

## UN NOUVEAU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

**L**ongtemps attendue, la question prioritaire de constitutionnalité a fait en quelques mois une entrée fracassante dans le PJF, entendez le paysage juridique français. Longtemps attendue puisque, faut-il le rappeler, l'idée, dans une version très proche de celle aujourd'hui en vigueur, a été lancée par Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel, en 1988, avant d'être reprise par François Mitterrand dans son allocution du 14 juillet 1989. Mais le projet de révision constitutionnelle, nécessaire, s'il est voté à l'Assemblée nationale le 26 avril 1990, sera abandonné devant les réticences du Sénat. L'idée sera reprise en 1993 par la commission que préside Georges Vedel et qui est chargée de réfléchir à la réforme des institutions, mais le projet de révision déposé par la commission juste avant les élections législatives disparaît avec celles-ci, le gouvernement de M. Balladur refusant de le reprendre à son compte. L'ironie de l'histoire fait que le projet réapparaît dans le rapport de M. Balladur remis en octobre 2007 et qui sera voté en 2008, sans réticence particulière du Sénat, pour devenir un des points essentiels de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. 155

Quant au succès, la simple statistique le montre : le Conseil constitutionnel a examiné la première QPC le 28 mai 2010 (la réforme étant applicable depuis le 1<sup>er</sup> mars) et au 28 janvier 2011 a rendu 75 décisions portant sur 94 des 118 questions transmises, tant par le Conseil d'État (57 renvois) que par la Cour de cassation (61 renvois), ces juridictions ayant décidé le non-renvoi dans 340 cas (soit 74 % du total reçu par elles).

Il reste donc à cette date 24 affaires en instance. Sur ces 75 QPC, 41 ont abouti à une décision de conformité, 25 à une non-conformité totale ou partielle, 9 à un non-lieu.

Si l'on s'en tenait à la seule statistique, l'effet ne paraîtrait pas essentiel : 25 inconstitutionnalités dans l'ensemble des lois existantes, parfois sur les têtes d'épingle, ne devraient pas conduire à considérer qu'il y a là une révolution juridique. Mais pourtant les choses ont changé ne serait-ce que dans la perception du Conseil constitutionnel par la presse et, de ce fait, par l'opinion publique : jusque-là la lecture de ses décisions est volontiers politique (le Conseil donne raison à la majorité... donne raison à l'opposition) puisque celles-ci interviennent dans la suite immédiate d'un débat parlementaire ou politique et, du coup, la légitimité de l'institution est contestée – qu'on se souvienne des réactions à sa décision sur le statut pénal du président de la République (CC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*), alors que la Cour de cassation est couverte de louanges après son arrêt *Breisacher* du 10 octobre 2001 qui, pour ce qui est des effets, aboutit exactement au même résultat. Mais, désormais, la presse est élogieuse, particulièrement pour la belle décision CC, 30 juillet 2010 (*M. Daniel W. et autres*) qui met fin aux excès toujours plus accentués de la garde à vue, les journalistes poussant même l'amabilité jusqu'à ne pas rappeler que, quelques années plus tôt, le Conseil avait, à l'occasion de l'examen des lois Perben, accepté des extensions pour le moins lourdes de ladite garde à vue !

« La troisième naissance du Conseil constitutionnel » titre même *Le Monde* (2 août 2010) dans le papier d'analyse qui conclut une page complète consacrée à la décision ; troisième naissance après sa création en 1958 et l'élargissement de la saisine en 1974, ce pourrait même être la quatrième en tenant compte de la décision fondatrice du 16 juillet 1971.

Alors un nouveau Conseil ? 75 décisions en dix mois c'est 8 par mois et, même si les séances sont groupées, 22 ont été consacrées aux QPC à la date du 10 décembre 2010 soit en six mois autant qu'une année pleine normale – hors contentieux électoral. D'où un très net accroissement de la charge de travail mais, avouons-le, au moins pour les membres la charge n'était pas telle que cet accroissement soit insupportable. Derrière cette évidence se cachent d'autres interrogations qui amènent effectivement à la question de savoir ce qui est susceptible de changer au sein du Conseil constitutionnel, même si l'on ne permettra d'évoquer cela avec une pointe de mélancolie puisque j'ai bien aimé le Conseil tel que je l'ai vu fonctionner.

Pour autant il me semble que l'importance présente et probablement plus encore à venir de la QPC pose plusieurs questions au Conseil, pour ce qui est de sa nécessaire professionnalisation, de l'évolution de sa procédure et de sa place dans le concert des juges.

## LA NÉCESSAIRE PROFESSIONNALISATION

Le premier effet de la QPC c'est de régler, me semble-t-il, la sempiternelle question de savoir si le Conseil est ou non une juridiction; je n'ai pour ma part jamais eu de doute là-dessus, dans le sens affirmatif. Comment sans cela accepter que les indiscutables juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif puissent s'entendre dire par une instance non identifiée si elles doivent ou non appliquer la loi? Certes, on pourra toujours soutenir que le Conseil est une juridiction lorsqu'il statue en matière électorale ou en matière de QPC mais ne l'est pas dans le contrôle *a priori*, ce raffinement a ses limites et même la chauve-souris a dû être classée dans un genre. Mais cela suppose que le Conseil gagne en apparence – théorie oblige – et en réalité. Deux questions peuvent là être posées, celle des membres et celle de leur assistance juridique.

157

*Les membres*

Commençons par le plus facile, les membres de droit. La présence automatique au Conseil des anciens présidents de la République se justifiait déjà mal, elle ne se justifie plus du tout. La raison historique de leur présence était en théorie d'assurer à un ancien président un statut moral et matériel lui permettant de tenir son rang. Pour ce qui est du statut moral, la mention sur une carte de visite « ancien président de la République » me paraît valoir, au moins, celle de « membre du Conseil constitutionnel ». Quant au statut matériel, il est largement assuré par la République avec, depuis une loi de 1953, une dotation annuelle équivalente au traitement d'un conseiller d'État, souvent des retraites de haut fonctionnaire et de parlementaire, un appartement ou des bureaux, une voiture et des collaborateurs, etc.

Reste alors la justification par l'expérience... Soit, mais il faudrait prendre garde à la situation où un ancien président – qui n'a qu'une voix – est mis en minorité dans un vote du Conseil, ce qui laisserait à penser que celui qui a appliqué pendant sept ou cinq ans la Constitution ne la maîtrise pas entièrement. L'avantage est donc faible et au surplus il y a assez d'hommes politiques expérimentés autour de la table.

Par ailleurs, et que l'intéressé veuille bien me pardonner ce propos irrévérencieux, on peut s'étonner qu'un membre de droit ait fait savoir que, puisqu'il désapprouvait la procédure de la QPC, il ne participerait pas aux séances où il en serait question, de la même manière qu'il ne participait pas aux séances consacrées au contentieux électoral, ce qui

peut se comprendre davantage. Curieuse juridiction où les juges choisissent leurs causes !

Le comité Balladur lui-même avait proposé cette évolution, l'actuel président de la République ne l'avait pas retenue, par délicatesse sans doute, mais le prétexte est là justifié pour rouvrir ce débat.

158 Quant aux membres nommés, je ne vois pas d'évolution nécessaire, si ce n'est qu'il faut peut-être resserrer le régime des incompatibilités, pour des raisons de temps mais aussi de principe. On voit mal comment un membre pourrait continuer à exercer la profession d'avocat alors qu'il a dans ses mains une part de pouvoir qui permet au juge de penser qu'il peut annuler la loi qu'il lui demande d'appliquer ou de ne pas appliquer. Quant aux professeurs de droit, il paraissait jusque-là suffisant de ne pas assurer le cours sur la V<sup>e</sup> République (ce que j'avais fait pour ma part), mais comment maintenant émettre dans un enseignement la moindre appréciation critique sur telle ou telle disposition législative que l'on risque de retrouver à l'occasion d'une QPC ? Pour ce qui est de la question du mode de nomination, je la crois insoluble, je ne connais pas de formule qui fasse consensus, il y a forcément du politique et du juridique. Comme Dominique Schnapper l'a souligné <sup>1</sup>, il est bon que le groupe constitué réunisse l'expérience de ceux qui ont connu le gouvernement, le Parlement ou le droit par son approche théorique. Elle a montré, je le dis pour elle, qu'une sociologue pouvait très vite se mettre au fait du droit et je me méfierais d'un Conseil composé uniquement de purs praticiens du droit. Pour autant, il serait utile que la corporation des professeurs de droit à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir soit représentée, ce qui n'est pas le cas actuellement, et je ne tirerais aucune satisfaction à l'idée d'être le dernier !

Il y a évidemment une difficulté conjoncturelle : c'est que depuis 2002 les trois autorités de nomination sont issues – et s'en réclament – du même mouvement politique. Je ne sais pas comment la résoudre sauf à adjoindre à chaque membre nommé par un président d'assemblée un membre nommé en symétrie sur proposition de l'opposition de chaque assemblée puisque depuis la révision de 2008 cette notion a pris place dans la Constitution (notamment art. 48, al. 5), mais je ne suis pas sûr que cela aide à dépolitiser et cela amènerait rapidement à 15 membres.

Au demeurant, je crois pouvoir témoigner après d'autres, comme Jacques Robert <sup>2</sup>, que le clivage politique, s'il n'est pas toujours absent,

1. *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010.

2. *La Garde de la République*, Plon, 1998.

est loin d'être permanent et que d'autres, affirmation de l'institution ou *self restraint* maximal, ouverture sur l'Europe ou réticence de nature souverainiste ont autant et souvent plus d'importance.

Une première garantie est d'ailleurs apportée par la nouvelle procédure d'examen par les commissions parlementaires des candidatures envisagées (art. 13 et 56 de la Constitution). La garantie est moins dans le vote, car après tout il suffit de l'avis favorable des 2/5, que dans l'inquiétude que cela peut susciter chez les impétrants : il suffira de leur faire croire que peuvent être posées des questions comme « combien y a-t-il exactement de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ou « quelles conséquences tirer de la formule selon laquelle le droit européen constitue un ordre juridique distinct intégré dans l'ordre juridique interne au sommet duquel demeure la Constitution » pour qu'une résolution mal assurée faiblisse. L'exemple du Sénat américain montre que les cas de refus devant l'obstacle ne sont pas rares. En tout cas, je ne sais si c'est un premier effet de cette procédure, on ne peut naturellement que saluer la qualité des nominations intervenues depuis qu'elle existe.

159

### *Leur assistance juridique*

Si l'on s'en tient à une diversité dans les nominations, ce qui me paraît donc souhaitable, encore faut-il que celui qui n'est pas totalement familier du droit constitutionnel et de ses arcanes puisse trouver les appuis dont il a besoin pour mener ses recherches et étayer sa réflexion.

Que ce que je vais dire ne soit surtout pas pris comme une critique à l'encontre du secrétaire général et du service juridique dont j'ai pu pendant neuf ans apprécier la parfaite compétence et l'exceptionnel dévouement, jour et parfois nuit, jours ouvrables et jours fériés avec des périodes de vacances réduites à une expression que condamnerait le code du travail. J'ai pu aussi constater que l'on peut demander assistance même si l'on est notoirement en désaccord avec l'opinion dominante en train de se dessiner. Mais, outre que cela peut conduire à une légère schizophrénie (je fais une note « pour » un conseiller qui est pour, une note « contre » pour un conseiller qui est contre), cela peut être délicat lorsque le président ou le secrétaire général en son nom ont fait savoir qu'ils tenaient à une solution ; cela peut arriver.

De plus, la charge de travail déjà très lourde va devenir écrasante avec la fonction nouvelle du Conseil, même si le service juridique est renforcé par la présence maintenant généralisée de collaborateurs temporaires, ce qui est une excellente chose pour nos jeunes doctorants et docteurs.

Je pense donc qu'il est temps de diversifier cette fonction d'assistance : on pourrait envisager la constitution de deux équipes et peut-être même, si on veut mettre un peu d'animation, distinguer l'une chargée d'explorer plutôt le pour et l'autre plutôt le contre, en alternant bien sûr, et même l'affectation d'un juriste assistant, à renouveler tous les ans ou tous les deux ans pour éviter les phénomènes d'appropriation, à chaque membre ; après tout un membre de la Cour suprême américaine a plusieurs *clerks* à sa disposition. On objectera que les débats du Conseil risquent de devenir les débats des *clerks*, comme, paraît-il, les amendements parlementaires sont plus l'œuvre des assistants parlementaires que des titulaires des sièges. Mais, dans la mesure où seuls les membres continueraient à participer à la délibération et où on peut les croire capables de résister aux emballements juvéniles de leur assistant, le risque ne me paraît pas insurmontable.

160

Bien d'autres formules, sans doute plus subtiles que celles qui viennent d'être esquissées ici peuvent être envisagées. En tout cas, et de premières décisions du président Debré montrent qu'il en a bien conscience, un accroissement des moyens d'assistance juridique est nécessaire. Il est temps d'accepter, ici comme ailleurs, qu'une nouvelle procédure, surtout si elle aboutit à un alourdissement de la charge qui se rapproche ici du doublement, nécessite de nouveaux moyens.

## L'ÉVOLUTION DE LA PROCÉDURE

On veut évoquer ici les conséquences que pourrait avoir sur les autres missions du Conseil constitutionnel la procédure nouvelle de la QPC. On remarquera d'abord que, pour celle-ci, il a adopté un règlement intérieur précis (décisions des 4 février et 24 juin 2010) qui s'inscrit en parallèle des règlements déjà adoptés pour le contentieux des élections et celui des référendums. En revanche, contrairement à ce que laissait prévoir l'article 56 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, il n'a pas adopté de règlement général pour le contentieux *a priori*, même s'il y a quelques éléments, notamment pour le régime des archives. Et on peut se poser la question de savoir si les solutions adoptées par la QPC ne sont pas amenées à « déteindre » tant sur le contentieux électoral que sur le contentieux traditionnel.

### *Le contentieux électoral*

Il présente avec celui de la QPC de nombreuses ressemblances, il y a des parties intéressées à la solution et l'exigence du contradictoire y est

encore plus forte. On sait que jusqu'en 2007 la procédure était entièrement écrite, échange de mémoires entre les requérants et le parlementaire dont l'élection est contestée, souvent mais pas obligatoirement par l'intermédiaire d'avocats. En revanche, la plaidoirie verbale n'était pas admise, une expérience unique n'ayant pas été jugée concluante. D'où le sentiment d'une certaine opacité, les protestations du parlementaire déchu et sa menace de saisir la Cour européenne des droits de l'homme qui se traduisait généralement, si elle était mise à exécution pour la galerie, par un désistement discret et prudent quelques mois plus tard, la Cour de Strasbourg manifestant une grande prudence pour aborder ces questions.

Le président Debré a souhaité que les plaidoiries orales soient maintenant volontiers acceptées et l'expérience est paraît-il concluante ; il faudra sans doute que la même exigence de publicité globale que pour la QPC soit admise, à l'exception naturellement du délibéré, ce qui risque de conduire au déballage de quelques pratiques irrégulières, mais, en fait, on en trouve bien trace dans les décisions. De plus il paraîtrait souhaitable que la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques soit entendue dans les cas où le Conseil envisage de ne pas faire sienne son appréciation du compte de campagne : après tout, c'est souvent sur sa saisine que le Conseil délibère, et à l'époque où je siégeais cela ne se faisait pas, alors que cela aurait paru parfois utile.

161

À propos du contentieux électoral, signalons ce qui pourrait apparaître comme une lacune de la loi : on sait qu'en matière électorale le Conseil considère que son rôle est celui d'une « juridiction ordinaire », en l'espèce le Conseil d'État, c'est-à-dire qu'il accepte d'exercer un contrôle de conventionnalité (CC, 21 octobre 1988, AN, Val-d'Oise, 5<sup>e</sup> circ., *Asensi*), ce qu'il refuse comme on sait pour le contentieux des normes ; en revanche, et la jurisprudence est bien établie, il refuse d'exercer un contrôle de constitutionnalité sur les règles applicables à l'élection (ainsi l'exemple du rejet des 461 requêtes identiques du Front national sur le découpage électoral, décision du 28 juin 2007).

Mais ce strict parallélisme, d'ailleurs souhaitable, avec la mission du juge électoral du Conseil d'État ne risque-t-il pas d'être mis à mal par la QPC ? En effet, il paraît possible qu'une QPC soit soulevée devant un tribunal administratif ou devant le Conseil d'État lui-même à l'occasion d'une élection locale, voire régionale, comme cela a été le cas en décembre 2010, puisque le respect du suffrage est certainement au nombre « des droits et libertés que la Constitution garantit », selon la formule de l'article 61-1 de la Constitution.

Or, en l'état actuel des textes, cette procédure ne pourrait être utilisée devant le Conseil constitutionnel puisque celui-ci ne peut être saisi que sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, dont on voit mal comment ils pourraient intervenir dans l'affaire.

162 Il serait tout de même paradoxal que le Conseil soit amené à se prononcer sur la constitutionnalité des règles applicables aux élections locales et pas de celles applicables aux élections parlementaires – ce ne sont pas toutes les mêmes. Faut-il pour cela compléter l'article 61-1 ou une décision prétorienne par analogie pourrait-elle suffire ? Je ne sais, mais il y a une incohérence qui, à droit inchangé, ne pourrait être rattrapée qu'en mobilisant le contentieux de conventionnalité, ce qui n'est pas très satisfaisant. Au risque de tomber dans une perversité excessive, je suggère aux futurs candidats malheureux des circonscriptions de la Moselle et du Tarn, départements dont le Conseil a jugé que le découpage avait un « caractère discutable » (CC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*), sans pour autant les annuler, dans une décision quelque peu lénifiante, de tenter l'expérience...

### ***Le contentieux a priori***

Là encore on se pose la question de savoir si les règles de la QPC ne devraient pas amener à quelques modifications.

Le premier point est assez mineur, il concerne l'intervention : le Conseil a admis l'intervention de tiers dans trois QPC (CC, 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres*; CC, 18 octobre 2010, *Rachid M. et autres* et, même date, *PROCOS et autres*). Si l'intervention d'un tiers, qui a un intérêt légitime dans l'examen de constitutionnalité *a posteriori*, est admise, est-il possible de la refuser dans le contrôle *a priori* ? Cela peut d'ailleurs se faire assez facilement, en donnant un peu plus de reconnaissance aux « portes étroites » qui actuellement sont diffusées, ou non, aux membres sur décision du rapporteur et du président. Et il arrive qu'elles jouent un rôle dans la décision, par exemple s'il s'agit d'une consultation pertinente d'un savant collègue, ou parce qu'elles donnent au rapporteur l'idée d'une saisine d'office à laquelle il n'aurait pas pensé spontanément.

L'autre question, plus importante, est celle de la décision prise sur le siège, à l'issue immédiate du délibéré. En matière de QPC la décision est prise quelques jours après l'audience, ce qui me paraît de meilleure méthode. Combien de fois ai-je entendu, au lendemain d'une décision aussitôt publiée, « on aurait dû », « on aurait mieux fait de », sans que cela



mette en cause le sens de la décision mais avec le souci d'en améliorer la rédaction. Cela écarterait quelques impairs comme celui qui me paraît ressortir de la décision CC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté*. La décision finale est heureuse, la solution de conformité aurait été à mon sens très dommageable pour le Conseil, mais le raisonnement, pour utiliser une litote que ne désavouerait pas le Conseil d'État, n'est pas insusceptible de critiques pour ce qui est de sa cohérence interne : si l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme n'est pas applicable puisqu'il ne s'agit pas d'une peine, la rétention de sûreté en ce qu'elle est privative de liberté sans l'intervention d'un juge n'est pas conforme au principe constitutionnel découlant de l'article 8 !

Une relecture quelques jours plus tard aurait certainement permis de rétablir une logique plus cohérente. Et puisque le Conseil se réunit beaucoup plus fréquemment, il n'y aurait que des avantages à se séparer sur un projet de décision, et à remettre le prononcé à une séance ultérieure, étant entendu que son sens ne serait pas remis en cause, mais que repentirs et améliorations pourraient y trouver place.

163

## LE CONCERT DES JUGES

L'expression usuelle, due à Bruno Genevois, est celle de dialogue des juges, et je sais bien que le terme de dialogue ne limite pas à deux le nombre des interlocuteurs. Mais avec cinq candidats au titre de Cour suprême (voir la contribution de Denys de Béchillon dans ce numéro), le risque de contradictions et de fausses notes s'élève... d'où le souhait d'un concert aussi harmonieux que possible, la question se posant tant pour les juridictions nationales – qui sera le vrai juge constitutionnel ? – que pour les juridictions supranationales – et l'Europe dans tout ça ?

### *Qui sera le vrai juge constitutionnel ?*

On sait qu'il existe en France la vieille idée d'un contrôle de constitutionnalité diffus, assuré de manière ponctuelle par le juge ordinaire et qui trouve sa source, en bonne partie, dans la légende créée autour de l'arrêt *Heyriès* (CE, 28 juin 1918) par la note de Maurice Hauriou<sup>3</sup>. Après un demi-siècle de Conseil constitutionnel et un tiers de siècle de contrôle de conventionnalité, on aurait pu la croire un peu abandonnée, mais il n'en est rien. Je l'ai retrouvée il y a quelques semaines lors de

3. Voir Renaud Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, 2009.

la soutenance de la belle thèse de Charles-Édouard Sénac <sup>4</sup>, où l'auteur étend son propos à l'ensemble des juges. J'ai cru pouvoir lui dire que si l'idée était, à mon sens, un peu audacieuse pour l'heure, il se pourrait bien qu'il ait très vite raison. En effet, si l'on s'en tient aux premiers éléments statistiques, indiqués de façon liminaire, dans 74 % des cas le Conseil d'État et la Cour de Cassation décident de ne pas transmettre une QPC en estimant qu'il n'y a pas de problème de constitutionnalité. C'est bien le rôle qui leur est dévolu par la Constitution, mais cela veut dire que très majoritairement le brevet de constitutionnalité de la loi est délivré par ces juridictions et non par le Conseil constitutionnel. On l'a bien vu il y a quelques mois avec le refus par la Cour de cassation de transmettre une QPC sur la loi dite *Gayssot*. Sur le fond je suis largement d'accord avec cette position, ladite loi qui permet de poursuivre la contestation d'un crime constaté par un tribunal international ne me paraissant pas poser le problème de constitutionnalité, il existe bien une possibilité de poursuite pour la contestation d'un jugement rendu par les juridictions nationales. Il en irait différemment, à mon sens, des autres lois mémorielles qui à la fois définissent un crime et désignent son auteur, et sur ce deuxième point ce n'est certainement pas le rôle de la loi. Pour autant, on peut regretter que le brevet de constitutionnalité n'ait pas été donné par le Conseil constitutionnel : on croyait la QPC inventée pour cela.

164

Cela peut faire craindre que, avec son inscription dans la Constitution, le Conseil constitutionnel ait remporté une victoire à la Pyrrhus : et si le juge quotidien de la constitutionnalité c'était l'autre ? Pour tenter d'éviter cela, j'avais proposé en vain devant les commissions parlementaires, lors de l'écriture de la loi organique, que le Conseil puisse se saisir spontanément d'une question qui ne lui aurait pas été transmise, à l'image du *Writ of Certiorari* de la Cour suprême américaine. Cela n'a pas été retenu, mais au moins est-il acquis que la liste de ce qui n'est pas transmis soit donnée au Conseil qui pourra toujours, j'ai déjà eu l'occasion de suggérer cette idée, par exemple à l'occasion d'observations annuelles sur la pratique de la QPC, regretter avec toutes les suavités nécessaires de ne pas avoir été saisi de telle ou telle question. Bien sûr, ce n'est pas très confraternel de frapper de suspicion la décision d'une cour voisine, mais c'est le prix à payer pour devenir ou rester le juge constitutionnel suprême, comme la nécessité de ne pas se sentir forcément lié par des termes du renvoi, s'ils étaient par trop précis. Et restera encore la concurrence des Cours européennes !

---

4. *L'Office du juge constitutionnel*, Paris-II, 2010.

*Et l'Europe dans tout ça ?*

Commençons par un acte de repentance : j'avais cru pouvoir prédire, dans une des nombreuses journées d'études consacrées à la QPC avant la mise en place de la procédure, que le mécanisme de renvoi susciterait des réticences de la part du Conseil d'État, habitué à son autorité en matière de droit public, mais qu'il y en aurait moins avec la Cour de cassation qui n'intervient pas dans le même champ. C'est exactement le contraire qui s'est produit, le Conseil d'État a très bien joué le jeu, alors que la Cour de cassation a soulevé la question, pas illégitime mais sans doute inopportune, de savoir si la priorité de la QPC était compatible avec la primauté du droit européen (Cass., 16 avril 2010, *M. Melki*). Une réponse apaisante de la Cour de Luxembourg a permis que le choc frontal soit évité, mais l'incident a rappelé qu'après le brevet de constitutionnalité restait celui de conventionnalité.

165

Rien n'est pire pour une Cour « suprême » que d'être toisée par une autre, qui devient ainsi plus suprême encore, et rien ne serait pire pour la nouvelle procédure et pour le Conseil lui-même qu'une loi déclarée conforme à la Constitution soit déclarée quelques mois plus tard contraire à la Convention européenne des droits de l'homme par exemple. Ce pourrait être parce que les corpus de référence sont différents (on voit mal où à vrai dire) ou parce que le niveau d'exigence est plus élevé à Strasbourg, comme on l'a vu en matière de validation avec l'affaire *Zielinski-Pradal* (CEDH, 28 octobre 1999).

Dès lors, il me paraît évident que, dans son examen de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, pour prévenir ce risque, sera amené, au moins implicitement, à examiner la conventionnalité. Et s'il le fait implicitement, pourquoi ne pas le faire explicitement ? On objectera bien sûr que ceci serait contraire à la célèbre jurisprudence *IVG* du 15 janvier 1975, mais il me semble que les choses ont changé suffisamment pour justifier un revirement partiel. Depuis 1975 il y a eu l'article 88-1, introduit dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 25 janvier 1992, et le Conseil a commencé à prendre l'habitude de fonder ses décisions touchant à l'Europe sur cet article et non sur l'article 55 qui pourrait rester applicable au seul droit international général, à l'exclusion du droit européen, d'autant que celui-ci est désormais reconnu comme un ordre juridique distinct (voir notamment les décisions sur les traités européens, CC, 19 novembre 2004 et 20 décembre 2007).

Le Conseil a d'ailleurs déjà annulé une disposition législative comme contraire à une directive européenne, ainsi dans sa décision CC,

30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*. Certes, d'une part, il s'agissait sur le point précis d'une loi de transposition et, d'autre part, cette censure apparaît comme ouvrant la voie à une curieuse figure d'acrobatie juridique puisqu'elle supprime la possibilité de retour au tarif réglementé comme contraire à la directive, du coup plus d'obligation de service public pesant sur GDF, du coup sa privatisation est possible... Avant qu'une loi ultérieure ne rétablisse le retour au tarif réglementé une fois la privatisation faite – et cette loi ne sera pas déferée!

166 Bien sûr, je ne méconnais pas l'argument de la masse du droit européen (communautaire et CEDH) et j'ai un peu de mal à accepter qu'un paragraphe d'une directive puisse l'emporter sur la Constitution. Mais peut-être pourrait-on commencer par le droit originel, celui des traités, ce qui permettrait de soutenir avec plus de facilité devant la Cour de Luxembourg qu'une directive ne peut pas aller à l'encontre de l'identité constitutionnelle d'un État membre. Il reste encore quelques limites au tout-européen comme cela vient d'être montré dans une autre belle thèse<sup>5</sup>. Ajoutons au passage, sans vouloir souffler sur le feu, que cela pourrait être une réponse à une Cour de cassation s'obstinant dans son zèle communautaire.

Nous n'en sommes peut-être pas là... Mais le succès de la QPC et par là du Conseil qui la porte au principal ne sera reconnu que si elle apporte au citoyen une protection supérieure aux autres voies de recours. Cela suppose que, dans ce concert des juges, la voix du Conseil ne soit pas couverte par une autre!

Terminons par un dernier rêve: beaucoup de ce qui vient d'être esquissé suppose un net renforcement des moyens du Conseil, ce qui pose, malgré les aménagements faits, un problème de place, et le président Debré y a déjà fait allusion. Osons suggérer un déménagement et, en place de la procédure lamentable qui pourrait confier à des intérêts privés l'hôtel de la Marine, faisons-en une grande Maison des Libertés, le Conseil mais aussi le futur Défenseur des droits et quelques autres instances si la surface le permet. En face de l'Assemblée nationale, reliée à elle par la place et le pont de la Concorde, quel beau symbole et quel beau projet pour un quinquennat!

---

5. Jean-Philippe Derosier, *Les Limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, Paris-I, 2010.

R É S U M É

---

*Dès ses premiers mois d'application, la question prioritaire de constitutionnalité a connu un vif succès. Cela pose la question de savoir si ce contentieux, nouveau et d'emblée important, est susceptible d'avoir des conséquences sur le Conseil et d'entraîner quelques évolutions. Celles-ci pourraient toucher son organisation, statut des membres et renforcement des services, sa procédure, tant pour le contentieux électoral que pour le contentieux a priori, ou sa place dans le concert des juges face au rôle de filtre des cours suprêmes nationales ou à la question de plus en plus présente de l'articulation entre droit constitutionnel national et droit européen.*