

« Quelle fonction nouvelle pour le Conseil constitutionnel depuis la question prioritaire de constitutionnalité? »

Isabelle CREPIN-DEHAENE

Après trois tentatives menées en vingt ans, le contrôle *a posteriori* de la loi est enfin né. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹ aura sur ce point tout particulièrement marqué les esprits. La question prioritaire de constitutionnalité aura constitué une innovation majeure induit par une évolution notable du rapport à la loi.

Notre tradition juridique nationale s'est longtemps refusée au contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge. L'hostilité opposée à la remise en cause de la loi trouvait sa source dans une conception particulière de la séparation des pouvoirs, mais surtout dans l'idée que la loi, fruit des représentants du peuple, ne pouvait que sécréter des règles pour le bien commun. Dans la tradition révolutionnaire, la loi « *expression de la volonté générale* »² puisait sa force de la légitimité de son auteur. Dans ce cadre, l'apparition d'un contrôle de constitutionnalité efficace en 1958 aura constitué un tournant majeur.

Dans l'esprit des constituants de la V^e République, le contrôle de la constitutionnalité des lois était essentiellement un contrôle du respect par le Parlement de l'article 34 de la Constitution, qui définit le domaine de la loi. Les travaux préparatoires à l'établissement de la Constitution du 4 octobre 1958 témoignent de la tentative d'instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées³. L'idée devait être jugée trop audacieuse pour l'époque. La fonction dévolue au Conseil constitutionnel par la Constitution dans sa rédaction initiale lui conférait un rôle de « *juge de la répartition des compétences* »⁴. Le Conseil constitutionnel se définissait lui-même volontiers comme « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »⁵ auquel il s'est adjoint au tournant des années soixante-dix, avec sa célèbre décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971⁶ une seconde fonction, celle d'assurer un contrôle substantiel des lois au regard des textes jusqu'alors de portée philosophique que constituaient le Préambule de la Constitution de 1958, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946.

¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

² Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

³ Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, t. I, p. 385.

⁴ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2006, 25^e édition, p. 507.

⁵ CC n°62-20 DC, 06 novembre 1962, *Élection du Président de la République au suffrage universel direct*. Considérant n°2.

⁶ CC n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

La montée en puissance du contrôle de conventionnalité de la loi aura eu pour effet de relativiser la valeur normative de la Constitution au sein de l'ordonnement normatif et aboutissait en pratique à un non sens juridique. En effet, comme l'exprime Laurent COHEN-TANUGI, « *Dans un État de droit constitutionnel, c'est en effet la Constitution et non la loi qui exprime le pacte social fondamental. La mission du juge constitutionnel, qui agit au nom du peuple, est alors de faire prévaloir ce pacte fondamental sur la volonté de majorités d'un moment* »⁷. Tel ne semblait plus le cas et les requérants confrontés à une loi contraire à la Constitution ne pouvaient qu'invoquer son inconstitutionnalité. Aussi, de manière paradoxale, le contexte juridique induit par le contrôle de conventionnalité devait favoriser l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois.

L'idée maîtresse de la réforme des institutions de 2008 aura été celle du rééquilibrage des pouvoirs de la République. Le volet « justice constitutionnelle » aura été marqué par l'ouverture aux justiciables de l'accès au Conseil constitutionnel. Cette innovation répond à un modèle de justice constitutionnelle libérale qui, au premier abord semble le rapprocher du modèle nord-américain. Cette évolution juridictionnelle allait renforcer le pouvoir du Conseil constitutionnel et par là même son rôle au sein des institutions nationales. L'exemple tiré d'expériences étrangères en la matière laisse supposer que l'apparition d'un contrôle *a posteriori* des lois constitue un tournant majeur dans la vie d'un État de droit.

Ainsi, Alexis de Tocqueville analysant les institutions américaines, notait la différence de rôle que tient le juge constitutionnel selon les conditions dans lesquelles il était amené à se prononcer sur la norme législative. Il notait ainsi :

« *Lorsqu'un juge à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il se prononce sur cette loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif* »⁸.

Le rôle tenu par le juge constitutionnel devait donc différer profondément en fonction de l'antériorité ou de la postériorité du contrôle de la norme législative. Il en est de même en France depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité qui aura ouvert la

⁷ L. COHEN-TANUGI, « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », *Le débat*, janvier-mars 1987, p. 53 et suivants.

⁸ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, Chap. IV, « Du pouvoir judiciaire aux États-unis et de son action sur la société politique ».

voie de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel (I) sans pour autant remettre en cause sa fonction première de régulateur des pouvoirs publics. Ce dernier réapparaît néanmoins, mais sous un angle renouvelé (II).

I. D'une fonction de régulateur des pouvoirs publics à une fonction juridictionnelle au service des justiciables :

La question prioritaire de constitutionnalité aura impacté sur la fonction jouée par le Conseil constitutionnel au sein des institutions de la République. Cette évolution du rôle joué par le Conseil apparaît à travers deux circonstances majeures : les modalités procédurales applicables devant lui en cas de contrôle *a posteriori* de la loi (A) et le type de contrôle qu'il applique lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (B).

A/ La procédure applicable en cas de question prioritaire de constitutionnalité, vecteur du changement de rôle joué par le juge constitutionnel :

La question prioritaire de constitutionnalité est examinée dans les conditions d'une instance juridictionnelle c'est à dire qu'elle se doit de garantir les principes d'impartialité et d'indépendance dont l'exercice de la justice est indissociable. Mais la justice constitutionnelle est une justice prestigieuse en raison des normes qu'elle juge, et quant aux conséquences qui en découlent. Tout particulièrement dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, l'impact des décisions rendues par le Conseil emporte une nette différence d'analyse et de contexte par rapport au contrôle *a priori* de la loi. Cette spécificité juridictionnelle apparaît tant au travers de la procédure qui lui est applicable (1) qu'au regard de la finalité qu'elle poursuit (2).

1. Une fonction juridictionnelle consacrée par une procédure spécifique :

La Loi organique du 10 décembre 2009⁹ modifiant l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel définit la procédure applicable en matière de question prioritaire de constitutionnalité. La procédure qu'elle

⁹ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

instaure diffère profondément de celle mise en œuvre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*.

En effet, la saisine sur le fondement de l'Article 61 de la Constitution est dite restreinte en ce que seules les autorités habilitées par la Constitution disposent d'un intérêt à discuter la constitutionnalité de la Loi. Sont ainsi autorisés à agir dans le cadre du contrôle *a priori*, le Président de la République, le Premier Ministre, les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ou 60 parlementaires.

La procédure utilisée est particulièrement simple. Avant la promulgation de la loi, les autorités instituées instaurent un débat auquel le Gouvernement s'il est à l'origine du projet de loi ou les parlementaires s'il s'agit d'une proposition de loi répondent à l'appui de conclusions défendues devant le Conseil constitutionnel¹⁰. Les débats devant ce dernier se tiennent à huis clos. Le Conseil constitutionnel est tenu de statuer dans le délai d'un mois¹¹. La procédure appliquée à l'occasion de cette saisine *a priori* revêt donc un caractère indiscutablement politique. La saisine du Conseil constitutionnel en fin de procédure d'adoption législative apparaît comme la dernière arme au service de la minorité parlementaire pour s'opposer au projet politique. Le juge constitutionnel intervient en jugeant en toute objectivité, sa décision va permettre de clore en droit le débat politique. Il apparaît ici dans sa fonction de régulateur de l'activité des pouvoirs publics.

Saisi sur la base de l'Article 61-1 de la Constitution (question prioritaire de constitutionnalité), la procédure diffère profondément. Le Conseil constitutionnel peut être saisi par toute partie au cours d'une instance juridictionnelle, lorsque l'issue du procès dépend de la conformité à la Constitution de la disposition législative. Parmi les conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, apparaît celle d'avoir été soulevée « *au cours d'une instance* » par une des parties au procès¹². L'intérêt à agir des parties va donc constituer le premier critère de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, avant même que les juridictions placées au sommet des deux ordres n'appliquent ceux relatifs à la recevabilité tels que fixés à l'article 23-2 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958¹³.

Le contrôle de constitutionnalité effectué dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité apparaît ici comme un moyen de droit accessoire et à disposition des

¹⁰ Article 61 de la Constitution.

¹¹ Article 61 de la Constitution.

¹² Articles 23-1 à 23-3 et 23-5 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958.

¹³ Article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

justiciables. La loi organique précise en effet que la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être soulevée d'office par le juge¹⁴.

La procédure appliquée en matière de question prioritaire de constitutionnalité fait de la question prioritaire de constitutionnalité un procès dans le procès. En effet, à peine d'irrecevabilité, elle doit être présentée dans un mémoire distinct et motivé¹⁵, qui va permettre de faciliter son traitement en lui faisant suivre un circuit distinct de la requête principale. Ici, le Conseil constitutionnel est tenu de statuer dans les trois mois de sa saisine¹⁶, à charge pour les juges du fond de surseoir à statuer, sauf exception¹⁷ dûment prévue par la loi organique, en attendant la décision du juge constitutionnel.

La Loi organique précise également que « *l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question* »¹⁸. Il apparaît donc à l'évidence que la question prioritaire de constitutionnalité, bien qu'initiée par les parties au procès dessert un intérêt général qui trouve dans l'effet *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel un écho certain.

L'innovation majeure en pratique est l'ouverture du prétoire constitutionnel aux justiciables. Comme le rappelle le Pr. Michel VERPEAUX, jusqu'alors les parties n'étaient que tolérées, et seulement dans le contentieux électoral¹⁹. Contrairement à la procédure applicable en matière de contrôle *a priori*, les audiences de question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel sont publiques²⁰. Comme devant toute juridiction, les débats devant le juge suprême, tout comme ceux tenus tout au long de la procédure sont soumis au principe du contradictoire. Les décisions rendues par le Conseil sont motivées et notifiées aux parties et communiquées soit au Conseil d'Etat soit à la Cour de cassation en fonction de la juridiction dont l'instance relève ainsi que le cas échéant à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée²¹.

¹⁴ Article 23-1 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

¹⁷ L'article 23-3 de l'ordonnance susvisée prévoit qu'en cas d'incarcération de la personne concernée par l'instance, mais également lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ou encore lorsque l'issue de le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits des parties.

¹⁸ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 codifiée à l'article 23-9 de l'Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁹ M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, n°2/2010, 25 janvier 2010, p. 88-93.

²⁰ Article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

²¹ Article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Le soin particulier qu'a pris le législateur organique pour encadrer la question prioritaire de constitutionnalité a eu pour objectif de conformer cette procédure au respect des règles applicables en matière de justice telles que définies par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

En effet, la Cour de Strasbourg avait précisé les conditions que devaient respecter les cours constitutionnelles lorsqu'elles statuaient. Si la Cour se refuse à contrôler l'activité juridictionnelle d'un juge constitutionnel statuant en matière électorale²², et qu'elle considère l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme inapplicable aux contrôles de constitutionnalité *a priori* en tant que ne mettant pas en cause des parties «civiles» au litige, il n'en va pas de même en cas de contrôle *a posteriori*. Dans ce cas, les parties au litige étant des parties civiles et le type de contrôle mis en œuvre étant de nature concrète, le juge constitutionnel doit respecter les règles posées par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH²³.

La finalité que poursuit la question prioritaire de constitutionnalité la démarque plus encore du contrôle de constitutionnalité *a priori*.

2. Une fonction juridictionnelle délimitée par la finalité de la question prioritaire de constitutionnalité :

La question prioritaire de constitutionnalité est au service des justiciables. Elle ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction relevant de la compétence de la Cour de cassation ou du Conseil d'État²⁴. Cette précision apportée par la loi organique exclut donc naturellement le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage.

Ce sont les parties qui orientent le débat et ce, pour plusieurs raisons. D'abord parce que la question prioritaire de constitutionnalité est un moyen de droit optionnel ouvert aux parties au procès. Comme l'exprimait le Pr. Bertrand MATHIEU devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale : « *La question de constitutionnalité est à la disposition du*

²² CEDH, 21 octobre 1997, *Jean-Pierre PIERRE-BLOCH*.

²³ Pour l'application de l'article 6 § 1 CEDH en cas de saisine directe du juge constitutionnel par un particulier : CEDH, 16 septembre 1996, *Süsmann c/ Allemagne* ; Pour l'application en cas de question préjudicielle posée à une Cour constitutionnelle par une juridiction ordinaire : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*. Également CEDH, 3 mars 2000, *Kremer c/ République tchèque*.

²⁴ Article 23-1 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958.

justiciable mais rien ne l'oblige à la poser »²⁵. Ensuite, parce que la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être soulevée d'office par le juge, mais seulement par les parties qui argumentent autour de la constitutionnalité des normes. Enfin, le Conseil constitutionnel est lié par les moyens soulevés devant lui et par ces seules conclusions. Un moyen nouveau soulevé devant lui ne peut qu'être rejeté. Ainsi en a-t-il jugé par exemple dans sa décision [*Cristallisation des pensions*]²⁶ dans laquelle il a jugé que :

« *Doivent être rejetées les conclusions des requérants tendant à ce que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution [d'une disposition législative] dès lors que ces dispositions ne figurent pas dans la question renvoyée par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel.* »

Sont donc écartées les conclusions des requérants tendant à ce que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution d'une disposition législative, dès lors que la disposition ne figure pas dans la question renvoyée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Il en va de même des conclusions du Premier ministre tendant à ce que le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la conformité à la Constitution de dispositions législatives lorsque la disposition ne figure pas au nombre de celles incluses dans la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée devant le juge constitutionnel²⁷.

Cette solution est appliquée de la même manière par les juges de cassation chargés d'assurer le contrôle des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil d'État a ainsi rejeté les moyens nouveaux soulevés devant lui à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité pour ces mêmes motifs²⁸.

L'utilité de la question prioritaire de constitutionnalité au service des justiciables a amené certains procès mettant en cause des personnalités politiques à tenter d'en détourner la finalité. Il en a ainsi été du procès de Jacques CHIRAC ou de Gaston FLOSSE. La question prioritaire de constitutionnalité devient alors ici une arme politique entre les mains des avocats. Et le Conseil constitutionnel est malgré lui, pris à partie, dès lors que l'issue du procès dépend de sa décision. La saisine du Conseil constitutionnel permet de gagner du temps sinon de passer outre la condamnation en cas de décision de non-conformité à la Constitution.

²⁵ Commission des lois, Assemblée nationale, XIIIe législature, compte rendu n°59, 23 juin 2009.

²⁶ CC n°2010-1 QPC, du 28 mai 2010, *Consorts L*. Considérant n°6.

²⁷ *Id.*

²⁸ CE, 06 avril 2011, n°345634.

Tel n'est pourtant pas la finalité première de la question prioritaire de constitutionnalité. Elle n'a d'ailleurs pas non plus pour objet de l'interroger, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle en vue de son application dans un litige²⁹.

La spécificité de la question prioritaire de constitutionnalité se poursuit sur le terrain du type de contrôle.

B/ Un mode de contrôle distinct du contrôle *a priori*

Saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel effectue un contrôle étendu, contrairement à celui qu'il effectue lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Cette différence de contrôle se situe tant au regard des normes qui sont invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (1) qu'au regard du type de contrôle effectué (2).

1. Par les normes invocables

L'article 23-1 de l'Ordonnance de 1958 prévoit que :

« Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. »

Le terme de « *droits et libertés garantis par la Constitution* » qui, à première vue, peut sembler évasif a été précisé tant par les textes d'application de la loi organique³⁰ qu'au fil de la jurisprudence QPC du Conseil. Aux normes écrites contenues dans le bloc de constitutionnalité à savoir : Constitution de 1958, Préambule de la Constitution de 1946, de

²⁹ CE, 16 avril 2010, *Joseph A.*, n°336270.

³⁰ Décrets n°2010-148 et 20100-149 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, de la Charte de l'environnement, s'adjoignent des principes non écrits. Si le Conseil constitutionnel contrôle au regard de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFR), il refuse cependant de contrôler sur la base d'objectifs de valeur constitutionnelle (OVC)³¹ en ce qu'ils constituent des objectifs constitutionnels qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre et ne constituent pas des droits constitutionnels au sens de l'article 23-1 de l'Ordonnance de 1958. Les OVC comme les « neutrons constitutionnels » ne peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en tant que ne contenant pas de charge normative. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen tiré de la contrariété de l'article L. 312-10 du code de l'éducation à l'article 75-1 de la Constitution en tant que constituant un moyen inopérant³². La question prioritaire de constitutionnalité ne peut davantage porter sur un vide législatif. Ainsi en a jugé la Cour de cassation qui, par un arrêt du 16 novembre 2010³³, a décidé de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité estimant que l'absence de dispositions instaurant une voie de recours contre une décision du Conseil supérieur de la Magistrature siégeant en formation disciplinaire ne relevait pas d'une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution au sens de l'article 23-1 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958, mais « *d'une absence de disposition* ».

Le cas de l'ordonnance constitue quant à elle un cas plus subtil. Le Conseil d'État a ainsi été amené à apprécier la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L. 232-22 et L. 232-23 du code du sport, tous deux issus de deux ordonnances distinctes. Il a jugé que la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 232-22 en ce qu'elle avait été ratifiée par une loi et devait donc être considérée comme revêtant le caractère d'une disposition législative au sens de l'article 23-1 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958. En revanche, l'article 232-23 du code du sport qui n'avait pas été ratifié par une loi relevait donc de la catégorie des dispositions réglementaires³⁴ et ne pouvait dès lors être soulevé à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La question prioritaire de constitutionnalité a été l'occasion pour le juge constitutionnel d'innover en admettant qu'un requérant pouvait le saisir pour apprécier « *la*

³¹ CC n°2010-3 QPC du 28 mai 2010, Union des familles en Europe. Egalement CC n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*.

³² CC n°2011-130 QPC du 20 mars 2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]*.

³³ Cass. Civ. 1^{ère}, QPC, 16 novembre 2010, *F-P-D*, n°10-60.366.

³⁴ CE, 11 mars 2011, *M. BENZONI*, req. n°341658.

constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative contestée »³⁵, position qu'il n'avait jusqu'alors pas adoptée dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Mais il précisera dans sa décision *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*³⁶ que l'interprétation jurisprudentielle constante ne peut venir que d'une des juridictions placées au sommet de l'ordre juridictionnel dont l'instance relève et non d'un juge du fond.

La différence de qualité des normes invocables dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité met en valeur la différence du contrôle opéré entre le contrôle *a priori* et *a posteriori*.

2. Par le type de contrôle effectué

Les modalités de contrôle appliquées dans le cadre du contrôle *a posteriori* diffèrent profondément de celles appliquées au contrôle *a priori*. Et pour cause, le Conseil constitutionnel n'intervient pas dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité en qualité de « *régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »³⁷ ou de « *juge de la répartition des compétences* »³⁸. Il a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler dans sa décision *Incompétence négative en matière fiscale*³⁹ : la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, le juge suprême va se concentrer sur la violation de la norme législative aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Le type de contrôle qu'il va alors effectuer est un contrôle limité aux moyens de constitutionnalité interne. En effet, si l'on retient la grille d'analyse établie par le Pr. D. ROUSSEAU⁴⁰, il existe quatre cas d'ouverture dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* : l'incompétence, le vice de procédure qui constituent des moyens

³⁵ CC n°2011-127 QPC du 06 mai 2011, *Consorts C. [faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins]*.

³⁶ CC n°2011-120 QPC du 08 avril 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*. Considérant n°9.

³⁷ CC n°62-20 DC, 6 novembre 1962, *Election du Président de la République au suffrage universel*.

³⁸ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2006, 25^e édition, p. 507.

³⁹ CC n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*.

⁴⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 6^e édition, 2001, p. 135.

de constitutionnalité externe, le détournement de pouvoir et la violation du bloc de constitutionnalité qui relèvent des moyens de constitutionnalité interne.

Saisi sur la base de l'article 61-1 de la Constitution, le CC ne recherche pas les vices de constitutionnalité tirés de moyens externes. Il a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler avec sa décision *Indemnités temporaires de retraites d'Outre mer*⁴¹, mais il se concentre sur les moyens de légalité interne, ce qui l'oblige à s'interroger sur l'intention du législateur pour en apprécier la proportionnalité de l'atteinte de la liberté ou du droit garanti au but poursuivi par le législateur. Telle est bien l'idée du constituant, puisque l'article 61-1 de la Constitution évoque « *une disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.* »

Le type de contrôle effectué par le Conseil est un contrôle *concret*, bien que de pur droit. En effet, si sa décision n'est pas rendue au regard des parties, le Conseil constitutionnel est saisi par leurs seules conclusions, lesquelles orientent le débat qui va se tenir devant lui. Le caractère concret de la question conditionne la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. De plus, l'Article 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel le pouvoir de différer l'abrogation de la loi inconstitutionnelle lorsque, au vu des circonstances de l'espèce, il apparaît utile de différer l'application de sa décision. Il peut également, toujours au regard du cas présenté devant lui, juger qu'une disposition législative n'est pas, en tant que telle, inconstitutionnelle, mais qu'elle le devient dans certaines conditions d'application. En ce cas, le Conseil a recours aux réserves d'interprétation, ce qui a pour conséquence de ne pas entraîner l'abrogation de la disposition législative.

La fonction juridictionnelle dans laquelle le Conseil est désormais versé n'a pas pour autant ajourné ses fonctions antérieures. Comme le constate le Pr. M. VERPEAUX, « *il est évident que les deux procédures a priori et a posteriori se cumulent et que, à ce stade, l'une n'a pas vocation à remplacer l'autre* »⁴². Le Conseil constitutionnel remplit toujours le rôle qu'il avait avant la réforme de 2008, mais de par les conséquences qu'impliquent la question prioritaire de constitutionnalité, son rôle de régulateur des pouvoirs publics apparaît sous un angle nouveau.

II. Un rôle renouvelé de régulateur des pouvoirs publics

⁴¹ CC n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*.

⁴² M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 25 janvier 2010, n°2/2010, p. 88.

L'autorité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, adjointe à la dévolution de la loi par l'effet de la question prioritaire de constitutionnalité dédouble les pouvoirs dévolus au juge suprême. Le pouvoir d'abrogation de la loi déclarée non conforme à la Constitution offre l'occasion de toiletter l'ordre normatif des dispositions législatives jugées inconstitutionnelles (A). Dès lors, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, la Constitution reprend sa force normative au sein de l'ordre interne (B). En effet, jusqu'alors, seul le contrôle de conventionnalité était invocable à l'occasion d'un procès et apparaissait comme le seul type de contrôle efficace de la norme au détriment de la Constitution. Ce quasi monopole de fait est désormais révolu.

A. Une fonction d'épurateur de l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles

Le champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité inclut toutes les lois que celles-ci aient été adoptées antérieurement à 1958 lesquelles, par définition, n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel ou postérieurement et n'auraient pas subi le contrôle de constitutionnalité. La question prioritaire de constitutionnalité permet donc au Conseil constitutionnel de remplir un rôle d'épurateur de l'État de droit. Les lois qui sont devenues inconstitutionnelles soit depuis leur origine, en raison de la transmission facultative au juge constitutionnel, soit par un changement de circonstances de fait ou de droit sont progressivement retirées de l'ordonnement normatif. Ont ainsi été jugés inconstitutionnels les articles 35 de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 ou encore l'article 26 de la loi n°81-734 du 3 août 1981 de finances rectificatives pour 1981 qui se référait à l'article 15 de la déclaration de principe du 19 mars 1962 (accords d'Evian) pour fixer les montants non révisables des pensions dues aux anciens combattants algériens et ainsi fonder en droit une disposition discriminante. De même, dans la décision *Tribunaux maritimes de commerce*⁴³, c'est l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande issu du Décret-loi du 29 juillet 1939 qui est sanctionné. Dans la décision *[carte du combattant]*⁴⁴, c'est au tour de l'article L. 253 bis du code des pensions militaires

⁴³ CC n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*.

⁴⁴ CC n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène A. [Carte du combattant]*

d'invalidité et des victimes de guerre de connaître la sanction du Conseil constitutionnel en tant que plaçant les anciens combattants d'Algérie dans une position d'inégalité par rapport aux autres combattants en raison de leur nationalité ou de leur résidence en France. Ou encore pour des motifs similaires dans sa décision *Comité Harkis et Vérité*⁴⁵.

Toutes ces lois répondaient à un équilibre social d'un moment de l'histoire de la République et sont progressivement entrées dans l'inconstitutionnalité du fait du changement des circonstances de droit et des valeurs de l'état social moderne.

L'article 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel des pouvoirs étendus. Le principe est clair : une disposition législative jugée contraire à la Constitution est annulée. Elle est donc retirée de l'ordonnancement normatif pour l'avenir. Néanmoins, lorsque l'intérêt de l'affaire le nécessite ou de façon à donner au législateur le temps de prendre des nouvelles dispositions applicables aux instances en cours à la date de sa décision, le Conseil peut différer la date de prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Ainsi, en a-t-il été par exemple dans sa décision *Cristallisation des pensions*⁴⁶. C'est donc en véritable métronome de l'instance juridictionnelle qu'il apparaît à côté de sa fonction de régulateur de la norme législative.

L'étendue de ces pouvoirs, couplés aux effets de la loi abrogée sur la sécurité juridique n'est pas sans conséquence sur la force légitime de la loi. Cette raison avait d'ailleurs motivé le refus opposé par le Sénat aux projets de révision constitutionnelle antérieurs à 2008 créant un contrôle *a posteriori* de la loi.

Désormais directement invocable par un justiciable à l'occasion d'un procès, la Constitution retrouve un intérêt de premier ordre au sein de l'ordonnancement juridique. A ce premier constat s'ajoute l'ordre de priorité d'analyse en faveur de la question prioritaire de constitutionnalité imposé par la loi organique lorsque le juge est saisi tout à la fois d'une telle demande concomitamment à une question préjudicielle devant la CEDH.

Dans ce contexte, le contrôle *a posteriori* de la loi revêt un relief certain dans le contexte juridique nouveau induit par la diffusion du contrôle de conventionnalité.

B. La QPC, garante de la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne

⁴⁵ CC n°2010-93 QPC du 4 février 2011.

⁴⁶ CC n°2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*.

L'invocabilité de la Constitution par tout justiciable y ayant intérêt constitue à elle seule un moyen révolutionnaire au sein d'un Etat de droit marqué par une tradition juridique pratiquant le culte de la loi. Ce repositionnement de la norme suprême qui s'ensuit apparaît clairement recherché par le législateur organique⁴⁷ et validité par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*⁴⁸, avait jugé :

« qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; qu'ainsi, elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 »⁴⁹.

Loin de faire concurrence au contrôle de conventionnalité, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* constitue un moyen de droit complémentaire et alternatif au contrôle de conventionnalité. Et pour cause. Comme le rappellera le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régularisation des jeux d'argent et de hasard en ligne*⁵⁰, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* fondé sur l'article 61-1 de la Constitution ne relève pas de la même nature parce celui réalisé sur la base de l'article 55 pour les engagements internationaux. Par conséquent, le contrôle de conformité des lois à la Constitution incombe au Conseil constitutionnel et celui des engagements internationaux ou européens de la France aux juridictions administratives et judiciaires⁵¹.

⁴⁷ Article 23-5 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

⁴⁸ CC n°2009-595 DC du 3 décembre 2009.

⁴⁹ Considérant n°14.

⁵⁰ CC n°2010-605 DC du 12 mai 2010.

⁵¹ Considérant n°11.

Ce rappel à la Constitution a eu pour effet de mettre un terme à la tentative avortée de la Cour de cassation de faire sanctionner par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité⁵². Par un retentissant arrêt du 22 juin 2010, la grande chambre de la CJUE conclura à la compatibilité du contrôle *a posteriori* avec l'article 267 TFUE au motif que si cet article s'oppose à ce que :

« 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 d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales 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 inappliqué, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. »*

La question prioritaire de constitutionnalité est donc « euro-compatible » et trouve sa place au sein du mécanisme de contrôle préjudiciel qui lui préexiste tout en redorant le blason de la Constitution.

* *
*
*
*

⁵² Cass. Plénière 29 juin 2010, n°10-40002.

La question prioritaire de constitutionnalité constitue sans nul doute un tournant majeur dans la vie du Conseil constitutionnel. L'important nombre de questions posées sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution suffit à démontrer à quel point la réforme de 2008 était attendue.

Le rôle joué par le Conseil constitutionnel est ainsi subitement passé de celui de régulateur de l'activité des pouvoirs publics au moyen notamment d'un contrôle substantiel des lois, à une fonction juridictionnelle au service des justiciables. L'activité du Conseil s'en est trouvée fortement chamboulée, tant en terme de procédure que de fréquence de sessions. Cette procédure nouvelle en France offre à la Constitution l'occasion de devenir l'objet d'un engouement nouveau.

Loin d'être une norme inaccessible, elle réapparaît avec la question prioritaire de constitutionnalité comme la norme première, expression du pacte social fondamental.