

Les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit

Marc Guerrini

*Doctorant contractuel chargé d'enseignement, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
Institut Louis Favoreu – GERJC*

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 introduit pour la première fois en France un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi à travers la question prioritaire de constitutionnalité. Ce mécanisme « marque l'aboutissement d'une évolution commencée avec la Constitution de 1958 pour instaurer dans notre droit une véritable hiérarchie des normes qu'une longue tradition de souveraineté absolue de la loi avait jusqu'alors rendue impossible »¹. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose ainsi que « 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 ». Les exigences découlant du respect de la hiérarchie des normes auront désormais pour nouveau vecteur une potentielle remise en cause de la loi déjà entrée en vigueur, modifiant durablement la « physionomie du contrôle de constitutionnalité des lois en France »². Pour autant, à la seule lecture de l'article 61-1 de la Constitution, apparaissent d'emblée les limites encadrant l'utilisation de cette nouvelle voie de droit désormais ouverte aux citoyens. En effet, les seuls moyens recevables à l'appui d'une telle question sont ceux touchant, selon l'expression consacrée par le pouvoir constituant, aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Si la loi peut désormais faire l'objet d'une contestation postérieure à son entrée en vigueur, cette contestation n'est possible qu'à l'appui de certains moyens d'inconstitutionnalité, l'ensemble de la norme fondamentale ne pouvant être mobilisé dans le cadre de cette procédure. L'intangibilité de la loi s'apparente ainsi à un « mythe brisé »³ mais seulement dans le respect de certaines conditions de fond. Est alors apparue une première interrogation : quelles normes relèvent de ces « droits et libertés que la Constitution garantit » et, à l'inverse, quelles normes en sont exclues ?

L'idée générale qui ressort des discussions ayant précédé l'adoption de la loi constitutionnelle consiste à exclure du champ de la question prioritaire les normes de compétences et de procédure pour n'y faire entrer que les règles substantielles. On pourrait alors avancer à ce stade que la contrôle *a priori* de la loi serait ouvert aux moyens de constitutionnalité interne comme externe de la loi alors que la question prioritaire serait limitée aux seuls moyens de constitutionnalité interne. Comme a notamment pu le souligner Bruno Genevois « les positions sont plus nuancées au stade de l'examen du projet de loi organique et traduisent une volonté de

¹ Discours de Nicolas Sarkozy, Président de la République, prononcé au Conseil constitutionnel le lundi 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 11.

² PHILIPPE (Xavier), « 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*, n° 82, 2010, p. 275.

³ DONNARUMMA (Maria Rosaria), « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi », *RFDC*, n° 76, 2008, pp. 797-837.

s'en remettre à la jurisprudence du Conseil constitutionnel»⁴. C'est donc vers l'œuvre jurisprudentielle du juge constitutionnel qu'il faut désormais s'orienter. Ce dernier a, en effet, entamé la délicate tâche consistant à circonscrire la notion de «droits et libertés que la Constitution garantit». Au terme des premiers mois d'existence de la question prioritaire, il est possible de remettre en cause une distinction uniquement fondée sur les moyens de constitutionnalité interne et externe de la loi. En effet, la démarche d'identification des droits et libertés constitutionnellement garantis entreprise par le Conseil constitutionnel rend cette typologie des cas d'ouverture en partie artificielle en tant qu'elle ne reflète pas les premières subtilités apparues au cœur du raisonnement du juge. Pourtant, cette distinction aurait eu bien des avantages. C'est notamment ce qu'a pu souligner Ariane Vidal-Naquet, à propos du contrôle *a priori* de la loi mais qui est transposable, *mutatis mutandis*, au contrôle *a posteriori*. Une telle classification des cas d'ouverture permet de rassurer, d'appliquer «au contrôle de constitutionnalité des lois une grille d'analyse familière»⁵ et, finalement, de pouvoir «déduire de la mise en œuvre de techniques juridictionnelles le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel»⁶. Il est donc nécessaire de rechercher une lecture différente de l'approche jurisprudentielle entamée qui puisse refléter de manière plus fidèle la classification des normes constitutionnelles à laquelle on assiste.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle fait naître l'idée que, dans le cadre de cette nouvelle voie de droit que constitue la question prioritaire de constitutionnalité, il existerait s'agissant des moyens invocables un cœur central de droits et libertés ainsi qu'une périphérie plus ou moins lointaine. Les droits et libertés que la Constitution garantit semblent constituer une catégorie caractérisée par une invocabilité directe des normes qui s'y trouvent intégrées à l'appui d'une question prioritaire. Ils forment un centre au sens de «point où les choses, comme sollicitées par quelques forces, se réunissent et atteignent leur plus grande action, d'où elles émanent, se répandent et exercent leur influence»⁷. Le Conseil constitutionnel a, pour l'heure, intégré à ce noyau central la dignité de la personne humaine⁸, le principe d'égalité⁹, la liberté

⁴ GENEVOIS (Bruno), «Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009», RFDA, 2010.

⁵ VIDAL-NAQUET (Ariane), «Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois», RFDA, septembre-octobre 2008, p. 905.

⁶ *Ib. id.*, p. 907.

⁷ Définition de «centre», Dictionnaire de français *Littré*.

⁸ Décisions N° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres- Garde à vue*. N° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.- Fichier empreintes génétiques*. N° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S - Hospitalisation sans consentement*.

⁹ Décisions N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*. N° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*. N° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Loi anti-perruche*. N° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Eponx L*. N° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autres*. N° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010, *Mme Virginie M*. N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*. N° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*. N° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Labcène A*. N° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E*. N° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres- Loi Université*. N° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres*. N° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Eponx M. - Impôt de solidarité sur la fortune*. N° 2010-39 QPC du 6 août 2010, *Mmes Isabelle D et Isabelle B - Adoption au sein d'un couple non marié*. N° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres - Représentativité des syndicats*. N° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau - Imposition due par une société agricole*. N° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino - Prélèvement sur le produit des jeux*. N° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs - Juge unique*. N° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres - Taxe sur les surfaces commerciales*. N° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres - Taxe générale sur les activités polluantes*. N° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région - Représentation des professions de santé libérales*. N° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M - Lutte contre l'évasion fiscale*. N° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L - Tribunaux des affaires de sécurité sociale*. N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited - Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010, *M. Boubakar B - Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction*. N° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G - Rente viagère d'invalidité*. N°

d'expression¹⁰, la liberté personnelle¹¹, le droit au respect de la vie privée¹², le droit de mener une vie familiale normale¹³, le droit au travail¹⁴, le droit pour tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence¹⁵, la liberté d'association¹⁶, les droits de la défense¹⁷, le principe d'indépendance des enseignants chercheurs¹⁸, le principe de responsabilité¹⁹, le droit au recours juridictionnel effectif²⁰, la sécurité juridique, la

2010-88 QPC du 21 janvier 2011, *Mme Danièle B – Evaluation du train de vie*. N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C et autres – Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*. N° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *M. Robert C – Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique*. N° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité – Allocation de reconnaissance*.

N° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N – Mise à la retraite d'office*. N° 2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société Laval distribution – Taxe sur l'électricité*. N° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis L – Zone des 50 pas géométriques*. N° 2010-101 QPC du 11 février 2011, *Mme Monique P et autres – Professionnels libéraux soumis à une procédure collective*. N° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N – Impôt de solidarité sur la fortune. Plafonnement*. N° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. - Pension de réversion des enfants*. N° 2011-112 QPC du 1 avril 2011, *Mme Marielle D. - Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*. N° 2011-119 QPC du 1 avril 2011, *Mme Denise R. et autre - Licenciement des assistants maternels*. N° 2011-113/115 QPC du 1 avril 2011, *M. Xavier P. et autre - Motivation des arrêts d'assises*. N° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre - Calcul des effectifs de l'entreprise*. N° 2011-121 QPC du 29 avril 2011, *Société UNILEVER FRANCE - Taux de TVA sur la margarine*. N° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, *Consorts C. - Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins*. N° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP - Conseil d'administration de l'Agence France-Presse*.

¹⁰ Décision N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

¹¹ Décision N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C et autres – Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*.

¹² Décision N° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. - Fichier empreintes génétiques*.

¹³ Décisions N° 2010-39 QPC du 6 août 2010, *Mmes Isabelle D et Isabelle B – Adoption au sein d'un couple non marié*. N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C et autres – Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*.

¹⁴ Décision N° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N – Mise à la retraite d'office*.

N° 2011-119 QPC du 1 avril 2011, *Mme Denise R. et autre - Licenciement des assistants maternels*.

¹⁵ Décision N° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T. - Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé*.

¹⁶ Décision N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

¹⁷ Décisions N° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*. N° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres - Garde à vue*. N° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres – Retenue douanière*. N° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs – Juge unique*. N° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M – Lutte contre l'évasion fiscale*. N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F – Communication d'informations en matière sociale*. N° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z – Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. N° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M – Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention*. N° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C – Responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale*. N° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. - Déferement devant le procureur de la République*. N° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre - Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence*.

¹⁸ Décisions N° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres - Loi Université*.

¹⁹ Décisions N° 2010-2 QPC du 11 Juin 2010, *Loi anti-perruche*. N° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epoux L*. N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*. N° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, *Consorts C. - Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins*.

²⁰ Décisions N° 2010-2 QPC du 11 Juin 2010, *Loi anti-perruche*. N° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres – Perquisitions Fiscales*. N° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G. – Amende forfaitaire et droit au recours*. N° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S – Hospitalisation sans consentement*. N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited – Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C – Responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale*. N° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B – Concession du stade de France*. N° 2011-119 QPC du 1 avril 2011, *Mme Denise R. et autre - Licenciement des assistants maternels*. N° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A. - Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*. N° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre - Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence*. N° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat - Actes internes des Assemblées parlementaires*.

séparation des pouvoirs et la garantie des droits²¹, le principe de légalité des délits et des peines²², les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines²³, le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère²⁴, la présomption d'innocence et l'interdiction de toute rigueur non nécessaire²⁵, les principes d'indépendance et d'impartialité du juge²⁶, le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle²⁷, le droit de propriété²⁸, la

²¹ Décisions N° 2010-2 QPC du 11 Juin 2010, *Loi anti-perruche*. N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*. N° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres – Perquisitions Fiscales*. N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*. N° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino – Prélèvement sur le produit des jeux*. N° 2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA – Intangibilité du bilan d'ouverture*. N° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis L – Zone des 50 pas géométriques*. N° 2010-102 QPC du 11 février 2011, *M. Pierre L – Monopôle des courtiers interprètes et conducteurs de navires*. N° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B – Concession du stade de France*. N° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. - Financement des campagnes électorales et inéligibilité*. N° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. - Biens des sections de commune*.

²² Décisions N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZETurf Limited – Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Etablissement Darty et fils – Déséquilibre significatif dans les relations commerciales*. N° 2011-113/115 QPC du 1 avril 2011, *M. Xavier P. et autre - Motivation des arrêts d'assises*.

²³ Décisions N° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A et autres*. N° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010, *Société Cdiscount et autres – Publication du jugement de condamnation*. N° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010, *M. Thierry B. – Annulation du permis de conduire*. N° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres – Prohibition des machines à sous*. N° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M – Lutte contre l'évasion fiscale*. N° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, *M. Thibaut G – Confiscation de véhicules*. N° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, *M. Jean-Marc P – Rétroactivité de la loi pénale plus douce*. N° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D et autres – Publication et affichage du jugement de condamnation*. N° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011, *SNC Eiffage Construction Val-de-Seine – Coïtisation 1% logement*. N° 2010-104 QPC du 17 mars 2011, *Epoux B – Majoration fiscale de 80% pour activité occulte*. N° 2010-103 QPC du 17 mars 2011, *Société Seras II – Majoration fiscale de 40% pour mauvaise foi*. N° 2010-105/106 QPC du 17 mars 2011, *M. César S. et autres – Majoration fiscale de 40% après mise en demeure*. N° 2011-111 QPC du 25 mars 2011, *Mme Selamet B. - Indemnité légale pour travail dissimulé*. N° 2011-114 QPC du 1 avril 2011, *M. Didier P. - Déchéance de plein droit des juges consulaires*. N° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. - Financement des campagnes électorales et inéligibilité*. N° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, *Mme Catherine B. - Majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt*.

²⁴ Décisions N° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres – Perquisitions Fiscales*. N° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société Plombinoise de Casino – Prélèvement sur le produit des jeux*.

²⁵ Décisions N° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres- Garde à vue*. N° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.- Fichier empreintes génétiques*. N° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres – Garde à vue terrorisme*. N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F – Communication d'informations en matière sociale*. N° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z – Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. N° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F – Mise à disposition de la justice*. N° 2011-119 QPC du 1 avril 2011, *Mme Denise R. et autre - Licenciement des assistants maternels*.

²⁶ Décisions N° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*. N° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L – Tribunaux des affaires de sécurité sociale*. N° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. - Composition de la commission départementale d'aide sociale*.

²⁷ Décisions N° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres- Garde à vue*. N° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.- Fichier empreintes génétiques*. N° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres – Garde à vue terrorisme*. N° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S – Hospitalisation sans consentement*. N° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F – Mise à disposition de la justice*.

²⁸ Décisions N° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*. N° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *SARL l'Office central d'accession au logement- Immeubles insalubres*. N° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF- Cession gratuite de terrain*. N° 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, *Epoux A – Transfert de propriété des voies publiques*. N° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B – Mur Mitoyen*. N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F – Communication d'informations en matière sociale*. N° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes – Transferts de biens publics*. N° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jacques S – Réparation du préjudice résultant de l'expropriation*. N° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis L – Zone des 50 pas géométriques*. N° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N – Impôt de solidarité sur la fortune. Plafonnement*. N° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. - Biens des sections de commune*. N° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre - Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence*.

libre administration des collectivités territoriales²⁹, l'autonomie financière des collectivités territoriales³⁰, le principe de la souveraineté nationale³¹, la liberté d'aller et venir³², la liberté d'entreprendre³³, la liberté contractuelle³⁴, la liberté syndicale³⁵, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail³⁶, le droit de vivre dans un environnement sain, le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, le devoir de prévenir les atteintes susceptibles d'être portées à ce dernier et le devoir de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement³⁷. Enfin, il est possible d'avancer que le Conseil ne semble pas exclure du champ des droits et libertés garantis par la Constitution l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensées et d'opinion³⁸. On peut constater ici qu'une classification des droits et libertés que la Constitution garantit en fonction de la nature de la norme constitutionnelle concernée est également délicate dans la mesure où sont présents dans cette catégorie des droits et libertés « classiques », des principes constitutionnels, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République voire même des objectifs de valeur constitutionnelle.

Mais en marge de ce centre des droits et libertés, des moyens périphériques ont émergé dans la jurisprudence constitutionnelle. Cette périphérie ne constitue pas une catégorie tout à fait homogène et il est possible de distinguer une périphérie proche et une périphérie lointaine ou ultra-périphérie. La première serait constituée de moyens en principe irrecevables à l'appui d'une question prioritaire mais qui, dans certaines conditions, pourraient être accueillis avec faveur. On peut citer ici le cas de l'incompétence négative du législateur consistant en un « refus d'exercer sa

²⁹ Décisions N° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*. N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*. N° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne – Mesure d'accompagnement social personnalisé*. N° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete – Contrôle de légalité des actes des communes en Polynésie française*. N° 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes d'Armor – Financement de la protection de l'enfance par les départements*.

³⁰ Décisions N° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne – Mesure d'accompagnement social personnalisé*. N° 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes d'Armor – Financement de la protection de l'enfance par les départements*.

³¹ Décision N° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

³² Décision N° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autres*.

³³ Décisions N° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres – Prohibition des machines à sous*. N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F – Communication d'informations en matière sociale*. N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited – Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine – Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement*. N° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre – Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence*.

³⁴ Décisions N° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *M. Claude F – Communication d'informations en matière sociale*.

³⁵ Décisions N° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres – Représentativité des syndicats*. N° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie – Représentativité syndicale*. N° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région – Représentation des professions de santé libérales*. N° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre – Calcul des effectifs de l'entreprise*.

³⁶ Décisions N° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres – Représentativité des syndicats*. N° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie – Représentativité syndicale*. N° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels et organismes sociaux*. N° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre – Calcul des effectifs de l'entreprise*. N° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP – Conseil d'administration de l'Agence France-Presse*.

³⁷ Décision N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre – Troubles du voisinage et environnement*.

³⁸ Décision N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*. Ici, le Conseil constitutionnel se contente de dire que ce moyen est « en tout état de cause inopérant » dans la mesure où la disposition législative contestée n'est relative ni à la vie politique ni aux médias. Il ne dit donc pas que cet OVC est par principe exclu des droits et libertés que la Constitution garantit.

compétence accompagné d'une subdélégation»³⁹. Ce moyen, traditionnellement considéré comme un moyen de constitutionnalité externe de la loi, est en principe exclu du champ des droits et libertés que la Constitution garantit mais il pourra devenir opérant à l'appui d'une question prioritaire dès lors que se trouve affecté un tel droit ou une telle liberté garanti par la Constitution⁴⁰. S'agissant de l'ultra-périphérie des droits et libertés que la Constitution garantit, elle serait quant à elle constituée de moyens totalement exclus de la question prioritaire et qui ne pourront en aucun cas être invoqués à l'appui de cette dernière. Le Conseil constitutionnel a pour l'heure rangé dans une telle périphérie lointaine l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne tiré de l'article 88-1 de la Constitution⁴¹, l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁴², l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice⁴³, le principe de consentement à l'impôt⁴⁴, la possibilité de consulter les électeurs en cas de modification des limites d'une collectivité territoriale⁴⁵, le principe de péréquation financière entre collectivités territoriales⁴⁶, les règles de procédure législative⁴⁷ et enfin le fait que les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France⁴⁸.

Au regard de ces différents éléments, de la définition la plus récente et nécessairement partielle des droits et libertés garantis par la Constitution et de la périphérie qui se dessine, il apparaît bien délicat de construire une grille d'analyse satisfaisante de la démarche d'identification conduite par le juge constitutionnel. En revanche, l'étude de ce champ périphérique ne se limite pas à un simple intérêt contentieux mais révèle, bien davantage, des implications touchant aux objectifs même de la réforme constitutionnelle introduisant en France ce contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Cette dernière visait essentiellement trois objectifs : assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique, permettre aux citoyens de faire valoir leurs droits qu'ils tiennent de la Constitution et enfin assurer la prééminence de cette dernière⁴⁹. Or, il apparaît que la consistance des moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit va avoir un impact plus ou moins direct sur ces objectifs. Le fait, pour le juge constitutionnel, de ranger telle ou telle norme constitutionnelle au sein de cette catégorie ou au contraire de l'intégrer dans le champ des droits et libertés garantis, va contribuer soit à servir soit à desservir les finalités de la réforme.

³⁹ GALLETTI (Florence), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC, n° 58, 2004, p. 391.

⁴⁰ Décisions N° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*. N° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF- Cession gratuite de terrain*. N° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P – Noms de domaine internet*. N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZETurf Limited – Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activité de Blotzheim et autres – Projet d'intérêt général*.

⁴¹ Décision N° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

⁴² Décision N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*.

⁴³ Décision N° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Mme Barta Z – Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*.

⁴⁴ Décisions N° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*. N° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres – Perquisitions Fiscales*.

⁴⁵ Décision N° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

⁴⁶ Décision N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*.

⁴⁷ Décision N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*.

⁴⁸ Décision N° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Céline L et autres – Langues régionales*.

⁴⁹ Rapport de Jean-Luc Warsmann 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 relatif à l'application de l'article 61-1 de ma Constitution.

I. *De la volonté de permettre aux citoyens de faire valoir leurs droits constitutionnels*

Le premier objectif de l'introduction en France de la question prioritaire de constitutionnalité fut de permettre aux citoyens de faire valoir les droits que la Constitution leur confère. L'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi semble donc, à première vue, entièrement tourné vers le citoyen et la limitation des moyens invocables aux seuls droits et libertés que la Constitution garantit corrobore ce sentiment dans la mesure où l'idée serait de ne garantir dans ce cadre que les droits substantiels qui concernent directement les citoyens. Le succès rencontré par cette procédure semble également conduire à considérer cet objectif comme pleinement réalisé. Des citoyens victimes de ruptures d'égalité, de méconnaissances de leurs droits de la défense, d'applications de peines non individualisées, d'atteinte à leur dignité ou encore à leur droit de propriété ont désormais trouvé un prétoire où revendiquer les droits qu'ils tirent de la norme fondamentale. On ne peut le nier, la Constitution s'est rendue accessible et mobilisable par les citoyens. Le contrôle de constitutionnalité, réservé jusqu'alors à des autorités politique et n'éveillant l'intérêt que d'un cercle restreint d'initiés, s'est démocratisé. La procédure suivie est peut-être le meilleur signe de cette démocratisation. Les audiences devant le Conseil constitutionnel sont publiques et sont retransmises non seulement dans une salle spécialement aménagée mais également sur internet. Olivier Duhamel rapporte que l'audience relative à la garde-à-vue a fait l'objet de dix mille connexions et que chaque décision en fait l'objet de plusieurs milliers. « Près de cent mille visiteurs se rendent chaque mois sur le site du Conseil constitutionnel »⁵⁰. Sans pour autant remettre en cause l'apport incontestable de la question prioritaire de constitutionnalité en ce domaine, l'identification, par le juge constitutionnel, des moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit, permet en premier lieu de relativiser cette notion de droits constitutionnels appartenant aux citoyens qui constituerait la vocation unique du contrôle *a posteriori* de la loi. Par ailleurs, la formation de cette périphérie permet également d'avancer qu'il existe un bénéfice variable de la question prioritaire selon la catégorie de citoyen concernée.

A. *La relativisation de la notion de droits constitutionnels appartenant aux citoyens*

La jurisprudence du Conseil constitutionnel entamant la répartition des normes constitutionnelles entre les droits et libertés que la Constitution garantit et les moyens qui leur sont périphériques conduit à s'interroger sur l'emploi du déterminant possessif « leurs » unissant les citoyens et les droits constitutionnellement garantis. La question consiste à se demander si la périphérie des droits et libertés permet toujours de considérer que la question prioritaire a pour objectif de permettre aux citoyens de faire valoir « leurs » droits constitutionnels. Une réponse en forme de triptyque peut ici être apportée : la question prioritaire n'épuise pas tous leurs droits, elle ne vise pas que leurs droits et enfin ne concerne pas uniquement des droits.

1. Une procédure n'épuisant pas tous les droits des citoyens

Il est possible d'avancer que le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité ne mobilise pas tous les droits des citoyens. Au regard de la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel,

⁵⁰ DUHAMEL (Olivier), « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 187.

ce dernier semble avoir exclu certaines normes dont on aurait pu estimer qu'elles constitueraient des droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution. On peut évoquer ici le principe selon lequel tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. Ce principe du consentement à l'impôt fut exclu du champ des droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel estimant que ces dispositions « n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »⁵¹. Certes, les principes contenus dans l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen peuvent être considérés comme des droits indirects des citoyens, consacrant une règle constitutionnelle en vertu de laquelle « seuls les représentants du peuple ont le droit de créer un impôt et d'autoriser chaque année le gouvernement à le lever en appliquant la loi fiscale en vigueur »⁵². Le consentement à l'impôt étant « la pierre angulaire du développement historique de la démocratie représentative »⁵³. Cependant, deux arguments peuvent remettre en cause l'exclusion de ce principe des droits et libertés garantis par la Constitution. Premièrement, la dimension indirecte et représentative des principes contenus dans l'article 14 de la DDHC ne semble pas constituer un obstacle insurmontable à leur reconnaissance en tant que moyens invocables à l'appui d'une question prioritaire. Le Conseil constitutionnel fournit lui-même la justification de cette affirmation dans la mesure où il n'a curieusement pas écarté des droits et libertés que la Constitution garantit le principe de la souveraineté nationale. En effet, il a estimé « qu'en tout état de cause » la disposition législative contestée « ne met en cause ni la définition de la souveraineté nationale ni les conditions de son exercice »⁵⁴. Or, l'article 3 de la Constitution ne précise-t-il pas que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du referendum » ? Deuxièmement, il est vrai que cette disposition constitutionnelle a fait l'objet de peu de développements dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori de la loi. Pour autant, ces développements sont suffisants pour démontrer qu'en certaines circonstances, peut découler de l'article 14 de la Déclaration des droits de 1789 un intérêt direct du citoyen qui aurait pu incontestablement constituer un moyen légitimement invocable à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Pour ne prendre qu'un exemple, il est possible de mentionner la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1995 *Loi de finances pour 1996*. Cette affaire concernait le maintien d'une majoration de prélèvement au profit de l'Etat, majoration qui fut instaurée en vue de financer une certaine opération qui depuis lors avait pris fin. Sur le fondement de l'article 14 de la Déclaration de 1789, les requérants contestaient ce maintien de la majoration au regard du principe de nécessité de l'impôt. Le juge constitutionnel ne fera pas droit à leur demande dans la mesure où il n'existait pas d'affectation formelle de la majoration au financement de l'opération concernée⁵⁵. Un tel cas pourrait facilement être transposable au contrôle a posteriori de la loi et il n'est pas difficile d'imaginer alors, l'intérêt des citoyens de contester une disposition législative au regard des principes contenus dans l'article 14 de la DDHC.

Il est également possible de s'interroger sur l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ce dernier a été exclu du champ des droits et libertés que la Constitution garantit pour être rangé parmi les moyens périphériques non invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel estime en effet que « sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de

⁵¹ Décision N° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres – Perquisitions Fiscales*.

⁵² RENOUX (Thierry), DE VILLIERS (Michel), *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2005, p. 177.

⁵³ *Ib. id.*

⁵⁴ Décision N° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, considérant 5.

⁵⁵ Décision N° 93-369 DC du 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996*, Rec. p. 257.

constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »⁵⁶. Pourtant, cet objectif ne dispose pas d'une fonction tout à fait similaire à celle des autres OVC. En effet, sa finalité est moins de permettre au législateur de limiter certains droits ou libertés constitutionnels que de lui imposer une véritable obligation positive. Comme le souligne Laure Milano « cette spécificité de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est liée à sa fonction de norme de protection, car sans une connaissance effective des normes qui leur sont applicables, les citoyens ne seraient pas en mesure de faire respecter leurs droits fondamentaux. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité apparaît comme une exigence première qui conditionne l'accès aux autres droits »⁵⁷. Le citoyen est donc au cœur de cette exigence de légiférer de manière claire et intelligible. Les fondements textuels de cet objectif témoignent de cet aspect. En effet, ce dernier repose principalement sur les articles 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme consacrant respectivement l'égalité devant la loi et la garantie des droits, dispositions constitutionnelles qui ont toutes deux été intégrées dans le champ des droits et libertés que la Constitution garantit⁵⁸. Il aurait donc été possible d'imaginer que les citoyens puissent invoquer à l'appui d'une question prioritaire un moyen tiré de la méconnaissance de cet OVC car « pour être réellement égaux devant la loi, les citoyens doivent tous pouvoir la connaître et la comprendre (...) de plus, afin de pouvoir défendre et garantir leurs droits, il est nécessaire qu'ils aient une connaissance et une compréhension suffisante de la loi »⁵⁹. Cette position peut d'autant plus être soutenue que le Conseil constitutionnel a témoigné d'une attitude moins tranchée s'agissant de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinion qu'il n'a pas expressément exclu du champ des droits et libertés que la Constitution garantit, précisant simplement que ce moyen était « en tout état de cause inopérant » dans la mesure où la disposition législative contestée n'était relative ni à la vie politique ni aux médias⁶⁰.

2. Une procédure ne visant pas que les droits des citoyens

Il est désormais incontestable que les moyens invocables dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi concernent principalement et directement les citoyens. On peut citer, pour exemple, le principe d'égalité, la présomption d'innocence, les droits de la défense, la dignité de la personne ou encore la liberté d'expression⁶¹. Cependant, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du champ des droits et libertés que la Constitution garantit ainsi que de leur périphérie montre que les citoyens ne sont pas seuls à bénéficier de la garantie des droits promue par la jeune question prioritaire de constitutionnalité. Si l'objectif initial fut de permettre aux citoyens de faire valoir leurs droits constitutionnels, ils ne sont désormais plus les seuls à pouvoir s'en prévaloir. C'est ainsi que les collectivités territoriales ont nourri une part relativement importante du contentieux constitutionnel, le Conseil ayant intégré certains droits qui leurs sont propres dans la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit. Dès sa décision n° 2010-12 QPC, le juge constitutionnel accueille favorablement le moyen de la commune de Dunkerque tiré de la méconnaissance par la disposition législative contestée de la libre administration des collectivités territoriales⁶². Cette solution sera par la suite régulièrement confirmée⁶³. Le Conseil constitutionnel admettra ensuite un moyen tiré de la méconnaissance du

⁵⁶ Décision N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*.

⁵⁷ MILANO (Laure), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », RDP, n° 3, 2006, p. 649.

⁵⁸ Voir *Supra*

⁵⁹ MILANO (Laure), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *op. cit.*, p. 649.

⁶⁰ Décision N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

⁶¹ Voir *Supra*

⁶² Décision N° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

⁶³ Décisions N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*. N° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne – Mesure d'accompagnement social personnalisé*. N°

principe d'autonomie financière des collectivités territoriales⁶⁴. Une telle extension apparaissait ici logique dans la mesure où l'autonomie financière est elle-même une garantie de la libre administration des collectivités territoriales. Force est de constater que les collectivités peuvent elles aussi faire valoir leurs droits constitutionnels dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. La seule réserve actuelle est l'exclusion du principe de péréquation financière entre collectivités territoriales. Ce principe consiste en un « aménagement du partage entre elles des ressources pour redistribuer des moyens inversement proportionnels à leur richesse »⁶⁵. Le juge constitutionnel a estimé qu'un tel principe devrait être mis en périphérie des droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution, considérant que « si cette disposition a pour but de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité par l'instauration de mécanismes de péréquation financière, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »⁶⁶.

3. Une procédure ne concernant pas uniquement des droits des citoyens

On peut enfin noter que dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, il est désormais fait mention des « devoirs » des citoyens et non plus seulement de leurs droits. C'est, évidemment, le contentieux relatif à la Charte de l'environnement qui a conduit à une telle référence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier fut amené à examiner la conformité de certaines dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit. Les requérants invoquèrent le droit de vivre dans un environnement sain, le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, le devoir de prévenir les atteintes susceptibles d'être portées à ce dernier et enfin le devoir de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement respectivement contenus dans les articles 1, 2, 3 et 4 de la Charte. Le Conseil constitutionnel va admettre les moyens fondés sur ces dispositions constitutionnelles à l'appui d'une question prioritaire, les intégrant ainsi dans le champ des droits et libertés garantis par la Constitution⁶⁷. Tout comme cela ressortait déjà des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la Charte, ces principes ont principalement vocation à constituer des objectifs s'imposant au législateur qui devra veiller à la protection d'un environnement équilibré et respectueux de la santé, imposer les mesures nécessaires afin d'assurer la préservation et l'amélioration de l'environnement, établir des mécanismes et des modalités propres à prévenir les atteintes susceptibles d'y être portées et enfin définir les modalités suivant lesquelles une action en responsabilité peut être engagée contre les personnes causant un dommage à ce dernier. Le Conseil constitutionnel précise ainsi qu'« il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions » et qu'il lui est loisible « de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée »⁶⁸. Ces dispositions intègrent donc la catégorie de droits et libertés garantis

2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete - Contrôle de légalité des actes des communes en Polynésie française*. N° 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes d'Armor - Financement de la protection de l'enfance par les départements*.

⁶⁴ Décisions N° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne – Mesure d'accompagnement social personnalisé*. N° 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes d'Armor - Financement de la protection de l'enfance par les départements*.

⁶⁵ RENOUX (Thierry), DE VILLIERS (Michel), *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2005, p. 673.

⁶⁶ Décision N° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres – Instruction CNI et passeports*.

⁶⁷ Décision N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre - Troubles du voisinage et environnement*.

⁶⁸ *Ib. id.*

par la Constitution. La logique de ce raisonnement va induire un double effet. D'une part des principes longtemps perçus comme de simples objectifs s'imposant au législateur s'appréhendent désormais davantage comme des droits et libertés du citoyen dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi. Mais d'autre part, le juge constitutionnel met l'accent sur la « multifonctionnalité » de ces normes constitutionnelles s'imposant dans le même temps aux citoyens. Ces derniers apparaissent comme étant tout à la fois titulaire et débiteur de ces droits et libertés. Le Conseil constitutionnel précise que « le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »⁶⁹.

B. *Un bénéfice variable selon la catégorie de citoyen concernée*

Avant même la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la doctrine a pu s'interroger sur les possibles modifications du contrôle de constitutionnalité des lois en France. La possibilité d'instituer un contrôle *a posteriori* fut inévitablement abordée ainsi que la question centrale des moyens pouvant être invoqués à l'appui d'un tel mécanisme. Pour certains auteurs, une question préjudicielle de constitutionnalité devrait pouvoir être posée au regard de n'importe quelle norme constitutionnelle sans distinction. Il n'y aurait alors eu aucune limite dans les moyens invocables. C'est le cas notamment de Ferdinand Mélin-Soucramanien pour qui « il serait peut être opportun, et surtout beaucoup plus simple, de considérer que si une éventuelle question préjudicielle de constitutionnalité devait être créée, elle pourrait concerner l'ensemble de la matière constitutionnelle, c'est-à-dire non seulement le droit constitutionnel substantiel (les droits fondamentaux), mais aussi le droit constitutionnel institutionnel et le droit constitutionnel normatif »⁷⁰. Pour ce dernier, « on n'aperçoit pas d'argument déterminant qui conduirait à privilégier l'inconstitutionnalité interne au détriment de l'inconstitutionnalité externe ». A l'inverse, une partie de la doctrine considérait que seuls les droits substantiels devraient pouvoir être invoqués à l'appui d'une telle question. C'est notamment la position que défend Denys de Béchillon pour qui, s'agissant des règles de compétences et de procédure, « il n'est pas interdit de juger que la garantie qu'offre en la matière le contrôle de constitutionnalité *a priori* est à la fois nécessaire et suffisante. On peut donc admettre qu'il n'est pas nécessaire de doter le justiciable d'un pouvoir de contestation procédurale de la loi qui ne présenterait à peu de choses près, pour lui, qu'un intérêt un peu pervers, de nature obstructive ou dilatoire »⁷¹.

Le constituant a tranché cette question en 2008 en n'ouvrant la possibilité de poser une question prioritaire de constitutionnalité qu'au regard des seuls droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel venant, au fil de sa jurisprudence, préciser cette notion. Le dernier argument avancé par Denys de Béchillon revêt une importance toute particulière dès lors qu'il s'agit de prendre en compte les objectifs de la réforme constitutionnelle de 2008. Cet argument renvoie à la question de l'intérêt que pourrait avoir le citoyen à invoquer telle ou telle disposition constitutionnelle tenant à la compétence, à la procédure législative ou à des droits substantiels. Il est évident qu'il ne s'agit pas ici d'un intérêt financier. L'intérêt doit être

⁶⁹ Décision N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre - Troubles du voisinage et environnement, op. cit.*

⁷⁰ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 285.

⁷¹ DE BECHILLON (Denys), « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cours suprême », Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 111.

compris en son sens premier provenant du latin *interest* et qui désigne « ce qui importe aux personnes en quelque manière que ce soit »⁷². Cet intérêt peut être exclusivement personnel ou au contraire être public c'est-à-dire dans l'intérêt de la société. Il semble que la définition des droits et libertés que la Constitution garantit et l'identification des moyens périphériques qui l'accompagne peuvent faire varier le bénéfice de la question prioritaire selon la catégorie de citoyen concernée. Pour démontrer l'impact que peuvent avoir ces éléments sur l'intérêt des citoyens pour la question prioritaire, il est possible de s'appuyer sur une étude réalisée par Céline Braconnier relative aux courriers adressés au Conseil constitutionnel par des individus avant l'entrée en vigueur du contrôle *a priori* de constitutionnalité⁷³. Ces lettres adressées au juge constitutionnel permettent de cerner les attentes de ces derniers à une époque, désormais révolue, où le contrôle de constitutionnalité leur était inaccessible. Le contrôle *a posteriori* tel qu'il est désormais configuré par les droits et libertés garantis par la Constitution et par sa périphérie répond-t-il à ces attentes et ainsi à l'intérêt des citoyens ou plus précisément répond-il, de la même manière, à l'intérêt de tous les citoyens ? Dans son étude, Céline Braconnier identifie trois formes d'interpellation du Conseil constitutionnel par différentes catégories de citoyens.

La première forme d'interpellation ne constitue pas un apport déterminant dans la mesure où il s'agit de courriers adressés au Conseil constitutionnel en tant que « sages » afin de livrer des éléments de réflexion sur des grands débats de société. Il est difficile de préjuger des intérêts contentieux que pourrait présenter la question prioritaire pour cette catégorie de citoyens difficilement identifiable.

La deuxième forme d'interpellation se construit sur un modèle dit « d'expertise ». Les auteurs de ces lettres adressées au Conseil sont des personnes familières du langage juridique, qui occupent une certaine place dans la vie publique, généralement des associations. Ces derniers qui connaissent le fonctionnement des institutions et la place qu'y occupe le juge constitutionnel vont désirer offrir une visibilité à leur cause en critiquant principalement certaines dispositions législatives. Pour ce faire, ils se glissent en quelque sorte dans la peau des saisissants autorisés du Conseil constitutionnel pour formuler des observations sur la constitutionnalité de la loi renvoyant parfois « à une étape du processus parlementaire »⁷⁴. Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, il est évident que la mobilisation des droits substantiels présente un intérêt pour une telle catégorie de citoyens mais certains droits périphériques et notamment les règles de procédure législatives auraient également présenté un tel intérêt. En effet, ces citoyens désirent, évidemment, l'éviction des dispositions législatives contestées mais ils souhaitent également de manière très marquée offrir une visibilité à leur cause en s'appuyant sur la portée à la fois symbolique et politique de la Constitution dont ils n'ignorent rien. Ici, le moyen invoqué importe moins, seul compte l'impact de la sanction constitutionnelle. Ainsi, pour répondre totalement aux intérêts d'une telle catégorie, les moyens invocables auraient du être plus largement ouverts notamment aux règles de compétences et de procédure. La position du Conseil constitutionnel apparaît sur ce point nuancée, il admet un moyen tiré de l'incompétence négative du législateur dans le cas où serait atteint un droit ou une liberté garantis par la Constitution⁷⁵. En revanche, il a clairement mis en périphérie de ces droits et libertés les règles de procédures législatives en considérant que « le grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption

⁷² Définition de l'« intérêt », Dictionnaire de français *Littré*.

⁷³ BRACONNIER (Céline), « Les sages interpellés. Quelques usages profanes du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, 2008/2, vol. 58, pp. 197-230.

⁷⁴ *Ib. id.* p. 208.

⁷⁵ Décisions N° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*. N° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso S.A.F.- Cession gratuite de terrain*. N° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P – Noms de domaine internet*. N° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited – Paris sur les courses hippiques*. N° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *S.A.R.L. du Parc d'activité de Blotzheim et autres – Projet d'intérêt général*.

d'une loi ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »⁷⁶. Une telle limitation ne sert pas véritablement les intérêts de ce type de requérants. En revanche, ce désagrément est, en quelque sorte, compensé par le fait que la question prioritaire permet d'aboutir à une abrogation de la loi, effet qui sera recherché de manière privilégiée par ces derniers.

La troisième forme d'interpellation prend la forme d'un « recours ». Les auteurs de ces lettres sont généralement des citoyens démunis qui font part d'une situation personnelle, individuelle de violation de leurs droits qu'ils ressentent comme une véritable injustice. Ces derniers connaissent mal l'appareil juridictionnel et ont une conception quelque peu impressionniste de la hiérarchie des normes. Cependant, ils ont l'intuition que c'est dans la Constitution qu'ils pourront trouver une réponse à leurs problèmes. Ils invoquent régulièrement dans leurs écrits la démocratie et les droits de l'Homme. La mobilisation des droits et libertés substantiels dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité représente un grand intérêt pour ces derniers préoccupés par une violation personnelle de leurs droits fondamentaux. Ils apparaissent, en effet, individuellement atteints dans leurs droits et libertés, atteinte qui se répercute de manière concrète voire quotidienne. Ces derniers se trouvent ainsi très éloignés de contestations portant sur l'édification de la norme au regard des règles de compétences ou de procédure. Ils sont donc intéressés au premier chef par le cœur des droits et libertés que la Constitution garantit et moins par les moyens périphériques tels qu'on peut, en l'état actuel, les percevoir.



Au regard des droits et libertés garantis par la Constitution et de sa périphérie, il est donc possible de nuancer, sans pour autant le remettre en cause, l'objectif poursuivi par la réforme et visant à permettre aux citoyens de faire valoir leurs droits constitutionnels. La question prioritaire ne semble pas exactement, totalement ou exclusivement poursuivre la protection des droits des citoyens et son bénéfice est susceptible de varier selon les catégories concernées. Il nous est alors possible de nous ranger, en guise de conclusion, à l'opinion exprimée par Olivier Duhamel pour qui « L'enfant naquit sous des auspices prometteurs – trop. Il ne pouvait guère être assimilé à un nouveau droit fondamental de l'homme et/ ou du citoyen. Il ne put cependant grandir que dans cet habit, fallacieux certes, mais apte à attirer les politiques sans lesquels il n'accéderait jamais à la majorité, à l'existence vraie, à l'arrivée dans le monde du droit réel, à la consécration constitutionnelle »⁷⁷.

⁷⁶ Décision N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres.*, considérant 7.

⁷⁷ DUHAMEL (Olivier), « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 184.

II. De la volonté d'assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique

La volonté d'assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique constitue le deuxième objectif de l'introduction en France de la question prioritaire de constitutionnalité. Tirant les conséquences des lacunes du contrôle *a priori*, le constituant a entendu combler un espace lacunaire laissé en marge des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes. Ces éléments sont bien connus désormais, le contrôle *a priori* de constitutionnalité demeure limité aux lois dont l'entrée en vigueur est postérieure à celle de la Constitution de 1958 qui met en place ce contrôle. Il est également limité aux seules lois qui font l'objet d'une saisine par les autorités habilitées, certaines échappant ainsi au filtre de constitutionnalité, s'insérant dans l'ordre juridique sans avoir subi un examen juridictionnel de leur conformité à la Constitution. Ainsi, « le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, encadré par l'article 61-1 de la Constitution qui l'instaure, devrait contribuer à élargir les possibilités de contrôle et, par le biais de l'abrogation des dispositions législatives dont l'inconstitutionnalité serait constatée, assurer une meilleure constitutionnalité de notre ordre juridique »⁷⁸.

Ici encore, et de manière encore plus frappante, la détermination de ce qui relève des droits et libertés que la Constitution garantit et de ce qui, à l'inverse, sera rangé parmi les moyens périphériques à ces derniers va avoir un impact direct sur l'objectif poursuivi par la réforme constitutionnelle de 2008. Les normes constitutionnelles périphériques vont constituer une faille dans le contrôle *a posteriori* de la loi, faille d'autant plus problématique que les moyens qui pourraient éventuellement être mobilisés pour pallier cette carence se révèlent insuffisants pour assurer correctement la constitutionnalité de l'ordre juridique à l'égard de ces normes.

A. Les failles du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Le constat des failles du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi s'impose avec la force de l'évidence. La constitutionnalité de l'ordre juridique n'est pas pleinement assurée à l'égard des normes constitutionnelles qui intègrent la périphérie des droits et libertés que la Constitution garantit. Pour ces dernières, le contrôle de constitutionnalité des lois demeure lacunaire, marqué par les insuffisances du contrôle *a priori* qui constitue leur seul vecteur de protection. Ainsi, l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne, les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et de bonne administration de la justice, le principe du consentement à l'impôt, celui de péréquation financière des collectivités territoriales, les règles de procédure législative ainsi que toutes celles qui intégreront cette catégorie ne pourront paramétrer qu'un contrôle de constitutionnalité à une seule et unique détente. Pour ces moyens périphériques, il n'y aura pas de seconde chance.

Cette donnée pourrait conduire à une modification du comportement des autorités de saisine du Conseil constitutionnel, voire du juge constitutionnel lui-même, dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi. Si une nouvelle répartition des rôles venait à être observée entre le contrôle *a priori* de la loi et le contrôle *a posteriori*, celle-ci pourrait difficilement s'expliquer d'un point de vue purement contentieux. En effet, la répartition que l'on pourrait imaginer dans un premier temps serait celle consistant à privilégier un contrôle de constitutionnalité externe de la loi dans le cadre du contrôle *a priori* et à privilégier un contrôle de constitutionnalité interne de la

⁷⁸ Rapport de Jean-Luc Warsmann 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 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *op. cit.*

loi dans le cadre de la question prioritaire. De manière plus précise, on tenterait d'épuiser dans le cadre du contrôle *a priori* les moyens périphériques en laissant au contrôle *a posteriori* le soin de purger l'ordre juridique des dispositions législatives contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution. Or, une telle répartition apparaît, à première vue, difficilement envisageable dans la mesure où le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* statue *ultra petita* et pourra donc, quand bien même la saisine serait principalement limitée à des moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit, étendre son contrôle à ces derniers. Cependant, ce point de vue peut être relativisé au regard de la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel. Ce dernier, dans sa décision n° 2011-630 DC, fut saisi, dans le cadre du contrôle *a priori*, de la loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016. Les requérants n'invoquaient aucun moyen particulier d'inconstitutionnalité, procédant à ce que l'on appelle une « saisine blanche ». Le juge constitutionnel va alors adopter une position surprenante consistant à ne pas rechercher plus avant les motifs d'inconstitutionnalité de la loi. Il considère en effet que « les requérants n'invoquent aucun grief à l'encontre de ce texte ; qu'au demeurant, aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires ; qu'il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement ces dispositions d'office ». Le juge constitutionnel prend cependant le temps de souligner que « cette loi a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution »⁷⁹. Il apparaît donc que le Conseil constitutionnel ne vérifie ici réellement la conformité de la loi qu'au regard des règles de procédure législative. Il ressort très clairement des commentaires aux Cahiers que le Conseil constitutionnel a entendu prendre en compte la possibilité d'un contrôle *a posteriori* de la loi afin de ne pas épuiser toutes les potentialités de son contrôle. Le commentaire officiel de la décision précise en effet que « Le droit pour tout justiciable de poser une QPC étant désormais constitutionnellement protégé, se posait pour le Conseil constitutionnel la question de savoir si une saisine blanche portant sur une loi dans laquelle n'apparaissait *prima facie* aucun grief d'inconstitutionnalité ne pourrait apparaître, en conduisant à une validation quasi mécanique de la loi faute de tout grief et de possibilité d'un réel examen de la constitutionnalité, comme de nature à faire obstacle de façon injustifiée au droit des justiciables de poser une QPC sur cette loi à l'occasion de son application. Il appartenait donc au Conseil constitutionnel de concilier le droit reconnu par l'article 61 de la Constitution de saisir d'une loi ordinaire dans le cadre du contrôle *a priori* et le nouveau droit reconnu au justiciable par l'article 61-1 de la Constitution »⁸⁰. En revanche, s'il examine la conformité de la loi aux règles de procédure c'est parce qu'il tire toutes les conséquences de leur mise en périphérie des droits et libertés que la Constitution garantit. Le commentaire mentionne explicitement ce raisonnement en précisant que « cette question ne figurant pas au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit, l'examen d'office par le Conseil constitutionnel est sans conséquence sur le droit, pour l'avenir, de poser une QPC sur une disposition de la loi »⁸¹. On constate donc qu'une modification des rapports entre les contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* est possible, le cas des saisines blanches en fournissant un parfait exemple. Dans ce cas au moins, le contrôle *a priori* sera le terrain privilégié du contrôle de la conformité de la loi aux normes périphériques alors que le contrôle *a posteriori* règlera la question de sa conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Par ailleurs, une répartition des rôles inédite entre les deux types de contrôle pourrait intervenir à travers les stratégies de saisine. En effet, la protection des droits fondamentaux n'est pas la seule donnée prise en compte dans la décision de saisir le Conseil constitutionnel. Il existe une forme de stratégie politique de la saisine constitutionnelle dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité. Cette action constitue un moyen pour l'opposition parlementaire de marquer

⁷⁹ Décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, *Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016*.

⁸⁰ Commentaire de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011, *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

⁸¹ *Ib. id.*

sa différence en tentant de provoquer la censure d'une loi issue de la volonté majoritaire. La mise en échec de la loi s'apparente alors à une victoire politique de l'opposition. Comme le souligne Jacques Meunier, « loin de constituer une faiblesse du système, cette instrumentalisation du contrôle est au contraire la meilleure garantie de son efficacité »⁸². Dans la mise en place de cette stratégie, une forme de pré-jugement de constitutionnalité devra nécessairement être conduit dans la mesure où l'opposition ne doit pas prendre des risques inconsidérés car en cas de décision de conformité, le bénéfice de la saisine reviendra à la majorité. C'est au niveau de ce pré-jugement que l'existence de la question prioritaire de constitutionnalité pourra éventuellement peser au regard des seuls droits sur lesquels elle est susceptible de se poser : les droits et libertés que la Constitution garantit. L'opposition pourra par exemple décider, pour des raisons politiques, de ne pas saisir le Conseil constitutionnel en estimant que la loi pourra être contestée après son entrée en vigueur. C'est ainsi que s'agissant de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁸³, l'opposition a décidé de ne pas saisir le juge constitutionnel obligeant ainsi les Présidents des assemblées à lui déférer eux-mêmes cette dernière. Mais ce type de calcul devra nécessairement prendre en compte le fait que, dans un pareil cas, toutes les normes constitutionnelles ne pourront pas être mobilisées. L'attitude de l'opposition aurait-elle été la même si la loi en question, par exemple, venait transposer une directive de l'Union européenne qui n'aurait institué qu'une interdiction pour certains lieux publics et que le législateur français aurait manifestement mal transposé en étendant une telle interdiction à l'ensemble de l'espace public. L'exigence constitutionnelle de (bonne) transposition des directives n'étant pas invocable dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le refus de saisir le Conseil constitutionnel aurait-il été maintenu ? Rien n'est moins sûr. De plus cette appréciation s'avèrera d'autant plus délicate lorsque seront en cause des normes constitutionnelles dont on ignore encore si elles seront intégrées aux droits et libertés que la Constitution garantit ou, au contraire, à leur périphérie.

On constate donc que la dissociation des moyens invocables dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité entame la volonté d'assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique. Cet objectif ne se trouve réalisé pleinement qu'à l'égard des seuls droits et libertés que la Constitution garantit, laissant sa périphérie dans l'ombre. De plus, l'incomplétude de la réalisation de cet objectif est aggravée par le caractère insatisfaisant des mécanismes qui auraient pu combler cette lacune.

B. *L'existence de moyens expédients insatisfaisants*

Au regard des développements précédant, on constate que l'objectif visant à assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique n'est réalisé qu'à l'égard des seuls droits et libertés que la Constitution garantit. En revanche, il existe certains mécanismes contentieux qui pourraient pallier, de manière formelle ou matérielle, cette forme de déni de justice constitutionnelle *a posteriori*. Ces mécanismes auraient alors vocation à constituer des vecteurs de protection au service de la périphérie des droits et libertés constitutionnellement garantis. Mais si, laissé pour compte de la question prioritaire, le terrain de la périphérie mis en lumière venait à être, à terme, occupé par d'autres mécanismes qui combleront le vide occasionné par l'incomplétude du contrôle *a posteriori* de la loi, reste à savoir si un tel rééquilibrage peut être regardé comme étant satisfaisant.

⁸² MEUNIER (Jacques), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 34.

⁸³ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF n°0237 du 12 octobre 2010 page 18344.

Le premier mécanisme auquel renvoie une telle problématique est celui de l'abrogation implicite mobilisé par le juge administratif. Ce dernier a toujours refusé de contrôler la constitutionnalité d'une loi consacrant dans une jurisprudence constante sa « théorie de l'écran législatif »⁸⁴. Mais le Conseil d'Etat a débuté relativement tôt à développer une méthode consistant à rechercher si l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 n'avait pas, de fait, abrogé des lois antérieures incompatibles⁸⁵. Autrement dit, le juge administratif va constater l'abrogation implicite de la loi. Sa compétence sera confirmée de manière éclatante en 2005 dans son arrêt *Deprez et Baillard* dans lequel il affirme que s'il ne lui appartient pas « d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation », il lui « revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle »⁸⁶. La question de savoir si la théorie de l'abrogation implicite pourrait venir combler les lacunes de la question prioritaire de constitutionnalité nécessite de répondre à trois interrogations : d'une part cette technique contentieuse peut-elle être assimilée, de par sa nature, à un contrôle de constitutionnalité ? D'autre part, ce contrôle pourrait-il coexister voire s'articuler avec la question prioritaire de constitutionnalité ? Enfin, si cela était le cas, ce contrôle serait-il susceptible de concerner les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit ?

- S'agissant de la première de ces interrogations, on pourrait considérer que la théorie de l'abrogation implicite et le contrôle de constitutionnalité devraient être strictement distingués. En effet, la première peut être assimilée à une application classique de la règle *lex posterior derogat priori* conduisant à simplement constater l'incompatibilité d'une loi avec un texte postérieur hiérarchiquement supérieur : la Constitution. Or, il est difficile de voir dans la constatation de l'abrogation implicite d'une loi autre chose que la manifestation d'un contrôle de constitutionnalité. En effet, la démarche entreprise par le juge administratif consiste bien à apprécier la compatibilité d'une disposition législative à une norme constitutionnelle (postérieure). Jérôme Roux a pu qualifier cette technique contentieuse de « crypto-contrôle de constitutionnalité »⁸⁷ constatant que « l'opération intellectuelle qui consiste à confronter la disposition législative antérieure à la norme constitutionnelle postérieure pour déceler l'éventuelle incompatibilité de la première avec la seconde et conclure alors à sa caducité, est exactement la même que celle qui préside à un contrôle restreint de constitutionnalité »⁸⁸. La théorie de l'abrogation implicite s'apparente donc largement à un contrôle de constitutionnalité de la loi et la position du juge judiciaire est particulièrement éclairante à cet égard dans la mesure où, alors même qu'elle applique de manière régulière l'adage *lex posterior derogat priori*, elle se refuse à constater l'abrogation implicite d'une loi par une norme constitutionnelle postérieure au motif qu'« il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois quelle que soit la date de leur promulgation »⁸⁹.
- S'agissant de la deuxième interrogation, on aurait pu légitimement penser que la mobilisation de la théorie de l'abrogation implicite allait lentement se tarir avec l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi. En effet, cette théorie peut être considérée comme une forme de contournement de la loi écran ayant permis, en

⁸⁴ CE sect. 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, Lebon p. 966.

⁸⁵ CE, 9 octobre 1959, *Sieur Taddéi*, Lebon p. 495; CE, 12 février 1960, *Société Eky*, Lebon p. 101.

⁸⁶ CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Lebon p. 1.

⁸⁷ ROUX (Jérôme), « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, n° 51, 20 décembre 2000, p. 1285.

⁸⁸ *Ib. id.*

⁸⁹ C.Cass., 18 novembre 1985, Bull. crim., 1985, n° 31.

l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi, de combler une lacune de notre ordre juridique. En effet, « faute d'une réforme textuelle apparemment inaccessible touchant les attributions du Conseil constitutionnel, c'est au juge ordinaire et notamment au juge administratif que revient le soin de répondre à cette attente de manière discrète et sans tapage »⁹⁰. Mais, le contrôle de constitutionnalité de la loi opéré par le Conseil constitutionnel étant désormais étendu au stade de son application, l'abrogation implicite pourrait apparaître comme vouée à l'asphyxie jurisprudentielle, rendue inutile par un contrôle qu'elle ne faisait, jusqu'alors, que mimer. Or, tel ne fut pas le cas en pratique pour deux raisons. Premièrement, loin de se tarir, la théorie de l'abrogation implicite s'est au contraire développée. En effet, elle fut étendue aux révisions de la Constitution alors que cette question était longtemps restée en suspend. Si le juge administratif acceptait de constater l'abrogation d'une loi devenue incompatible avec la Constitution de 1958, il n'était pas certain qu'un tel constat pourrait être établi au regard d'une loi devenue incompatible à la Constitution révisée. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, en 2009, contrôle la compatibilité des dispositions législatives au regard de la Charte de l'environnement afin de déterminer si l'entrée en vigueur de la Charte n'a pas implicitement abrogé ces dernières⁹¹. Ce développement est d'autant plus remarquable que dans cette décision le juge administratif mentionne la future question prioritaire de constitutionnalité en estimant qu'« il n'appartient pas au juge administratif, dans l'attente de la loi organique portant application de l'article 61-1 de la Constitution, d'apprécier la conformité à la Constitution de cette disposition législative (...) qu'en revanche, il lui revient de constater l'abrogation de dispositions législatives »⁹². Ainsi, la théorie de l'abrogation implicite et le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité sont tous deux présents dans le raisonnement du juge qui ne semble pas considérer que le second soit le fossoyeur du premier qui, bien au contraire, fait l'objet d'un développement sans précédent. Deuxièmement, sont apparus les premiers signes d'une forme d'articulation entre ces deux types de contrôle. Ces derniers peuvent être décelés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 juillet 2010 *Compagnie agricole de la Crau*⁹³ et dans la décision du Conseil constitutionnel consécutive à une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par le Conseil d'Etat dans le cadre de cette même affaire⁹⁴. Furent ici contestées certaines dispositions législatives antérieures à 1958 au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. Le juge administratif était donc face à un cas classique d'examen de l'abrogation implicite de la loi et il avait d'ailleurs déjà été amené à se prononcer sur les mêmes dispositions législatives quasiment un an jour pour jour auparavant concluant à l'absence de caractère inconciliable de ces dernières avec la Constitution de 1958, refusant ainsi de constater leur abrogation⁹⁵. En dépit de cette décision antérieure, le juge administratif va accepter de transmettre la question prioritaire au Conseil constitutionnel. Cet élément pourrait conduire à relativiser le constat précédemment dressé du développement de la théorie de l'abrogation implicite dans la mesure où il est ici évident qu'elle se trouve en partie absorbée par les nouvelles compétences du Conseil constitutionnel qui accepte de contrôler la constitutionnalité d'une loi antérieure à 1958. Comme le souligne Jérôme Roux, « par ce renvoi, le Conseil d'Etat a implicitement estimé que, malgré son antériorité par rapport à la norme constitutionnelle invoquée, cette loi relevait bien du contrôle préjudiciel de

⁹⁰ AUTIN (Jean-Louis), « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », *Petites affiches*, 18 juillet 2006, n° 142, p.

6.

⁹¹ CE, 12 janvier 2009, *Association France nature environnement*, req. n° 289080.

⁹² *Ib. id.*

⁹³ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, req. n° 322419.

⁹⁴ CC, décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

⁹⁵ CE, 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, req. n° 295637.

constitutionnalité, ce que le Conseil constitutionnel a évidemment confirmé »⁹⁶. Est-ce là une contradiction insurmontable ? Comment comprendre le développement contentieux de la théorie de l'abrogation implicite alors que celle-ci, poussée par le juge qui en est lui-même le promoteur, se trouve dans le même temps absorbée par les nouvelles prérogatives du juge constitutionnel ? Cette apparente contradiction peut se résoudre dans la périphérie des droits et libertés que la Constitution garantit. L'absorption observée de la théorie de l'abrogation implicite n'est possible qu'à l'égard des seuls droits et libertés que la Constitution garantit mais cette théorie peut conserver un intérêt en ce qui concerne sa périphérie, justifiant ainsi son développement simultané. C'est tout l'objet de la troisième et dernière interrogation.

- S'agissant, enfin, de la troisième interrogation concernant l'intérêt que pourrait représenter la théorie de l'abrogation implicite pour les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit, celui-ci apparaît évident. Il n'existe pas, dans le cadre de cette théorie, de limitation des moyens invocables. La périphérie des droits et libertés trouverait ainsi un vecteur alternatif de protection alors que la question prioritaire de constitutionnalité assurerait la constitutionnalité de l'ordre juridique en leur absence. Pour ne citer qu'un exemple, le Conseil d'Etat a estimé dans son arrêt *Société Eky* du 12 février 1950 que « l'article 6 du code pénal est incompatible avec les dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution en tant qu'il a prévu que nulle contravention ne peut être punie de peines qui n'aient été édictées par la loi et doit par suite être regardé comme abrogé »⁹⁷. On constate donc que la répartition des compétences telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 constitue un moyen pleinement et directement invocable dans le cadre de la théorie de l'abrogation implicite alors qu'elle ne l'est pas dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel estime d'une part que l'incompétence négative du législateur ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire que si se trouve atteint un droit ou une liberté constitutionnellement garanti et d'autre part que ce moyen ne peut être invoqué à l'encontre d'une loi antérieure à 1958⁹⁸.

A ce stade, il serait possible de conclure que les lacunes du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité peuvent être comblées par le constat de l'abrogation implicite de la loi. L'objectif poursuivi visant à assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique serait alors mieux rempli que ce qui n'y paraît, réalisé indirectement par une combinaison harmonieuse et équilibrée des contrôles. L'idée ne manque pas de charme : la question prioritaire assurerait la constitutionnalité de l'ordre juridique à l'égard des droits et libertés que la Constitution garantit, alors que la théorie de l'abrogation implicite comblerait les failles existantes en offrant une protection à sa périphérie. Or, tel n'est pas le cas dans la mesure où le constat de l'abrogation implicite est, de ce point de vue, clairement insatisfaisant au regard de quatre éléments. Premièrement, la constitutionnalité de l'ordre juridique, même dans le meilleur des cas, ne serait pas entièrement réalisée dans la mesure où, comme déjà évoqué, le constat de l'abrogation implicite de la loi ne trouve à s'appliquer que devant le Conseil d'Etat, la Cour de cassation se refusant à un tel contrôle. Les matières relevant des juridictions judiciaires se trouveraient ainsi exclues de cette harmonieuse combinaison des contrôles. Deuxièmement, l'abrogation implicite de la loi ne peut s'apparenter à l'abrogation dont font l'objet les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, elle demeure largement une fiction car le législateur n'est pas tenu d'abroger formellement la loi

⁹⁶ ROUX (Jérôme), « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *op. cit.*

⁹⁷ CE, 12 février 1960, *Société Eky*, *op. cit.*

⁹⁸ CC, décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*.

dont le juge administratif n'a fait que constater l'abrogation de fait. Troisièmement, si un tel constat venait à être établi, il pourrait générer de nombreux vides juridiques car si l'abrogation ne vaut, par définition, que pour l'avenir, le constat de l'abrogation est quant à lui rétroactif car il consiste, pour le juge, à relever l'existence d'une abrogation qui a implicitement eu lieu le jour de l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle rendant la disposition législative incompatible avec la Constitution. Ainsi, seront remises en cause les situations juridiques ayant trouvé pour fondement la loi abrogée et qui sont nées entre l'abrogation implicite de cette loi du fait de l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle incompatible et le constat de cette abrogation mise en évidence par le juge. Enfin, pour pouvoir constater l'abrogation d'une loi, la seule contradiction entre cette dernière et une norme constitutionnelle postérieure ne suffit pas. Il faut qu'il y ait, selon l'expression consacrée par le juge administratif, « incompatibilité » ce qui apparaît bien plus restrictif.



Au terme de ces développements, force est de constater que la question prioritaire de constitutionnalité a, en dissociant les moyens invocables, laissé subsister certaines failles. Ces failles du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité ne peuvent être comblées de manière satisfaisante par la théorie de l'abrogation implicite afin de réaliser pleinement l'objectif poursuivi par la réforme. Mais reste alors une autre possibilité, un autre mécanisme qui pourrait venir remédier à ces lacunes. Ce mécanisme permettrait de mobiliser des normes matériellement équivalentes à celles qui sont mises en périphérie des droits et libertés que la Constitution garantit en leur offrant ainsi la protection contre les lois en vigueur dont elles sont dépourvues. Il s'agit du contrôle de conventionnalité de la loi. Cependant, ce contrôle entretient un rapport singulier avec la question prioritaire de constitutionnalité et sa mobilisation n'est, en ce domaine, jamais insignifiante. Elle fut l'objet principal du troisième objectif de la réforme constitutionnelle de 2008 : assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne.

III. De la volonté d'assurer la prééminence de la Constitution

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, à travers l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, a entendu redonner à la Constitution la place qui lui est due au sein de l'ordre juridique interne, assurer sa « prééminence ». Le Président de la République, Nicolas Sarkozy, dans sa lettre de mission adressée à Edouard Balladur demanda à ce dernier d'examiner « les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel pourrait être amené à statuer, à la demande des citoyens, sur la constitutionnalité de lois existantes. Des voix s'élèvent dans notre pays pour regretter que la France soit le seul grand pays démocratique dans lequel les citoyens n'ont pas accès à la justice constitutionnelle, et que certaines normes internationales aient plus de poids et d'influence sur notre droit que nos principes constitutionnels eux-mêmes »⁹⁹. Cet objectif clairement affirmé concerne donc les relations entre les normes internationales et la Constitution. Mais qu'implique donc la volonté de redonner à cette dernière sa prééminence ? Aurait-elle perdu sa place au sommet de la hiérarchie des normes ?

Un essai d'interprétation téléologique d'un tel objectif pourrait conduire à considérer trois hypothèses. La première consisterait à dire que la Constitution ne dispose plus de la prééminence dont elle bénéficiait par le passé. Autrement dit sa supériorité absolue sur toute autre norme en droit interne ne serait plus assurée. Or, tel n'est pas le cas car la prééminence dont il est question est consacrée par les juridictions internes : « la suprématie conférée par l'article 55 aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle »¹⁰⁰. La deuxième hypothèse consisterait, non pas véritablement à restaurer la prééminence perdue de la Constitution, mais à dissiper un doute qui plane sur la réalité de cette dernière. Il est vrai qu'à la suite des décisions du Conseil constitutionnel relatives aux lois de transposition des directives de l'Union européenne, un certain malaise a pu naître dans l'esprit de certains constitutionnalistes qui assistèrent à la naissance d'une exigence constitutionnelle de transposition induisant une immunité contentieuse partielle de la loi et un contrôle confrontant les dispositions législatives concernées à la directive elle-même¹⁰¹. Enfin, la dernière hypothèse viserait moins à restaurer la suprématie juridique de la Constitution qu'une forme de suprématie de fait, pour ne pas dire sa visibilité dans l'ordre juridique interne. C'est ce dernier aspect qui semble avoir motivé l'œuvre du pouvoir constituant. L'idée fut de remédier à un paradoxe qui fut parfaitement synthétisé par Denys de Béchillon dans les mélanges en l'honneur de Louis Favoreu : « alors même qu'on a voulu défendre les intérêts de notre ordre constitutionnel, on a abouti à faire en sorte que la Constitution soit moins – et moins bien – protégée que n'importe quelle directive communautaire ou accord international de seconde zone. Surtout on a réussi à éloigner encore un peu plus la possibilité que le citoyen ordinaire se représente la Constitution comme le pôle véritable de la transcendance juridique »¹⁰².

La réforme de 2008 a ainsi entendu repenser les rapports triangulaires qu'entretiennent la loi, la Constitution et les conventions internationales. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apparaît que la distinction entre les droits et libertés que la Constitution garantit et les normes situées en périphérie semble prolonger cet objectif à travers la volonté de rééquilibrer les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi. Pour autant, ce

⁹⁹ Lettre de mission de M. le Président de la République Nicolas Sarkozy adressée à M. Edouard Balladur, Président du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République, Paris, 18 juillet 2007.

¹⁰⁰ CE, Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. Lebon p. 369.

¹⁰¹ CC, décision n°2006-540 DC du jeudi 27 juillet 2006, loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, publiée au JO du 3 août 2006, p. 11541.

¹⁰² DE BECHILLON (Denys), « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cours suprême », Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, *op. cit.*, pp. 116-117.

rééquilibrage peut comporter des effets contradictoires avec les objectifs mêmes de la réforme. De plus, l'ambition de redonner à la Constitution un éclat longtemps pali par l'exercice du contrôle de conventionnalité éprouvés par les juridictions ordinaires peut engendrer une emprise inattendue des normes internationales, et notamment européennes, sur le contrôle de constitutionnalité.

A. La volonté de rééquilibrer les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

L'identification par le juge constitutionnel des normes relevant des droits et libertés que la Constitution garantit et de celles situées en périphérie semble aller, à première vue, dans le sens de l'objectif de la réforme. Cette adéquation entre l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel et la volonté du pouvoir constituant peut se déduire de deux éléments.

Premièrement, la jurisprudence constitutionnelle témoigne d'une volonté de distinguer très nettement les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, avait déjà exclu des droits et libertés que la Constitution garantit l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne qui découle de l'article 88-1 de la Constitution¹⁰³. Comme a pu le souligner Bertrand Mathieu, cette exclusion peut apparaître logique tant « pour des raisons pratiques, il sera manifestement plus opérant pour le juge d'opérer directement un contrôle de conventionnalité assorti le cas échéant d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice des communautés européennes, que pour des raisons de principe, le respect du droit communautaire, au titre de l'article 88-1 C ne pouvant être considéré comme un droit ou une liberté »¹⁰⁴.

Deuxièmement, la Constitution semble réhabilitée en venant couvrir des domaines qui ne trouvent pas d'équivalents dans les conventions internationales. L'intérêt de la question prioritaire trouve ici tout son sens car il était impossible jusqu'alors de contester une loi entrée en vigueur au regard de telles normes dans la mesure où d'une part il n'existait pas de mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'autre part, le contrôle de conventionnalité ne pouvait être mobilisé à travers une norme équivalente car une telle norme est absente des catalogues européens et internationaux de protection des droits fondamentaux. Cet intérêt est déjà perceptible dans la mesure où le Conseil constitutionnel a intégré à la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit certaines normes ne trouvant pas d'équivalent conventionnel. On peut ainsi citer le principe d'indépendance des enseignants chercheurs¹⁰⁵ qui bénéficie ainsi pour la première fois d'une protection contre les potentielles atteintes de la loi au stade de son application. Le principe d'égalité¹⁰⁶, qui a fait l'objet d'une abondante jurisprudence QPC, peut également être mentionné dans la mesure où, comme l'a souligné Nicolas Molfessis « on peut sans doute s'attendre à ce que les plaideurs invoquent le principe d'égalité, parce qu'il a un rayonnement très large, qu'il est d'une imprécision justifiant qu'une partie tente sa chance, et qu'il présente sous l'angle du droit constitutionnel des attraits bien supérieurs à ce qu'il permet en

¹⁰³ Décision N° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹⁰⁴ MATHIEU (Bertrand), « La question de constitutionnalité, quelles lois ? Quels droits fondamentaux ? », *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 18.

¹⁰⁵ Décision N° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres- Loi Université*.

¹⁰⁶ Décisions N° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*. N° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*. N° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Loi anti-perruche*. N° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epoux L.* N° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autres*. N° 2010-11 QPC du 9 juillet 2010, *Mme Virginie M.* N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*.

matière conventionnelle, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'Homme»¹⁰⁷. Le Conseil constitutionnel a également commencé à inclure dans les droits et libertés que la Constitution garantit certaines dispositions de la Charte de l'environnement¹⁰⁸, Charte qui contient un certain nombre de dispositions ne trouvant pas d'équivalent au niveau conventionnel¹⁰⁹. On constate donc, à travers ces quelques exemples, que la Constitution trouve désormais à travers ces droits et libertés garantis une dynamique absente du contrôle de conventionnalité de la loi. Cependant, la limitation des moyens invocables dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité comporte, dans le même temps, certains risques de contrariété avec les objectifs de la réforme. C'est, évidemment, de la périphérie des droits et libertés que provient ce risque. En ce domaine, il est possible de rencontrer deux cas de figure.

- Dans un premier cas, une norme possédant un équivalent conventionnel sera mise en périphérie des droits et libertés garantis constitutionnellement. Dans ce cas, le justiciable qui ne pourra l'invoquer dans le cadre de la question prioritaire se tournera vers le droit conventionnel qui comblera alors les failles déjà abordées du contrôle a posteriori. Le contrôle de conventionnalité conservera alors tout son intérêt face à la question prioritaire dont l'objectif était de mettre fin au paradoxe qu'elle est pourtant susceptible de reproduire en pareilles circonstances. On pourrait citer pour exemple le cas de l'objectif de valeur constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui a été exclu du champ des droits et libertés que la Constitution garantit¹¹⁰. Cet objectif périphérique peut trouver un équivalent conventionnel notamment dans le droit de l'Union européenne. La Cour de justice a en effet déduit du principe de sécurité juridique une exigence de qualité de la loi impliquant sa précision, son accessibilité et sa prévisibilité¹¹¹.
- Le second cas concerne une norme ne trouvant pas d'équivalent conventionnel et qui serait mise en périphérie des droits et libertés garantis constitutionnellement. Ici, la volonté d'assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique ne sera pas pleinement assurée car, incluse dans une telle périphérie, cette norme ne pourra se voir protégée ni dans le cadre de la question prioritaire, ni dans le cadre du contrôle de conventionnalité. S'agissant, par exemple, de la laïcité considérée parfois comme l'un des énigmatiques principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur le caractère invocable de ce principe à l'appui d'une question prioritaire. Cependant, on peut douter qu'elle soit considérée comme un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Or, si elle venait à intégrer la périphérie des droits et libertés, elle ne pourrait trouver de protection à travers le contrôle de conventionnalité.

Ainsi, on ne peut que constater que selon qu'une norme soit intégrée dans les droits et libertés que la Constitution garantit ou au contraire dans sa périphérie et selon qu'elle trouve ou non un équivalent au niveau du droit conventionnel, les objectifs de la réforme peuvent se trouver remis en cause. De plus, il semble, de manière peut-être moins frappante, que le développement d'une emprise conventionnelle croissante sur le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* soit inévitable.

¹⁰⁷ Rapport de Jean-Luc Warsmann 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 relatif à l'application de l'article 61-1 de ma Constitution, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ Décision N° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre - Troubles du voisinage et environnement*.

¹⁰⁹ CASSIA (Paul), « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 877.

¹¹⁰ Décision N° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*.

¹¹¹ CJCE, 9 juillet 1981, *Administration des douanes c/ Société anonyme Gontrand Frères et Société anonyme Garancini*, aff. 169/80, Rec. p. 1931.

B. L'inévitable imprégnation du contrôle *a posteriori* par le droit conventionnel

La perméabilité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi aux exigences conventionnelles est une problématique délicate, presque décalée au regard de l'objectif de la réforme qui est d'assurer la prééminence de la constitution. Or, il est possible d'avancer qu'une telle perméabilité sera désormais inévitable et pourra revêtir deux formes : procédurale et substantielle.

La première n'est pas directement liée à la problématique qui nous occupe mais il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel sera désormais soumis aux règles du procès équitable. En effet, l'application des exigences du procès équitable contenues dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux Cours constitutionnelles nationales fut très clairement consacrée par le juge européen des Droits de l'Homme dans son arrêt *Ruiz Matéos*¹¹². La Cour estime que ces exigences s'appliquent aux procédures constitutionnelles qui « constituent un prolongement ou une continuation de celle menée devant les juridictions ordinaires et ces instances apparaissent tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants »¹¹³. Seront de ce fait concernés les recours directs de constitutionnalité comme les questions préjudicielles. Ainsi, l'introduction en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité va engendrer l'application des exigences générales du procès équitable à l'égard de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel. On voit ici émerger une forme particulière d'imprégnation conventionnelle qui est une imprégnation de nature procédurale. Cependant, comme l'a justement souligné Stéphane de la Rosa, « le respect des exigences découlant de l'article 6 ne saurait être perçu comme un fardeau venu d'ailleurs, qui viendrait saper les spécificités du contrôle de constitutionnalité à la française. La reconnaissance de l'applicabilité de cette disposition participe du mouvement de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel, qui ressort tant de la volonté affichée par son propre Président que de sa jurisprudence »¹¹⁴.

La seconde forme de perméabilité du contrôle de constitutionnalité aux exigences conventionnelles est plus substantielle et peut être directement imputable à la circonscription des droits et libertés que la Constitution garantit et à leur périphérie. En effet, le choix originel du pouvoir constituant de n'ouvrir la question prioritaire qu'à ces seuls droits et libertés ainsi que l'œuvre interprétative du juge constitutionnel donnant corps à cette notion vont constituer le socle d'une série de conséquences en chaîne desservant les objectifs de la réforme.

La première conséquence est induite par le champ matériel de la question prioritaire. En prenant le parti de n'ouvrir ce recours qu'au regard des seuls droits et libertés que la Constitution garantit, le Constituant est venu se positionner dans le champ normatif dont les ressemblances avec le droit conventionnel sont les plus importantes. La visibilité de la Constitution dont la réforme de 2008 s'est faite la promotrice s'ancre ainsi dans un domaine aux accents très largement compétitifs. On tente ainsi de rehausser la suprématie de la Constitution à travers un mécanisme neuf de contrôle *a posteriori* de la loi mais, dans le même temps, on limite matériellement ce contrôle à un domaine quasiment entièrement conquis par le droit conventionnel¹¹⁵. De là, nécessairement, naissent des menaces et des craintes toutes aussi légitimes qu'elles étaient prévisibles. Comment être certain que, situés dans un champ identique,

¹¹² Cour EDH, Pl. 26 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, req. n°12952/87.

¹¹³ *Ib. id.* §59.

¹¹⁴ DE LA ROSA (Stéphane), « Droit constitutionnel et CEDH. L'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 824.

¹¹⁵ ALBERTON (Ghislaine), « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, p. 249.

ou presque, le contrôle de conventionnalité ne soit pas privilégié par rapport à la question prioritaire de constitutionnalité ? En effet, comme l'a souligné Olivier Dutheillet de Lamothe « le juge administratif comme le juge judiciaire ont, en premier lieu, pris gout au fruit défendu. Personne ne les chassera du paradis juridique où, poussés par le Conseil constitutionnel, ils ont pénétré »¹¹⁶. Cette concurrence des contrôles qui désormais cohabitent dans un champ matériel largement commun, celui des droits et libertés, génère un risque évoqué par le Président Jean-Louis Debré lors de son audition du 19 septembre 2007 devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions. Ce dernier faisait part de son inquiétude de voir, de ce fait, le contrôle de constitutionnalité phagocyté par le contrôle de conventionnalité. On constate donc que le fait d'avoir limité la question prioritaire aux droits et libertés que la Constitution garantit a eu pour première conséquence d'accentuer la concurrence entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité et de générer une forme d'inquiétude pour la survie du premier d'entre eux.

La deuxième conséquence découle de ce socle matériel commun de droits et libertés et renvoie à la question des liens entre les juridictions nationales et la Cour européenne des Droits de l'Homme. Parmi les critères qui président à la sélection des recours devant cette dernière, figure la condition de l'épuisement des voies de recours internes de l'Etat. Pour pouvoir remplir une telle condition le requérant devra d'une part épuiser les griefs, c'est-à-dire invoquer devant les juridictions nationales des griefs similaires ou équivalents à ceux qu'il fera ensuite valoir devant le juge strasbourgeois. Il devra d'autre part épuiser les instances, autrement dit « se prévaloir des recours normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie »¹¹⁷. La question qui mérite ici d'être posée consiste à savoir si la question prioritaire de constitutionnalité pourrait être considérée comme une voie de recours interne à épuiser au sens de la Convention. En effet, l'épuisement des voies de recours apparaît comme un véritable vecteur de « conventionnalisation » de l'ordre juridique interne. En effet, les juridictions internes étant amenées à se prononcer en premier en application de cette règle, elles auront tout intérêt à s'inspirer dans leurs décisions des standards de la Convention afin d'éviter « une censure européenne dans la consensuelle matière des Droits de l'Homme »¹¹⁸. Ce raisonnement pourrait s'appliquer au Conseil constitutionnel et à son contrôle *a posteriori* si ce dernier venait à être considéré comme une voie de recours interne au sens de la Convention. Dès lors que sont concernés des droits et libertés substantiels qui, comme nous l'avons souligné, trouvent quasiment toujours un équivalent conventionnel, il apparaîtrait logique qu'un requérant doive actionner le mécanisme de la question prioritaire s'il souhaitait répondre à la condition d'épuisement des griefs. Par exemple, si un citoyen soutenait la méconnaissance par la loi de sa liberté d'expression, il devrait en principe contester la loi par le biais d'une question prioritaire au regard de l'article 11 de la DDHC pour pouvoir, par la suite, saisir la Cour européenne sur le fondement d'un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est à cette condition que les griefs seront effectivement épuisés. Comme l'a souligné Véronique Tellier-Cayrol « c'est parce que les droits et libertés constitutionnellement garantis peuvent trouver leur équivalence dans la Convention qu'il doivent être invoqués préalablement par le biais d'une question prioritaire »¹¹⁹. En revanche, des doutes subsistent concernant la satisfaction du critère de l'épuisement des instances. En effet, ce dernier implique qu'on entende par voie de recours des voies dont l'accès est à l'initiative du requérant. La Cour a

¹¹⁶ DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Mélanges en l'Honneur de Daniel Labetoulle, *Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 327.

¹¹⁷ Cour EDH, 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c/ Grèce*, req. n° 26695/95.

¹¹⁸ ROSOUX (Géraldine), « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation au dialogue des juges », *RTDH*, n° 71, 1 juillet 2007, p. 779.

¹¹⁹ TELLIER-CAYROL (Véronique), « La question prioritaire de constitutionnalité, voie de recours interne ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 25.

ainsi estimé en 1995 qu'un recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle qui ne pouvait être saisie que par les juridictions du fond n'était pas une voie de recours au sens de la Convention¹²⁰. Un tel raisonnement semble mettre à mal l'idée qu'il faille déclencher une question prioritaire pour pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'Homme. Cependant, cet aspect peut être doublement relativisé. D'une part, il n'est pas exclu de voir évoluer la jurisprudence de la Cour sur ce point et le juge Françoise Tulkens en visite au Conseil constitutionnel s'est réjoui de la nouvelle procédure française de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en considérant qu'elle pourrait contribuer, en raison de la similitude des catalogues constitutionnel et conventionnel, « à la prévention et à l'effacement des violations de la Convention qui ont leur origine dans une norme de rang législatif »¹²¹. D'autre part, la doctrine étant divisée sur ce point et la jurisprudence de la Cour européenne étant susceptible d'évoluer, il est possible de voir la question prioritaire devenir, au moins temporairement, une voie de recours « de fait » dans la mesure où les requérants préféreront, dans le doute, actionner ce mécanisme afin de se prémunir d'un jugement d'irrecevabilité devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Au regard de ces éléments, on constate que l'emprise conventionnelle sur le contentieux constitutionnel est latente en raison de la proximité des champs d'application de la question prioritaire et du droit conventionnel. Si le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer avant le juge européen des Droits de l'Homme dans un champ matériel commun aux deux ordres, il devra nécessairement prendre en compte les exigences conventionnelles afin d'anticiper la potentielle décision future de son homologue strasbourgeois. Mais cette emprise ne se limite pas à ce seul aspect.

La troisième et dernière conséquence de la limitation des moyens invocables à l'appui d'une question prioritaire résulte également de l'équivalence des droits et libertés garantis tant par la Constitution que par les conventions et de la crainte qu'elle a engendrée. Les principaux acteurs de la réforme de 2008 eurent bien conscience de la proximité matérielle des champs d'application du contrôle de conventionnalité et de la question prioritaire. Ils eurent également conscience que le premier pouvait éclipser le second dans la mesure où ils apparaissaient largement substituables. La solution à ce problème fut posée par le législateur organique au sein de l'article 23-2 alinéa 2 du projet de loi organique. Dès lors que le juge du fond serait saisi de moyens contestant une disposition législative sous l'angle à la fois de sa constitutionnalité et de sa conventionnalité, priorité sera donnée au contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que la question préjudicielle de constitutionnalité devint prioritaire. Or, précisément, du fait de cette priorité, le juge constitutionnel est amené à se prononcer en ayant conscience que pourra suivre un éventuel contrôle de conventionnalité de la loi exercé soit par les juridictions internes soit par les juridictions internationales. Dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel sera nécessairement amené, pour ne pas dire contraint, à prendre en compte les exigences conventionnelles pour ne pas risquer de développer une contradiction entre les exigences constitutionnelles et conventionnelles. La logique est en réalité analogue à celle, précédemment décrite, observable en matière de voies de recours internes. Ainsi, le caractère prioritaire de la question, conçu comme un outil visant à assurer l'intérêt – pour ne pas dire la survie – du contrôle de constitutionnalité face à un contrôle de conventionnalité portant matériellement sur les mêmes normes, a placé le juge constitutionnel dans une position qui rendra sa jurisprudence encore plus perméable aux exigences conventionnelles.

¹²⁰ Cour EDH, 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c/ Italie*, req. n° 12868/87.

¹²¹ TULKENS (Françoise), « Convention européenne des droits de l'Homme et Cours suprêmes », Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme, 13 février 2009, visite du Président et d'une délégation de la CEDH au Conseil constitutionnel, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.



Rééquilibrer les rapports entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité fut un objectif affiché de la réforme mais sa réalisation doit être relativisée. L'exclusion des normes périphériques du champ de la question prioritaire est susceptible soit de ménager tout l'intérêt du contrôle de conventionnalité pour ces dernières soit de priver de protection celles qui, parmi elles, ne trouveront pas d'équivalent au niveau conventionnel. De plus, le paramétrage du contrôle a posteriori sur les droits et libertés que la Constitution garantit consacre une nouvelle prise du droit conventionnel sur le contentieux constitutionnel. Le juge naturel du respect de la Constitution sera désormais conduit à assurer sa tâche de manière antérieure ou prioritaire, agissant ainsi sous l'œil vigilant des juges de la conventionnalité de la loi qu'ils soient internes ou internationaux. A trop vouloir rendre la Constitution visible au sein de notre ordre juridique, n'a-t-on pas privilégié une influence rampante et d'autant plus redoutable de la conventionnalité sur cette dernière ?