

LE PARLEMENT ET LA QPC

La préhistoire de la QPC commença dès 1958¹ mais tourna court aussitôt. Il fallut attendre trois décennies de plus pour que François Mitterrand, sur la suggestion de Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel, pût prendre l'initiative d'un projet de loi constitutionnelle² tendant à introduire dans notre droit une exception d'inconstitutionnalité. Le chef de l'État avait voulu voir là une célébration tangible du bicentenaire de la Déclaration de 1789 qui déjà associait dans son préambule le « maintien de la Constitution et [le] bonheur de tous ».

73

Si l'Assemblée nationale acquiesça, en première puis en seconde lecture, ce fut contre le vœu du PC, du RPR et de l'essentiel de l'UDF³. Quant au Sénat, il sabota méthodiquement la réforme, non pas en votant

1. Dans le compte rendu de la réunion du groupe de travail qui avait œuvré à la rédaction de l'avant-projet de Constitution, tenue le 8 juillet 1958, on lit, à propos du Conseil constitutionnel : « M. Aurillac estime qu'un pareil Conseil n'est utile que s'il peut se faire juge de la constitutionnalité par renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. » Cette proposition fut néanmoins écartée « à la quasi-unanimité » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. I, p. 382). On y retrouve une allusion dans un commentaire piquant (*ibid.*, vol. IV, p. 190) selon lequel : « [...] l'opinion n'admettrait pas facilement qu'une loi votée par le Parlement puisse être censurée par des juges une fois qu'elle a été promulguée. D'ailleurs, les juges eux-mêmes se sont toujours refusés à exercer ce contrôle, que la Constitution de 1875, par exemple, ne leur interdisait pourtant pas ».

2. Projet de loi constitutionnelle n° 1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

3. Le 25 avril 1990, en première lecture, le texte fut approuvé par 306 voix contre 246. Avaient voté « pour » tous les socialistes (272) mais aussi 14 centristes (dont Jacques Barrot, désormais membre du Conseil constitutionnel et Jean-Jacques Hyst, aujourd'hui président de la commission des lois du Sénat), 4 UDF (Pascal Clément, François Léotard, Alain Madelin et André Rossi), ainsi que 14 non-inscrits. Tout le PC, tout le RPR (sauf Michel Noir, non-votant) et une très large majorité de l'UDF avaient voté « contre » (*JO AN*, p. 730). 16 députés (2 abstentionnistes, 1 non-votant et 13 contre) firent ensuite savoir qu'ils avaient voulu voter « pour » (*ibid.*, p. 732).

contre mais en l'alourdissant de surcharges qu'il savait inacceptables⁴. Le gouvernement n'excluait pas de pouvoir amener la seconde Chambre à des sentiments plus constructifs ou au moins, à défaut, de l'obliger à assumer clairement son refus. Le président de la République, jugeant que les objectifs qui étaient les siens avaient été atteints, préféra que l'on n'insistât pas.

Il reprit l'initiative, à la suite des travaux du comité Vedel⁵, mais à une date, mars 1993, à laquelle elle avait bien peu de chances de prospérer et, sans surprise, ne le fit pas.

C'est donc la troisième tentative qui connaîtra le succès.

74 Sans prétendre à l'originalité, mais au terme de discussions approfondies, le comité Ballardur, dans sa proposition 74⁶, s'inspira plus directement du texte de 1993 que de celui de 1989. Le projet de loi constitutionnelle⁷ déposé par Nicolas Sarkozy le 23 avril 2008 retint l'idée, dans son article 26, tout en proposant bizarrement de la limiter aux lois postérieures à 1958.

Cette restriction fut évacuée par l'Assemblée nationale, dès sa première lecture. Le Sénat opéra une ablation opportune⁸, puis on n'y revint plus. Le nouvel article 61-1 de la Constitution se trouva des plus rapidement prêt.

La QPC n'était pas née pour autant. La disposition constitutionnelle, en effet, se bornait à poser des principes ou des règles – le contrôle *a posteriori*, limité aux droits et libertés que la Constitution garantit, dans le cadre d'un contentieux – et apportait des indications déterminantes – le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le délai –, mais le champ des possibles demeurait très largement ouvert. Il n'était nullement acquis que ce serait une question, car ce pourrait être une exception, ni qu'elle serait prioritaire, car elle pourrait tout aussi bien se révéler préalable ou préjudicielle.

Bref, après le passage du constituant beaucoup restait à faire qui, comme l'avait prévu le second alinéa de l'article 61-1, relèverait de la loi organique.

4. Au nombre desquelles figurait, en particulier, la volonté d'amputer massivement le droit de « dernier mot » que le dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution reconnaît aux seuls députés.

5. *JO*, 16 février 1993, p. 2538.

6. *Une V^e République plus démocratique*, Fayard, 2008, p. 231.

7. Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, AN, n° 820.

8. Où le projet écrivait « dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique », la seconde Chambre supprima ces « réserves ».

De ce fait, le Parlement disposait d'une marge de discussion et de décision plus ample. Sur un projet de loi constitutionnelle plane l'ombre du chef de l'État, intimidante pour la majorité qui ne veut pas risquer d'aller à l'encontre de ses volontés ou de les mal servir. Aussi se sentait-elle plus libre devant une loi organique et comptait bien faire entendre sa voix. En l'occurrence, elle y était d'autant plus portée qu'elle savait l'opposition aussi prédisposée, sur ce sujet, à contribuer à une création commune.

Certes, le projet de loi organique présentait des choix et le faisait clairement, mais tous devaient être soumis à une discussion ouverte, et c'est bien de cette dernière qu'est véritablement issue la QPC.

Le Parlement est ainsi en droit de la considérer comme sa fille. Rien de surprenant alors à ce qu'il s'y montre attaché.

75

LA QPC, FILLE DU PARLEMENT

Il y avait le précédent de la LOLF, loi organique relative aux lois de finances, qui fut, en 2001, le fruit d'une initiative des assemblées elles-mêmes et qui reconstruisit tout le droit budgétaire. L'originalité est moins spectaculaire ici puisque c'est d'un projet et non d'une proposition qu'est sortie la loi adoptée. Il n'en demeure pas moins que des choix essentiels furent exercés, après des échanges et réflexions très denses, par les assemblées elles-mêmes, sous les yeux du gouvernement bien davantage que sous son influence.

Le texte du projet de loi⁹ apportait des réponses nombreuses, et le plus souvent bienvenues, à certaines des questions demeurées en suspens, mais il en laissait subsister d'essentielles. Deux d'entre elles devaient revêtir une importance particulière : comment s'assurer que le filtre ne se révèle pas être un bouchon ? Comment faire en sorte que le contrôle de conventionnalité n'offre pas un canal de dérivation ?

Sur la première, il n'était pas au pouvoir des assemblées de diriger les décisions qu'auraient à prendre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Le parti ayant été pris d'instituer ce filtre, unique en Europe, il imposait de s'en remettre à ceux auxquels il avait été confié.

En revanche, les parlementaires veillèrent à mettre toutes les chances du côté d'un fonctionnement fluide. C'est ainsi qu'ils décidèrent que le juge *a quo* devrait statuer « sans délai » (art. 23-2) là où le projet était muet,

9. Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, AN, n° 1599, 8 avril 2009.

puis qu'ils décidèrent, au dam passager des intéressées, que l'absence de décision rendue par les juridictions suprêmes dans le délai imparti de trois mois entraînerait transmission au Conseil constitutionnel¹⁰. Le législateur ne pouvait guère aller au-delà, sauf à préciser, comme cela fut évoqué mais de manière trop inopinée pour que fût prise la mesure de l'importance du propos¹¹, que la question pourrait porter tant sur la loi elle-même que sur son interprétation. Peut-être eût-on évité des déconvenues ultérieures, mais il est vrai que nul n'imaginait alors que pourrait surgir la catégorie inattendue de la jurisprudence supra-constitutionnelle¹², par laquelle l'interprétation se trouve miraculeusement détachée de la loi sur laquelle elle porte et devient extérieure à celle-ci.

76 C'est sur la seconde question en suspens que l'apport du Parlement a été le plus décisif. Le risque était réel et fut rapidement identifié : sachant que contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité peuvent mettre en œuvre des principes identiques, ou du moins très voisins, tout juge pourrait exercer d'abord son contrôle de conventionnalité, au besoin en usant d'une question préjudicielle, puis, dans les cas où il serait conduit à écarter la loi, constater alors que celle-ci, de ce fait, ne serait plus « applicable au litige ou à la procédure », ce qui rendrait à la fois impossible et vain le renvoi au Conseil constitutionnel.

Un tel scénario, très plausible – le creusement du canal par lequel des sujets relevant du contrôle de constitutionnalité eussent été dérivés vers le contrôle de conventionnalité –, eût fait avorter la QPC. Premièrement, à l'égard du même principe, les juges auraient eu quelque peine à considérer, au titre de la conventionnalité, qu'il n'était pas méconnu puis, d'autre part, à juger, au titre de la constitutionnalité, qu'était quand même sérieux le moyen qu'eux-mêmes venaient d'écarter, de sorte que le nombre de renvois eût diminué d'autant. Deuxièmement, cela eût conduit à ne donner au contrôle de constitutionnalité qu'un rôle résiduel, alors que l'intention affichée du constituant était de permettre enfin au justiciable de se placer à l'abri de la Constitution nationale, laquelle n'eût pu apporter sa protection, au plus, que dans les seuls cas où aucune autre méthode

10. On peut regretter, au passage, qu'il ait été ainsi porté atteinte à l'unité de vocabulaire. Dans les autres dispositions de la loi organique, et en cohérence avec l'article 61-1, il est question de « transmission » entre les juges *a quo* et le Conseil d'État ou la Cour de cassation, puis de « renvoi » entre ces derniers et le Conseil constitutionnel. Il eût donc été préférable d'écrire à l'article 23-7 que, dans l'hypothèse visée, la question serait « renvoyée » au Conseil constitutionnel.

11. Sénat, amendement n° 1 rectifié, séance du 13 octobre 2009, *JO Sénat*, p. 8581.

12. Nicolas Molfessis, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *La Semaine juridique*, n° 42, p. 1039.

n'eût permis un résultat équivalent. En d'autres termes, des dispositions législatives contraires à la Constitution n'eussent jamais été déclarées telles, parce que l'on eût préféré, auparavant, les constater contraires au droit de l'Union européenne ou aux engagements internationaux de la France. Troisièmement, enfin, ces textes, même dévitalisés, eussent survécu puisqu'ils eussent été simplement écartés mais que n'eût pu être exercé le pouvoir d'abrogation auquel peut seul conduire le contrôle de constitutionnalité.

C'est pour éviter un tel résultat que le Parlement – car c'est là qu'est née l'idée – a choisi de transformer la « question de constitutionnalité » du projet de loi, en « question prioritaire de constitutionnalité » de la loi organique. Les élus ont donc véritablement donné naissance à la QPC en adoptant le 5^e alinéa de l'article 23-2¹³, puis l'ont baptisée en modifiant en conséquence l'intitulé du chapitre II *bis* de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

77

Ceci n'est pas allé sans querelles oiseuses sur les places respectives des droits national et supranational, querelles dans lesquelles on a confondu priorité avec préséance ou primauté, malgré les observations pertinentes d'auteurs plus placides¹⁴. Comme l'a très bien perçu la CJUE¹⁵, il s'est agi d'accélérer le contrôle de constitutionnalité sans retarder d'un instant, ni écorner, le contrôle de conventionnalité, et il suffit d'imaginer un combat entre Usain Bolt et Wladimir Klitschko pour comprendre qu'être le plus rapide n'est pas synonyme d'être le plus fort.

La priorité est donc exclusivement procédurale. C'était à la fois nécessaire et suffisant. Les élus ont eu le mérite de s'en convaincre puis de le traduire dans le texte. Par ailleurs, pour éviter de mettre les juges dans un embarras occasionnel ou de voir prises des initiatives intempestives, le texte organique (art. 23-1 et 23-5) interdit que le moyen constitutionnel puisse être soulevé d'office.

Au total, le sentiment d'avoir accompli œuvre utile, tous groupes politiques confondus, explique que la loi organique ait eu besoin de

13. « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. »

14. Denys Simon, Anne Rigaux, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010, p. 5.

15. CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C/189-10.

trois lectures seulement, deux à l'Assemblée nationale, une au Sénat, et surtout que toutes se soient conclues par des votes unanimes.

Les occasions sont moins nombreuses qu'on ne souhaiterait de souligner la qualité du travail parlementaire. Il s'en présente une ici, donc saluons sans barguigner.

D'un projet de loi correctement conçu mais incomplet, les débats ont fait une loi organique réfléchie et opérationnelle. La QC y est devenue QPC et, puisque les parlementaires peuvent légitimement revendiquer une paternité collective, il est naturel qu'ils soient, tout aussi légitimement et collectivement, attentifs au devenir de leur enfant.

LE PARLEMENT ATTENTIF À LA CROISSANCE DE SA FILLE

78

Le 1^{er} mars 2010 a marqué les débuts de la procédure. Si le Conseil d'État en a joué le jeu, aussitôt et pleinement, sans que cela suffise à rassurer définitivement sur la disparition de ses réticences antérieures, on sait que la Cour de cassation adopta une attitude moins coopérative, pour ne pas dire franchement hostile parfois.

Ici n'est pas le lieu de commenter cette mauvaise volonté manifeste, mais plutôt d'observer les réactions qu'elle provoqua du côté du Parlement. Celles-ci ont été plus vives, plus rapides et plus consensuelles que d'ordinaire puisqu'on vit se succéder, très vite de surcroît, la rétorsion et la menace.

Rétorsion. La Cour de cassation avait insisté, lors de l'élaboration de la loi organique, pour que le traitement des QPC fût confié, en son sein, à une formation *ad hoc* placée sous l'autorité du Premier président. Le Sénat s'empara de la première occasion pour déplorer, avec une délicieuse fausseté, le caractère multiple et harassant des tâches du Premier président¹⁶ et décider de le soulager de celle-là en supprimant purement et simplement cette formation spéciale¹⁷. L'Assemblée nationale lui emboîta le pas en invoquant elle, avec tout autant de joyeuse hypocrisie, un souci de simplification¹⁸. Comme au Conseil d'État, le sort des QPC serait donc réglé dorénavant par les formations habituelles, dont les parlementaires

16. Sénat, séance du 27 avril 2010, *JO Sénat*, p. 2866.

17. Article 12 de la loi organique 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

18. L'amendement sénatorial fut adopté par les députés sans même être discuté, le 3 mai 2010 (3^e séance), après que le *Rapport* (n° 2511, p. 20) en avait donné une présentation des plus lénifiantes.

espéraient qu'elles se montreraient moins chiches, ou peut-être moins homogènes, que n'avait été l'éphémère formation spéciale.

Menace. Comme cela risquait de ne pas suffire, on songea à aller plus loin. Le président de la commission des lois du Sénat, Jean-Jacques Hyest, fut le plus prompt et le plus déterminé qui, dès le 9 juillet 2010, déposa une proposition de loi organique¹⁹ qui dénonçait dans son exposé des motifs un « blocage » en provenance de la Cour de cassation et envisageait, « à l'initiative des parties, une possibilité de contestation devant le Conseil constitutionnel d'un refus de transmission ». La méthode était quelque peu violente et soulevait en outre un problème constitutionnel sérieux : quand l'article 61-1 mentionne exclusivement une saisine « sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation », la loi organique pourrait-elle ménager une procédure qui fasse l'économie d'un tel renvoi ? Certes, le Conseil constitutionnel pourrait être tenté de se montrer indulgent à l'égard d'une proposition qui lui serait sympathique mais, pour cette raison même, une telle indulgence pourrait être constitutionnellement d'autant plus coupable.

79

Le plus intéressant, ici, est moins dans le contenu de cette proposition que dans la volonté qu'elle a traduite : celle d'un membre éminent, et sans doute pas du tout isolé, de la seconde Chambre de mobiliser tous les moyens pour faire vivre la QPC, au besoin en forçant la main de quiconque y ferait obstacle.

Or, il est frappant de constater que cette même volonté s'est également manifestée, sous une forme plus policée, à l'Assemblée nationale. Ici aussi l'initiative revint au président de la commission des lois puisque c'est lui qui, saisi par le président Accoyer, décida, procédure assez inusuelle sur un texte récent, d'organiser une journée d'étude, le 1^{er} septembre 2010, qui déboucha sur un rapport d'information²⁰. Douze auditions, en présence de députés assez nombreux qui posèrent beaucoup de questions, souvent informées et précises, témoignèrent de l'intérêt vigilant qu'ils portaient au sujet, de nouveau tous groupes politiques confondus. À cette occasion, d'autres retouches à la loi organique furent envisagées, moins radicales que celle proposée au Sénat mais animées des mêmes préoccupations²¹.

Le président de la commission, Jean-Luc Warsmann, fut d'ailleurs

19. Proposition de loi organique 656 modifiant la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

20. *Rapport d'information*, n° 2838, « La loi organique relative à l'application de la question prioritaire de constitutionnalité : première évaluation de la procédure ».

21. *Ibid.*, p. 53.

très clair : puisque le législateur organique serait sollicité derechef, ne serait-ce que pour donner vie au défenseur des droits de l'article 71-1, cela « nous donnera l'occasion, si une disposition législative nous paraissait importante, d'en débattre concrètement ²² ». Et il ajouta, afin qu'il n'y eût pas d'équivoque : « La discussion d'aujourd'hui ne relève d'aucun complot, simplement de la volonté que les acteurs chargés de l'application de la loi organique s'en acquittent le mieux possible, dans l'intérêt de nos concitoyens. »

Tout le monde se trouvait ainsi prévenu : soit, comme il serait souhaitable, chacun concourrait loyalement au succès de la réforme, soit le Parlement n'hésiterait pas à intervenir à nouveau autant que nécessaire.

80 Maniant de la sorte la rétorsion et la menace, qui plus est de manière rapide et transparente, le Parlement a montré à la QPC un attachement qui est loin de lui être coutumier sur d'autres sujets, y compris institutionnels ou juridiques.

Le fait est d'autant plus notable que l'on pouvait penser *a priori* que les assemblées auraient quelques raisons de se défier de cette innovation.

Premièrement, elle permettrait de soumettre au contrôle toutes les lois, non seulement les plus anciennes mais aussi les plus récentes, y compris les plus unanimes, protégées, de ce fait, de l'article 61. Les élus se plièrent néanmoins de bonne grâce à cette surveillance accrue sur leur propre production, ce qui, d'ailleurs, les rend d'autant plus rétifs à ce que d'autres prétendent y soustraire la leur, lorsqu'elle est prétorienne : si eux-mêmes acceptent de soumettre la loi à la Constitution, ce n'est pas pour que la jurisprudence y échappe. Deuxièmement, les abrogations à venir contraindraient à légiférer à nouveau, l'ordre du jour parlementaire ne dépendant plus alors seulement des instances politiques mais aussi, pour partie, des conséquences qu'imposeraient les décisions du Conseil constitutionnel. Nul, pourtant, n'a manifesté ni regret ni même agacement lorsque les premières décisions ont commencé à faire peser sur la représentation nationale l'obligation, à satisfaire dans un délai impératif, de traiter de sujets qui n'auraient pas sans cela figuré dans ses priorités. À l'inverse, les élus se montreraient plutôt ravis de reprendre la main sur des matières – la décrystallisation des pensions ou la garde à vue – sur lesquelles les gouvernements n'étaient pas trop désireux de les inviter à débattre.

Troisièmement, une approche superficielle et certains exemples

22. *Ibid.*, p. 110.

étrangers²³ pouvaient donner à penser que 61-1 tuerait 61, que l'existence de la QPC ferait disparaître les saisines parlementaires en les ayant rendues sans objet, diminuant d'autant le rôle des élus. Cela ne s'est pas produit et ne se produira certainement pas. Outre que l'opposition est attachée à ce droit car elle n'en a pas tant, l'exercice de celui-ci obéit à des motivations qui, souvent, sont d'abord politiques. Ces motivations n'ont nulle raison de disparaître du seul fait que, en droit, le même résultat pourrait être obtenu plus tard et par d'autres, grâce à la QPC. Au demeurant, l'objet du contrôle n'est pas le même – conformité à la Constitution dans le premier cas, droits et libertés qu'elle garantit dans le second –, de sorte que l'éventail des moyens est plus largement ouvert dans le cadre de l'article 61 et que la procédure, notamment, peut suffire à justifier des appels au Conseil. La saisine parlementaire a encore de beaux jours devant elle, que n'assombrira pas l'existence d'une autre procédure.

81

Finalement, c'est sans réticences apparentes, bien au contraire, que le Parlement, d'abord comme constituant, ensuite et surtout comme législateur organique, s'est approprié la paternité de la QPC. C'est ce qui pouvait arriver de mieux à cette dernière puisqu'elle y a trouvé non seulement la vie mais aussi une protection attentive, active et probablement durable.

23. Tel celui de l'Espagne (art. 162 de la Constitution) où il ne se trouve que quelques fois par un cinquantaine de députés ou cinquante sénateurs pour saisir le Tribunal constitutionnel, les autres modes de saisine, notamment le recours d'*amparo*, ayant supplanté la saisine parlementaire.

R É S U M É

Si la révision de 2008 avait ouvert la possibilité, c'est bien le Parlement qui a donné véritablement naissance à la QPC, en faisant une question plutôt qu'une exception, en la rendant prioritaire plutôt que préalable ou préjudicielle. Et parce qu'il se sent le père de cette procédure nouvelle, le Parlement est attentif à sa croissance, se montre mécontent de ce qui l'entrave et prêt à intervenir à nouveau, si nécessaire, pour la protéger, alors que c'est lui qui, sanctionné dans ses lois et devant les refaire selon un calendrier imposé, a pourtant le plus à souffrir de chacun de ses succès.