié (CEDH, 1996, *Susmann*).

²⁴⁹ CEDH, *Milatova*, 2005.

²⁵⁰ P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p.69.

²⁵¹ E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, p.313.

²⁵² L. D'ANDREA, *Verso una « democratisation » del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, Giur. cost., 1994, p.552.

Il est peu douteux que le juge constitutionnel devra renforcer la procédure du contradictoire et se rapprocher du jugement ordinaire²⁵³ (même si la décision jurisprudentielle constitutionnelle demeure un *unicum* en raison de la dimension objective du contentieux). Les parties doivent pouvoir présenter de manière contradictoire leurs observations dans le cadre d'une audience publique. Une telle obligation découle, au regard du droit conventionnel, de ce que le résultat de l'instance devant le juge constitutionnel peut « influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires, c'est-à-dire si son issue est déterminante pour des droits ou obligations de caractère civil ou pour la décision sur une accusation pénale »²⁵⁴. Le principe du contradictoire s'est certes, depuis les années 80, développé²⁵⁵ devant le Conseil mais les mécanismes institués sont très en deçà des standards découlant de l'interprétation, par la Cour de Strasbourg, de l'article 6-1. Existente en France des « procédés qu'on ne saurait appeler des procédures »²⁵⁶ selon une formule parlante. La décision du 4 février 2010 « portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité »²⁵⁷ revêt une importance particulière tant elle symbolise la mue procédurale du juge de la loi.

La question de l'impartialité mérite tout d'abord intérêt au regard du déport éventuel de certaines personnalités ayant - déjà - porté une appréciation sur la norme litigieuse²⁵⁸. Un ancien chef d'Etat membre de droit ayant publiquement enjoint sa majorité parlementaire à adopter une loi emblématique de son quinquennat peut-il juger en toute impartialité ? La promulgation (obligatoire, dans les quinze jours) par le chef de l'Etat d'une loi votée par le Parlement ou l'une des Assemblées sans demander une seconde délibération ou saisir le Conseil constitutionnel ne revient-il pas à accorder un certificat de constitutionnalité ? En d'autres termes, l'organe monocratique veillant au respect de la Constitution (art. 5 C.) ne risque-t-il pas le soupçon de partialité une fois devenu membre de droit du Conseil, gardien collectif de la norme suprême ? *Quid* encore d'un ancien ministre (auteur du texte) ayant défendu ce dernier au Parlement ? Et naturellement d'un ancien parlementaire ayant voté en faveur de la loi déferée ? Et le conseiller d'Etat ayant examiné un projet de loi ou une

²⁵³ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, p.206.

²⁵⁴ CEDH, *Soffer*, 2007.

²⁵⁵ Le Conseil constitutionnel s'est livré dans le passé à une introduction progressive « officieuse » du contradictoire (A. CONCARO, *Il Conseil constitutionnel français : verso un « contraddittorio » ufficiale ?*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998, p.445.). O. Schrameck déclare, il y a près de 20 ans déjà, que le contradictoire, quand bien même il ne figure dans aucun texte écrit, représente un aspect essentiel de la procédure devant le Conseil constitutionnel (*Les aspects procéduraux des saisines, in 20 ans de saisine parlementaire*, Economica, PUAM, 1985, p.81). Et le contradictoire paritaire aurait même fait son introduction (P. COSTANZO, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 1993-1994*, Giur. cost., 1995, p.3838), lecture optimiste au regard des exigences posées par la Cour Edh. S'agissant de la présence d'avocats devant le juge constitutionnel dans le cadre de la QPC, elle est assurément acquise (on peut se souvenir que certains parlementaires demandent, au lendemain de la révision constitutionnelle de 1974, à être représentés ou assistés par des avocats ; le Conseil constitutionnel s'y refuse). L. FONTAINE, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, Compte-rendu analytique, critique...et pédagogique du colloque du 16 février 2009, Ministère de la Justice, UMR 6201-Institut Louis Favoreu-GERC-CDPC-IEIA, AFDC.

www.unicaen.fr/recherche/mrsh/files/crException.pdf.

²⁵⁶ G. DRAGO, *Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse*, JCP, 2008, n°49, p.14.

²⁵⁷ www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁵⁸ P. CASSIA, *Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité*, RFDA, 2008, p.895.

proposition de loi pour avis (sur le fondement de l'article 39 C.) ? Autant de configurations qui méritent réflexion au regard de la jurisprudence de la Cour Edh : une personne ayant, par le passé, participé à l'adoption d'une norme législative ne peut déceimment prétendre à l'impartialité si elle doit ensuite trancher un litige inhérent à l'application de cette norme²⁵⁹. Le doute de partialité peut même surgir envers des membres du Conseil constitutionnel alors qu'ils n'ont pas participé à l'élaboration de la norme contestée : un universitaire ayant, dans le cadre d'une étude doctrinale, critiqué la régularité de la loi peut-il juger en faisant montre de l'impartialité requise²⁶⁰ ? Autant de questions, certes relevant un peu de la paranoïa, mais susceptibles de mettre à mal l'adage tant prisé du juge conventionnel : *justice must not only be done, it must also be seen to be done*.

La décision du 4 février 2010 « portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité » éclaire quelque peu la situation. En vertu de l'article 4, « Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président ». Il y a plus : une partie (ou son représentant) peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel. Mais une « clause de sécurité fonctionnelle » est immédiatement posée : « 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 ». Cela permet d'éviter les récusations en chaîne qui n'auraient pas manqué de survenir, visant parlementaires et ministres acteurs du processus d'édiction de la loi.

Pour que la théorie des apparences soit sauve, le procès constitutionnel devra passer sous les fourches caudines d'un autre principe, cardinal, du droit conventionnel : le principe de l'égalité des armes. Difficile de ne pas songer au sort des cours suprêmes, jadis contraintes de prendre acte, parfois avec réticence, des obligations inhérentes aux jurisprudences *Borgers/Kress*²⁶¹. Va-t-on assister, rue Montpensier, au même mélodrame qui s'est déroulé pendant plusieurs années au Conseil d'Etat ? Le juge rapporteur désigné par le Président du Conseil constitutionnel participe au processus décisionnel, expose la solution par lui retenue et présente un projet de décision. Sa participation au délibéré est-elle toujours envisageable alors que pénètrent des parties dans l'enceinte de la justice constitutionnelle ? Dans l'hypothèse où le rapporteur ne pourrait plus être juge, on imagine l'apparition d'un « défenseur de la Constitution »²⁶² ou d'un « procureur de la Constitution »²⁶³.

L'avènement d'une autre justice constitutionnelle, fille de la QPC, implique encore la réorganisation du Conseil constitutionnel.

B) Vers une réorganisation du Conseil constitutionnel ? (composition, pouvoirs d'expertise, ius dicere)

²⁵⁹ CEDH, *Pabla Ky*, 2004.

²⁶⁰ La procédure d'audition des candidats à la fonction de juge constitutionnel instaurée par la révision constitutionnelle de 2008 peut, à cet égard, se révéler intéressante. Comment ne pas songer aux auditions des candidats à la Cour suprême aux Etats-Unis ? Nombre d'entre eux refusent de donner une opinion franche sur les grandes questions éthico-politiques qui divisent le pays.

²⁶¹ CEDH, *Borgers*, 1991. CEDH, *Kress*, 2001.

²⁶² D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?*, RDP, 3-2009, p.631.

²⁶³ G. DRAGO, *Exception d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse*, JCP, 2008, n°49, p.18.

Certaines transformations pourraient advenir s'agissant du Conseil constitutionnel lui-même. Le droit conventionnel va-t-il encore – il s'agirait d'une révolution subie et imposée au pouvoir constituant – avoir des incidences sur la composition du Conseil constitutionnel ? Si après d'âpres débats nationaux, ce dernier a reçu le label de « juridiction », sa composition pourrait ne pas apparaître satisfaisante au regard de ces canons juridiques européens que sont les principes d'indépendance et d'impartialité. La Constitution est muette s'agissant des compétences minimales exigées pour devenir membre du Conseil constitutionnel. Et les décisions de ce dernier s'imposent aux juges professionnels intervenus en amont, juridictions de droit commun et cours suprêmes. Ne faut-il pas, à l'instar de ce qui existe dans nombre de constitutions étrangères, restreindre la fonction de juge constitutionnel à des personnalités qui sont, au regard de leur expérience passée, aptes à juger dans le cadre d'un procès constitutionnel. Professeurs de droit, magistrats, avocats... deviendraient alors l'armée de réserve du Conseil, faisant sortir le processus de nomination du champ politique *stricto sensu* ; le juge constitutionnel saisi par les juristes en quelque sorte. Le juge de la loi ne pourrait plus comprendre en son sein des personnalités sans expérience juridique avérée (si l'on ose tirer des conséquences absolutistes de l'article 6-1 de la Convention Edh), ce dont on peut se louer...ou se lamenter si l'on songe aux apports évidents d'intellectuel(le)s non juristes (cf. Mme D. Schnapper). La présence, au sein du Conseil constitutionnel, de nombreux universitaires (ils représentent en général les 2/3 des juges constitutionnels en Italie) pourrait d'ailleurs avoir des conséquences massives sur la manière « d'écrire » le droit constitutionnel jurisprudentiel, sur la manière de penser ce droit. En Italie par exemple, il est notable de constater que la théorie constitutionnelle s'ouvre à l'herméneutique réaliste scandinave et aux travaux de Hart lorsque se développe le contentieux constitutionnel sous l'égide des juges-professeurs.

Le développement du contentieux inhérent à l'avènement de la QPC conduira nécessairement au développement corrélatif des services du Conseil constitutionnel, à une réforme de ses méthodes de travail et de sa capacité d'expertise. Comment prétendre protéger de manière satisfaisante les droits des parties en la phase ultime du procès constitutionnel avec les seules structures actuelles ? Cette nécessité ne découle pas seulement de la logique quantitative liée à la QPC (l'augmentation du nombre des requêtes) ; les juges accomplissent leur office dans des domaines juridiques de plus en plus spécialisés et complexes, impliquant, plus que jadis, le recours à des experts externes. La notable (et célébrée à juste titre chez les constitutionnalistes) constitutionnalisation des divers branches du droit a pour conséquence que le droit constitutionnel « s'adjectivise » : du droit constitutionnel pénal au droit constitutionnel de l'environnement en passant par le droit constitutionnel du travail et de la sécurité sociale, le droit communautaire... la tâche devient à ce point ardue et technique qu'elle commande des outils renouvelés, afin d'éviter quelques errements juridiques²⁶⁴. Il n'est guère surprenant que pouvoirs d'expertise et d'instruction aient suscité, en Italie, une forte littérature qui souligne leur importance pour la bonne tenue et la crédibilité du procès. La Cour constitutionnelle, notamment grâce à la loi n°87 de 1953, dispose d'un pouvoir

²⁶⁴ Le droit pénal, à l'aune de la décision de 1999 relative à la responsabilité pénale du chef de l'Etat, est un bon révélateur de certains errements du Conseil, sans doute en raison d'une approche par trop constitutionnaliste et insuffisamment pénaliste. Au vu du célèbre et contesté *obiter dictum*, le Conseil constitutionnel aurait eu peut être avantage à réfléchir en termes de *droit pénal* constitutionnel plutôt qu'en termes de *droit constitutionnel* pénal. La constitutionnalisation des branches du droit connaît des limites en sa vertu. P. MBONGO, *Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité*, D., 2008, n°30, p.2096.

d'instruction propre lui permettant d'auditionner des témoins, d'avoir accès aux moyens de preuves jugés indispensables. La logique processuelle retenue en Italie étant celle du procès inquisitoire²⁶⁵, sa marge de discrétion s'avère, en théorie, grande par contraste avec le rôle des parties, par définition restreint (voire nul en l'absence de parties)²⁶⁶. Cependant, le juge de la loi n'a guère recours à de tels instruments ; il reste, quant à ces (ses) pouvoirs d'instruction, bien en deçà de ce qu'il était loisible d'attendre²⁶⁷. En lieu et place d'ordonnances d'instruction, la Cour préfère plutôt se tourner vers le gouvernement et l'administration pour obtenir des informations et données susceptibles de l'aider. Une telle attitude n'a pas manqué de susciter étonnement et critiques tant cela revient à développer une méthode étrange : le juge s'adresse, pour obtenir les informations factuelles nécessaires à l'étude de la régularité de la loi, aux organes (les cabinets ministériels en une formule rapide) qui ont, en amont, préparé le texte²⁶⁸. Etrange destin que celui de ce pouvoir-contre-pouvoir (le juge constitutionnel, mais il en va de même pour le Parlement) dépourvu des moyens adéquats pour obtenir par lui-même des informations fiables²⁶⁹. L'enjeu est pourtant de taille : l'obtention d'informations de qualité en amont n'est pas seulement indispensable pour rendre la décision « la plus juste » ; elle permet aussi d'opérer une motivation de qualité. Et derrière la qualité de la motivation, c'est la légitimité²⁷⁰ et la crédibilité du juge constitutionnel lui-même qui sont en jeu²⁷¹. S'agissant du Conseil constitutionnel, le développement d'un pouvoir d'instruction digne de ce nom est consubstantiel à la réforme de 2008-2009.

Enfin, les novations introduites par le constituant et le législateur organique peuvent - peut être - permettre aux juges de se faire davantage pédagogues. La sémantique juridictionnelle ne possède guère, en France, de vertus didactiques²⁷², le juge étant toujours prisonnier de deux tabous, liés : la sacralisation du syllogisme judiciaire censé révéler la dimension cartésienne de notre pensée juridique, la négation de tout pouvoir créateur accordé au juge²⁷³. Selon O. Jouanjan, « le système dit de la phrase qui détermine la forme grammaticale de la motivation en France a pour effet de donner aux motifs de la décision une forme extrêmement ramassée, souvent laconique, parfois purement affirmative, sans encombrement excessif d'argumentations, de pesées pro et contra. Cette forme grammaticale qui rend souvent les décisions françaises incompréhensibles non seulement au public auxquelles elles sont destinées, mais aussi aux juristes étrangers non spécialistes du droit français, et qui donc ne contribue pas, loin s'en faut, au rayonnement du droit français, porte

²⁶⁵ Jadis, M. Cappelletti, critique du modèle processuel italien, se montre plus réceptif au modèle de *common law* qui, avec la preuve libre et l'oralité, générerait un contradictoire plus paritaire. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969, p.246.

²⁶⁶ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, p.322.

²⁶⁷ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, p.1.

²⁶⁸ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, AIJC, II, 1986, p.75.

²⁶⁹ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale : la centralità del « fatto » nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZA (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p.268.

²⁷⁰ M. CAPPELLETTI, *La Corte costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario*, Riv. dir. proc., 1981, p.624.

²⁷¹ U. SPAGNOLI, *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p.29.

²⁷² Est avancée la nécessité d'un « nouveau protocole argumentatif (moins axiomatique, moins caractérisé par des formes de « circularité herméneutique », moins paralogique) ». P. MBONGO, *Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité*, D., 2008, n°30, p.2095.

²⁷³ Le syllogisme, « paravent au pouvoir créateur du juge » selon la formule de M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, p.157.

d'ailleurs en elle-même un certain caractère autoritaire »²⁷⁴. L'Italie, plus objet d'étude que modèle puisque comparaison n'est pas raison, a eu le mérite, peut être via une doctrine majoritairement plus ouverte aux thèses dites réalistes, de jeter dans les poubelles de l'histoire herméneutique la fable du juge bouche de la loi. "L'ère de l'explication pédagogique" devrait advenir en France ; l'émergence du procès constitutionnel pourrait être l'instrument de cette évolution. Grâce au décryptage des faits dans le procès constitutionnel, il revient au juge de faire de la « théorie constitutionnelle explicative ». Dès lors que le « doute constitutionnel », consubstantiel au procès de la loi, s'applique au juge, ce dernier a vocation à nous éclairer, comme le font nombre de juges étrangers, sur autant de questions que sont la nature du pacte social, ce que l'on entend par existence et préservation d'une société démocratique, par Etat de droit... Il convient d'assumer enfin l'opération de *balancing test* consistant à peser les arguments en présence pour trancher, éventuellement, entre des principes potentiellement contradictoires et situés au même niveau de la hiérarchie normative. N'est-ce pas là l'essence de la démocratie constitutionnelle ? Cette tâche est en étroite corrélation avec la dimension objective et d'intérêt général inhérente au procès constitutionnel. Il est temps de mettre fin à cette carence pédagogique dans la production normative jurisprudentielle, de cesser de se protéger derrière le large bouclier du juge automate qui, même lorsqu'il est analysé comme un remugle historique, l'est avec de forts accents pharisiens. Les fictions sont indispensables en droit et au droit, à la saine évolution d'une société en raison de la complexité de celle-ci ; mais au-delà d'un certain seuil, elles entretiennent un malaise qui porte préjudice au juge lui-même et à la justice. Il est immédiatement possible d'objecter à cela qu'il ne revient pas au juge de fixer les limites du contrat démocratique, de définir les concepts clés du pacte social ; cette tâche reviendrait à la loi, norme édictée par les élus du peuple. Peut être est-il possible de trouver une voie médiane entre un juge (quasi) muet en ses motivations ... et un juge à ce point porteur d'un pouvoir créateur que "*law is (only) judge made law*". Peut être verra-t-on demain la doctrine française parler de « décisions-lois » (*sentenze-legge*)²⁷⁵ pour qualifier une partie de la production normative - para-législative - du juge constitutionnel. Ce dernier n'exerce-t-il pas souvent une salutaire fonction de suppléance face au mutisme, parfois compréhensible d'ailleurs, du législateur ?

Au regard du nouveau rôle confié au Conseil constitutionnel, il est sans doute aussi nécessaire de briser l'image d'un juge parlant d'une seule voix ; antique débat que celui de l'avènement des opinions séparées de chaque juge²⁷⁶ ! Le *votum separatum* présente le triple mérite de la transparence, de la responsabilité et de la relativité. Ce système permettrait de rayer le postulat selon lequel le juge, sur le fondement du principe de collégialité, s'exprime seulement par le truchement de la décision et des motivations de celle-ci. Un tel raisonnement est choisi le plus souvent pour dissimuler la survenance d'éventuels conflits internes au sein d'une juridiction²⁷⁷ ; il présente une dimension artificielle qui n'est pas loin de porter le masque de l'hypocrisie. Le député (universitaire) J.-J. Urvoas propose, lors des débats parlementaires relatifs à la LO de 2009 (mise en oeuvre de l'article 61-1 C.), d'instituer le système des opinions séparées (la « trilogie » des opinions majoritaires/concurrentes/minoritaires). Il argue

²⁷⁴ O. JOUANJAN, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, Droits, 43, 2006, p.88-89.

²⁷⁵ G. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p.105 et 147.

²⁷⁶ Voir l'opposition, notamment, de G. VEDEL, *Neuf ans au Conseil constitutionnel*, Le Débat, 1989, n°55, p.53.

²⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *Principi et voti*, Torino, Einaudi, 2005, p.44 et 78.

non sans raison qu'une « décision de justice, quelle qu'elle soit, ne tire pas sa rationalité du nombre de personnes qui en ont fait le choix mais de la cohérence de son argumentation et de la confrontation d'idées de laquelle elle est née »²⁷⁸. Son amendement est, sans surprise, rejeté. Pourtant, la publication des opinions renforcerait la crédibilité de la décision, et donc des juges tant elle représenterait une opération de transparence faisant franchir un saut qualitatif à la science du droit²⁷⁹. « La recherche de la logique argumentative (étant) l'adhésion et non la vérité »²⁸⁰, un certain relativisme juridique et juridictionnel serait introduit, reléguant le syllogisme au rôle ancillaire qui doit être le sien²⁸¹. Le juge dispose d'un pouvoir créateur (interprétation vaut création), même si reste à s'entendre sur le seuil de créativité reconnu ; espérons que l'introduction de la QPC conduise à un tournant jurisprudentiel bannissant un type de motivation joliment qualifiée de « frugale »²⁸². L'intérêt n'est pas de peu : rendre moins dogmatique un pan entier de la tradition juridique et juridictionnelle française.

La France se singularise, entre 1958 et 2008, par l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois *abnorme*, véritable *tertium genus* entre le modèle dit américain et le modèle européen incident, « à l'italienne ». Ce n'est pas en soi une critique : à quoi bon vouloir intégrer un système juridictionnel dans un modèle taxinomique qui n'est après tout qu'une construction artificielle ? L'hybridité et le caractère *sui generis* sont acceptables dès lors qu'ils permettent un fonctionnement convenable de la forme de gouvernement instituée. La réforme de 2008 n'est en ce sens rien d'autre que le constat d'une nécessité : faire franchir un nouveau seuil à la démocratie constitutionnelle reposant en grande partie sur la figure des juges, ordinaires et constitutionnel. La doctrine italienne n'est pas loin de se réjouir, sans triomphe apparent pour l'instant, d'une « italianisation » de la justice constitutionnelle française (avènement d'un modèle incident de contrôle de constitutionnalité). Il aura fallu en un sens attendre le renforcement de l'Etat de droit dans notre pays pour que l'Italie devienne une source d'inspiration ; elle qui, s'agissant de son système juridique et juridictionnel, a tellement réceptionné, dans le passé, la culture française.

51

²⁷⁸ J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n°1898, AN, 2009, p.40.

²⁷⁹ Et à la qualité d'écriture des normes législatives. Aussi est-il impératif de renforcer le suivi législatif des décisions du Conseil constitutionnel. N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, Giur. cost., 1982, p.1853.

Même s'il n'a guère laissé de traces dans les mémoires juridiques et politiques, fut créé jadis à la Chambre des députés italienne un Comité permanent pour l'étude des décisions constitutionnelles, ce qui semble assez pertinent au regard de l'importance présente de la justice constitutionnelle. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p.87.

²⁸⁰ M.-C. PONTHEOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, p.169.

²⁸¹ Reste, comme l'écrit M. Troper, qu'une « théorie, même fautive, peut néanmoins fonder une pratique sociale ». M. TROPER, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.188.

²⁸² D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p.200.

Plus que jadis, les droits constitutionnels vont faire l'objet d'une appropriation par les juges ordinaires, et notamment le juge civil²⁸³. La QPC contribue au renforcement de l'« Etat juridictionnel », avec des juges davantage encore devenus « organes représentatifs »²⁸⁴. Il ne s'agit pas tant de dénoncer un quelconque « téléologisme grandement discrétionnaire »²⁸⁵ ou le gouvernement des juges que de constater le développement d'une « démocratie judiciaire »²⁸⁶ au nom de la concrétisation des droits fondamentaux ; les juges, placés au croisement de la loi et des droits, légitiment un système qui les légitime à leur tour. Dépositaires de la « morale constitutionnelle », ils sont les vecteurs interprétatifs des droits ; cela *a fortiori* vrai avec (peut être) un contrôle de constitutionnalité aussi diffus que non assumé. De l'utilisation judiciaire de la Constitution en France...

²⁸³ F. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, Quad. cost., 2008, p.280.

²⁸⁴ G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁸⁵ G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁸⁶ C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, p.11.