

## LE PROCÈS CONSTITUTIONNEL

Un «procès»? ! Devant le Conseil constitutionnel? ! Un «procès constitutionnel»? ! Pourquoi pas, le Conseil «Tribunal constitutionnel»? ! Ou le Conseil «Cour suprême»? ! Même avec des guillemets, même avec des points d'interrogation, associer les mots «procès» et «constitutionnel» est, au mieux, vouloir provoquer, au pis, manquer de savoir juridique. Ou inversement. Car il est entendu que le Conseil n'est pas une vraie juridiction, qu'il n'y a pas de litige ni davantage de parties devant le Conseil, qu'il statue sans code de procédure et que la Constitution n'a pas accordé à ses décisions la formule consacrée de l'autorité de la chose jugée, se contentant de disposer qu'elles «s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

47

Cette représentation a, peut-être, un peu évolué; elle reste encore, malgré des propos publics plus convenus, largement partagée. Et pourtant, sous l'impulsion du doyen Georges Vedel et du président Robert Badinter, la figure juridictionnelle du Conseil s'est progressivement affirmée. De manière empirique, et donc effectivement sans codification écrite, les membres du Conseil ont adopté une méthode de travail des affaires qui aboutit à un résultat favorable au principe du contradictoire. Deux initiatives, en apparence anodines, ont contribué à cette évolution: la publication au *Journal officiel*, à l'initiative du président Daniel Mayer, des saisines (1983) et, onze ans plus tard, la publication dans ce même journal des observations en défense de la loi envoyées au Conseil par le secrétariat général du gouvernement (1994). Dès lors, l'image du face-à-face Conseil constitutionnel/requérants parlementaires s'efface au profit de la représentation classique du procès: d'un côté, les requérants qui exposent leurs griefs contre la loi, soulèvent les moyens d'inconstitutionnalité et concluent à la censure; de l'autre, le gouvernement qui défend la loi, répond point par point aux arguments de la saisine et

conclut au rejet du recours; entre les deux, le Conseil, instance tierce, qui statue au vu de cet échange d'arguments. L'ensemble étant publié au *Journal officiel*, chacun peut apprécier le caractère contradictoire de la procédure et la qualité des argumentations. Le président Jean-Louis Debré a confirmé et amplifié ce mouvement en invitant des personnalités qualifiées sur l'affaire en cause à venir exposer leur analyse sur telle ou telle disposition de la loi contestée, devant l'ensemble du Conseil. Avant même la QPC, les éléments constitutifs du procès étaient présents; à l'état sommaire sans doute, mais présents<sup>1</sup>.

48 La révision constitutionnelle de juillet 2008, en donnant à tout justiciable le droit de soulever devant toute juridiction et à tout moment de la procédure la question de la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée, a fait ressortir tous les éléments du procès, les a approfondis, développés, consacrés. D'informel ou peu formalisé sous le contrôle *a priori*, le procès constitutionnel est devenu constitué et formalisé avec le contrôle *a posteriori*. Le marqueur juridique de ce passage est sans doute l'adoption par le Conseil, le 4 février 2010 – un mois avant l'entrée en vigueur de la QPC – de la décision « portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ». Mais, il n'est pas le seul. Sans prendre parti en faveur des définitions formelle ou matérielle du procès, les éléments reconnus par l'une et l'autre école sont suffisamment réunis pour qu'il soit juridiquement légitime de parler, aujourd'hui, de procès constitutionnel. D'abord, parce que la décision du Conseil est rendue à l'occasion d'une contestation par une personne de l'application qui lui est faite de la loi; ensuite, parce que la décision du Conseil est prise en suivant une procédure qui garantit les intérêts des parties; enfin, parce que la décision du Conseil met fin au litige avec l'autorité de la chose jugée.

## UN LITIGE CONSTITUTIONNEL

En disposant que la QPC peut être soulevée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », le nouvel article 61 pose la nécessité d'un procès ordinaire et, à l'intérieur de ce procès, la nécessité de la contestation par une partie de la constitutionnalité de la loi. « Contestation », « par une partie », les deux premiers éléments constitutifs du procès sont

1. Voir, par exemple, Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes & Co, 1997; Pascal Jan, *Le Procès constitutionnel*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2001.

donc ici réunis. Le juge, administratif ou judiciaire, est sollicité par une partie au procès d'une contestation portant sur la constitutionnalité de la loi et, s'il la juge recevable, cette contestation-là est portée par la partie qui l'a soulevée devant le Conseil constitutionnel. Ce n'est évidemment pas le juge qui a déclaré la QPC recevable qui vient plaider devant le Conseil, mais l'avocat de la partie qui a constitué le litige. Et ce litige constitutionnel est lié au litige au fond puisqu'il n'est recevable que si la disposition législative contestée est « applicable au litige », selon les termes mêmes de la loi organique du 10 décembre 2009. Le litige constitutionnel est la continuité nécessaire du litige ordinaire.

Cette formulation – « applicable au litige... » – a provoqué un désaccord fondamental entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Dans un arrêt du 19 mai 2010<sup>2</sup>, la Cour de cassation refuse, en effet, de transmettre la question de la non-motivation des arrêts de cours d'assises au motif que la « question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ». Refus et argumentation *a priori* surprenants dans la mesure où le justiciable contestait « la constitutionnalité des dispositions des articles 353 et 357 du code de procédure pénale » – ce que la Cour admet implicitement en réécrivant la question : « en réalité », écrit-elle – et où cette non-motivation est moins le résultat d'une interprétation de la Cour que d'une disposition littérale du code de procédure pénale. Dès lors, l'argumentation du refus de transmettre apparaît comme le moyen pour la Cour de poser, au moment où la procédure de la QPC se met en place, le principe selon lequel il ne peut porter sur l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative.

Dans sa décision du 6 octobre 2010<sup>3</sup>, le Conseil affirme le principe inverse et juge que, en « posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Le Conseil n'a pas tort. Dès lors, en effet, que le constituant a voulu qu'une QPC puisse être soulevée à l'encontre de lois promulguées, la contestation du justiciable porte nécessairement non sur la disposition législative telle qu'adoptée par le législateur mais sur la disposition telle qu'interprétée-appliquée par les juges. Ce déplacement de l'objet de la contestation est même très

2. Cass., QPC, 19 mai 2010, 09-82582, *M. Yvan Colona*, *Gaz. pal.*

3. CC, 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, *JO*, 7 octobre 2010, p. 18154.

précisément ce qui distingue le contrôle de constitutionnalité *a priori* du contrôle *a posteriori*. Dans le cadre du premier, la critique ne peut évidemment porter que sur la loi « sèche » puisqu'elle intervient avant sa promulgation, avant son entrée en application, donc avant son interprétation par les juges ; dans le cadre du second, en revanche, la critique porte nécessairement sur la loi entrée en vigueur, sur la loi appliquée et donc sur la « portée effective » que le juge, par son interprétation, en a donnée. Avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi parlementaire mais la loi « juridictionnelle », la loi vivante selon l'expression de la doctrine italienne<sup>4</sup>, celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable et qui, pour cette raison, soulève le litige constitutionnel, se porte partie d'un procès qualifié de constitutionnel parce que le litige porte sur la constitutionnalité de la « disposition applicable ».

50

Même si la décision du Conseil contredit la position adoptée par la Cour de cassation, elle ne met pas les juges constitutionnels et judiciaires en concurrence. Le Conseil, en effet, ne substitue pas son appréciation à celle de la Cour ; dès lors qu'elle est constante<sup>5</sup>, les juges constitutionnels prendront l'interprétation des juges ordinaires pour l'interprétation « authentique », celle qui fait produire concrètement des effets de droit. Une disposition législative ne supportera donc pas deux interprétations concurrentes, celle du juge ordinaire et celle du juge constitutionnel ; elle n'en aura qu'une, celle du juge ordinaire. En revanche, cette interprétation ne sera pas « souveraine » puisque le Conseil la soumet à son contrôle ; concrètement, il examinera la constitutionnalité de l'interprétation de la loi retenue par le juge. Ainsi, en l'espèce, il juge que, en interprétant l'article 365 du code civil comme interdisant l'adoption d'un enfant mineur par un couple non marié, la Cour n'avait porté atteinte ni au droit de mener une vie familiale normale ni au principe d'égalité. La réponse peut ne pas emporter la conviction ; mais, vieille stratégie de toutes les audaces jurisprudentielles depuis l'arrêt *Madison v. Marbury*, le Conseil devait poser le principe de sa compétence juridictionnelle sur

4. Voir, par exemple, Gustavo Zagrebelski, « La doctrine du droit vivant et la QPC », in *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n° 1, Dalloz, 2010 ; Caterina Séverino, *La Doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.

5. Il faut s'attendre à quelques beaux débats sur la signification de l'expression « constante » : faudra-t-il une « certaine » durée pour que la jurisprudence soit dite « stabilisée » et laquelle ? comment prendre en compte les résistances éventuelles des cours d'appel à une jurisprudence de la Cour ? et les infléchissements ou revirements de jurisprudence constitueront-ils un changement de circonstance de droit qui pourrait ouvrir une nouvelle QPC ?

les interprétations des juges « ordinaires » sans avoir à en faire application au cas d'espèce.

Habilement, le Conseil a prononcé la première sanction une semaine plus tard à propos d'une interprétation donnée par le Conseil d'État. Le 14 octobre 2010<sup>6</sup>, confronté à la qualification juridique de l'obligation pour la Compagnie agricole de Crau d'avoir à acquitter au profit de l'État une partie de son bénéfice net global, le Conseil considère que celle qui s'impose est non celle du gouvernement – une obligation d'origine contractuelle –, mais celle retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 27 juillet 2009 – un prélèvement à caractère fiscal. Et il juge que, ainsi comprise par le Conseil d'État comme prélèvement fiscal, cette obligation est contraire au principe d'égalité devant les charges publiques dans la mesure où la Compagnie agricole de Crau est la seule société agricole à supporter ce type de prélèvement.

51

Si, comme le pensent souvent les civilistes, l'existence d'un litige est le critère décisif, sinon distinctif, du procès, il est clairement satisfait par la QPC qui se forme sur un différend relatif à la constitutionnalité de la disposition applicable à une partie et provoqué par cette partie.

#### LA GARANTIE DES INTÉRÊTS DES PARTIES

À supposer le différend constitutionnel reconnu, il faut encore, pour reconnaître la qualité de procès constitutionnel, qu'il soit réglé selon les principes propres à la fonction de juger; le critère procédural est, en effet, pour le Pr Serge Guinchard, le principal élément constitutif de l'acte juridictionnel et donc d'un procès. Sous ce rapport, depuis la QPC, le Conseil est formellement soumis aux exigences du procès équitable et du tribunal neutre et impartial. La formalisation de la procédure suivie devant le Conseil est même la conséquence nécessaire de la reconnaissance de sa fonction de juge d'un différend constitutionnel; si, en effet, la Cour de Strasbourg n'analysait pas les questions préjudicielles de constitutionnalité comme un procès, elle ne les soumettrait pas aux exigences de l'article 6 de la Convention<sup>7</sup>. En adoptant un code de procédure qui fait droit à ces exigences, le Conseil marque le caractère juridictionnel de sa fonction.

6. CC, 14 octobre 2010, 2010-52 QPC, *JO*, 15 octobre 2010, p. 18540.

7. CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos*, in Frédéric Sudre, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2009.

**Les règles du procès équitable** sont déclinées aux articles 1<sup>er</sup>, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 et 12. *La règle du contradictoire* est assurée par la possibilité pour les parties de présenter leurs observations. Lorsqu'une QPC est transmise au Conseil, l'affaire est inscrite au greffe et le secrétaire général fixe un délai à la partie requérante, au gouvernement et aux autorités intervenantes<sup>8</sup> pour produire leurs observations et les pièces au soutien de leurs prétentions, assure la circulation de ces documents entre les parties, y compris les observations en réponse. Pour des raisons de célérité – le Conseil doit statuer dans un délai de trois mois –, ces échanges sont notifiés par voie électronique. Le Conseil peut ordonner des mesures d'instruction, soulever un moyen d'office et demander l'audition de personnalités qualifiées ; dans ces hypothèses, le règlement de procédure oblige le Conseil à en informer toutes les parties et autorités intervenantes et à leur donner la possibilité d'y répondre. *La règle de la publicité des débats* est assurée par l'ouverture de la salle d'audience au public, l'aménagement d'une salle réservée au public, un système de vidéotransmission des débats depuis la salle d'audience et la diffusion, décidée par le président du Conseil après avoir recueilli l'avis des parties, des débats sur le site Internet du Conseil. *La règle de l'oralité* est assurée par la plaidoirie des avocats de la partie requérante, l'intervention d'un représentant du gouvernement et la pratique récente d'un échange entre les membres du Conseil et les représentants des parties. *La règle du secret du délibéré* est posée par l'article 11 du règlement de procédure qui précise, conformément à la règle de toute procédure juridictionnelle, que seuls les membres présents à l'audience publique peuvent participer au délibéré ; la décision indique le nom des parties et de leurs représentants, celui du rapporteur et des membres présents et est signée par le président, le rapporteur et le secrétaire général.

**Les règles du tribunal neutre et impartial** sont énoncées à l'article 4 du règlement de procédure qui établit un *mécanisme de récusation* des membres du Conseil. En dehors de l'hypothèse où un membre considérerait, de lui-même, qu'il doit se déporter dans telle affaire, un justiciable peut demander la récusation d'un membre du Conseil « par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier et avant la date fixée pour la réception des premières observations ». Si ces deux conditions sont réunies, la demande est transmise au membre

---

8. Ces autorités sont le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

du Conseil dont la récusation est demandée; s'il n'acquiesce pas à cette demande, le Conseil l'examine et décide sans lui. Outre les conflits d'intérêts entre une partie et un membre du Conseil – relation de parenté, par exemple –, les motifs de récusation les plus attendus au regard des exigences de neutralité et d'impartialité portent sur la participation d'un juge constitutionnel, dans ses fonctions antérieures, à l'élaboration de la disposition législative contestée. Nombre de juges constitutionnels ayant été parlementaire, ministre, membre du Conseil d'État et quelques-uns ayant été président de la République, leur neutralité et leur impartialité pourraient légitimement être mises en cause s'ils devaient juger la constitutionnalité d'une loi dont ils ont été, quelques années auparavant, les auteurs. L'article 4 du règlement de procédure a, évidemment, prévu cette hypothèse particulière et, se référant implicitement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, dispose « qu'en lui-même le fait qu'un membre du Conseil a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet d'une QPC ne constitue pas une cause de récusation ». Le justiciable ne devra donc pas se limiter à dire que tel juge constitutionnel était parlementaire au moment où la disposition contestée a été adoptée; il devra apporter la preuve qu'il a pris une part déterminante dans son adoption. À titre d'exemple, Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation au moment de l'arrêt *Perruche*, s'est déporté de lui-même le jour où le Conseil a jugé la question de la constitutionnalité de la loi dite « anti-*Perruche* ».

53

Ces transformations juridiques sont accompagnées de transformations architecturales importantes qui, dans les contraintes du palais de Montpensier, donnent une figure juridictionnelle au Conseil: nouvelle salle d'audience distincte de la salle de délibération et ressemblant davantage à celle de tout tribunal, salle réservée aux avocats, service juridique étoffé, bibliothèque agrandie...

## L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

Dernier élément constitutif du procès, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision qui tranche un différend après avoir suivi les règles propres à la fonction de juger est aussi une caractéristique des décisions du Conseil; elle découle de l'article 62 de la Constitution, elle avait déjà été consacrée dans le cadre du contrôle *a priori*, elle s'accomplit pleinement dans le cadre de la QPC. Avec une visibilité et une vigilance sans doute plus fortes. En effet, une *décision de rejet* de la QPC entraîne la reprise du jugement au fond qui avait été suspendu le temps du procès

constitutionnel. Une *décision de rejet avec réserves d'interprétation*, c'est-à-dire, une décision par laquelle le Conseil définit les modalités de l'application constitutionnelle de la disposition législative contestée et la déclare donc conforme à la Constitution sous réserve d'être appliquée selon ses « directives », bénéficie d'une autorité plus contraignante pour les autorités administratives et juridictionnelles. Jusqu'à présent, le Conseil n'avait aucun moyen de vérifier si ces autorités suivaient ou non ses « directives d'application » ; désormais, si elles ne sont pas suivies, le justiciable pourra soulever une QPC pour non-respect de l'autorité de la chose jugée composante nécessaire du droit au juge et à un procès équitable. Une *décision d'inconstitutionnalité entraîne l'abrogation de la disposition législative*, mais le Conseil dispose, par le nouvel article 62, de la possibilité de faire varier les effets dans le temps de cette abrogation.

54

Cette possibilité de moduler les effets d'une décision de censure est particulièrement importante pour l'intérêt du moyen de constitutionnalité dans la mesure où, une abrogation valant pour l'avenir, le justiciable qui a soulevé victorieusement une QPC pourrait ne pas en bénéficier personnellement ; et préférer en conséquence le moyen de conventionnalité qui lui permet d'obtenir la mise à l'écart de la loi dans son affaire. Aussi, dès sa première décision QPC, le Conseil a voulu montrer l'effet utile pour le justiciable d'une décision d'abrogation. Dans la décision du 28 mai 2010<sup>9</sup>, la déclaration d'inconstitutionnalité avait comme conséquence mécanique – et perverse – de faire revivre le régime ancien des pensions encore plus inégalitaire que celui censuré. Le Conseil décide donc, comme l'article 62 de la Constitution lui en donne la possibilité, de reporter au 1<sup>er</sup> janvier 2011 la date d'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles ; et il invite le législateur à voter avant cette date une loi qui remédie à cette inconstitutionnalité. Mais ce report dans le temps de l'effet de l'abrogation des dispositions censurées pouvait avoir des conséquences dommageables pour les requérants puisque, tout en étant déclarées inconstitutionnelles, elles continuaient à s'appliquer jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier ! C'est pourquoi le Conseil demande aux juridictions de ne pas juger ces litiges, de ne pas faire application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, bref, de surseoir à statuer jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Par cette première décision, le Conseil livre d'un coup l'esprit dans lequel il entend conduire le contentieux QPC. Refusant une approche timide ou précautionneuse de ce nouveau moyen, il n'hésite pas à censurer des lois promulguées et à en faire profiter immédiatement les requérants

9. CC, 28 mai 2010, 2010-1 QPC, JO, 29 mai 2010, p. 9728.



et tous ceux qui se trouvent dans la même situation. Mais, soucieux de la sécurité juridique et de la compétence du Parlement, il se montre prêt à différer dans le temps les effets de ses décisions pour permettre à chacun, et en particulier au législateur, de prendre les mesures qui répondront aux exigences constitutionnelles dessinées par le Conseil.

Évidemment, la chose jugée par le Conseil constitutionnel peut toujours être discutée soit devant la Cour européenne des droits de l'homme, soit devant et par le pouvoir constituant. Mais, il en est ainsi des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État sans que soit déniée à leurs décisions la qualité d'acte juridictionnel issu d'un procès : la Cour de Strasbourg a contredit à plusieurs reprises les jugements de l'une et l'autre et le pouvoir législatif a désavoué la Cour de cassation en votant la loi dite, précisément, « anti-Perruche », du nom de l'arrêt de la Cour.

Un différend lié à l'application d'une disposition législative, un jugement de ce différend selon les principes du contradictoire, de la publicité, de l'oralité, de l'impartialité du tribunal et une décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, tous les éléments constitutifs du procès sont réunis. Ils peuvent être améliorés, complétés, approfondis et il faut revenir ici, et une nouvelle fois, sur un mode de nomination des juges constitutionnels qui ne correspond plus à sa fonction juridictionnelle ; mais ni la Cour de cassation et encore moins le Conseil d'État n'ont, d'un coup d'un seul, respecté ensemble les critères formels et matériels du procès. Assurément, la chose qui se déroule au Conseil constitutionnel est bien un procès constitutionnel. Et sans guillemets !

55

## R É S U M É

*Un différend lié à l'application d'une disposition législative, un jugement de ce différend selon les principes du contradictoire, de la publicité, de l'oralité, de l'impartialité du tribunal et une décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, tous les éléments constitutifs du procès sont réunis. Ils peuvent être améliorés, complétés, approfondis et il faut revenir ici, et une nouvelle fois, sur un mode de nomination des juges constitutionnels qui ne correspond plus à sa fonction juridictionnelle ; mais ni la Cour de cassation et encore moins le Conseil d'État n'ont, d'un coup d'un seul, respecté ensemble les critères formels et matériels du procès. Assurément, la chose qui se déroule au Conseil constitutionnel est bien un procès constitutionnel. Et sans guillemets !*

