

L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité

Par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Directrice de recherches au CNRS, UMR 7318 DICE-ILF, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Beaucoup de choses ont été dites et écrites en quatre années quant au filtrage opéré par les Cours suprêmes en matière de question prioritaire de constitutionnalité. De la part des constitutionnalistes, en particulier, la critique a été souvent de mise¹. La Cour de cassation a été particulièrement visée mais le Conseil d'Etat n'a pas non plus été épargné à l'occasion de quelques décisions de non-renvoi². Aujourd'hui, le nombre de QPC traitées par les juridictions suprêmes est élevé : 1893 QPC examinées entre le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} mars 2014 et 373 renvois devant le Conseil constitutionnel soit une moyenne de 19,7 % de renvois sur 4 années ; mais avec un infléchissement à la fois du nombre de QPC posées et du nombre de renvois : 1112 QPC examinées par les juridictions suprêmes entre mars 2010 et mars 2012, et 236 renvoyées (21,2 %)– 781 QPC examinées par les juridictions suprêmes entre mars 2012 et mars 2014 et 137 renvoyées (17,54%)³. On doit noter également que le nombre de renvois opéré par le Conseil d'Etat est plus important que le nombre de renvois décidé par la Cour de cassation puisque sur les trois dernières années, soit entre mars 2011 et mars 2014, le Conseil d'Etat se situe dans une moyenne de renvoi de 23,7 % tandis que la Cour de cassation se situe dans une moyenne de 15 % de renvois. Notons également, et pour en terminer avec les chiffres, que la Cour de cassation est en moyenne deux fois plus souvent saisie de QPC que ne l'est le Conseil d'Etat.

Parmi les conditions du filtrage, celle tenant au caractère sérieux de la question posée - et la manière dont les juridictions suprêmes allaient apprécier ce caractère sérieux -était la plus attendue en raison de son caractère déterminant quant au bon fonctionnement de la nouvelle procédure. L'appréciation de ce critère est, en effet, déterminante quant à

¹ B. Mathieu, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, n° 137-2011, pp. 57-71 ; D. Rousseau, in J.-J. Urvoas, Rapport d'information n° 842, Assemblée nationale, 27 mars 2013, p. 140 (ci-après *Rapport Urvoas*) ; A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2011, p. 691.

² Voir notamment, X. Magnon et alii, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratiques et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, p. 243 ; A. Roblot-Troizier, précitée.

³ Ces statistiques ont été effectuées au sein de notre laboratoire à partir des données disponibles sur le site du Conseil constitutionnel : l'Institut Louis Favoreu – GERJC.

la définition du rôle du juge constitutionnel et celui des juridictions suprêmes car c'est à l'occasion de l'examen de cette condition que sont appréciés les arguments d'inconstitutionnalité soulevés par les requérants. Or, ces arguments d'inconstitutionnalité constituent le cœur de la QPC et le cœur de l'examen auquel procédera le Conseil constitutionnel. A peu près 80 % des décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes portent sur le défaut de caractère sérieux ou nouveau de la question posée⁴. La condition relative au caractère sérieux de la demande est celle qui donne le plus lieu à décision de renvoi ou de non-renvoi devant le Conseil constitutionnel, très loin devant la question nouvelle ; c'est aussi, parmi toutes les conditions de recevabilité, celle pour laquelle la marge d'appréciation du juge du filtre est la plus grande.

Comme l'a rappelé Florian Savonitto, une des originalités du système français de justice constitutionnelle, en matière de question de constitutionnalité, est d'avoir institué un double filtrage opéré exclusivement par les juridictions ordinaires. Ce double filtrage n'est pas redondant quant à la troisième condition de renvoi d'une QPC puisque l'examen du caractère sérieux n'a pas, dans les textes, la même teneur selon qu'il est exercé par les juridictions de fond ou les juridictions suprêmes. Florian Savonitto indiquait que les juges du fond doivent s'assurer que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux, tandis que les juridictions suprêmes ne devront renvoyer que si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Cette différence de rédaction implique nécessairement une différence dans l'examen opéré. Celui des juridictions suprêmes est censé être plus poussé que celui exercé par les juridictions de fond. Cependant, la difficulté qui s'est très vite posée était de savoir quelles étaient les limites du pouvoir d'appréciation des juridictions suprêmes qui ont véritablement le pouvoir, par le biais de cette condition, de maîtriser le flux des QPC, donc l'accès au juge constitutionnel. Il s'est alors avéré nécessaire de tenter de tracer une « frontière entre un filtrage efficace des QPC » par les Cours suprêmes et « une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel »⁵. Cependant, cette frontière, si tant est qu'elle puisse

⁴ 84 % pour le Conseil d'Etat et 78,5 % pour la Cour de cassation.

⁵ S.-J. Lieber, D. Botteghi, V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29-2010 : « il nous semble que la frontière entre un filtrage efficace des QPC par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel doit être tracée, non au regard des pouvoirs d'interprétation de la disposition contestée

être clairement dessinée, ne peut l'être autrement que par les acteurs de la QPC eux-mêmes, et en particulier les trois hautes juridictions : le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

Après quatre années de pratique, se confirme ainsi une tendance qui s'est faite dès les premiers mois d'application de la QPC : l'appréciation du caractère sérieux par les Cours suprêmes est un instrument redoutable entre les mains des deux hautes juridictions (I), la manière dont ce critère est utilisé par les juridictions suprêmes doit cependant être questionnée au regard de la volonté du constituant de 2008 (II).

I – Un instrument redoutable entre les mains des Cours suprêmes

Les difficultés qu'a rencontrées l'adoption d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France sont connues et il est également notoire que l'acceptation et le succès de la réforme de 2008 ont été le résultat de nombreux compromis. La place privilégiée accordée aux juridictions suprêmes dans ce mécanisme fait partie de ces compromis, celles-ci disposant à la fois d'une légitimité historique et d'une place de professionnels de la justice parmi les institutions juridictionnelles qui diffèrent de celles du Conseil constitutionnel, institution jeune dont le caractère juridictionnel est encore parfois controversé. Le fait que la pertinence de toutes les demandes de QPC soit appréciée par les juridictions suprêmes était un moyen de leur faire accepter cette réforme. L'appréciation du caractère sérieux des QPC a donc rapidement acquis un caractère stratégique pour les deux hautes juridictions. Elles ont très vite, par le biais de ce critère, développé un « contrôle de l'évidence » qui constitue en pratique une forme de contrôle de constitutionnalité.

A – Un contrôle de l'évidence

Lors de leur audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 21 novembre 2011, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn ont rappelé que dans l'appréciation du caractère sérieux de la QPC, le Conseil d'Etat se livre à un « contrôle de l'évidence », qui le conduira à considérer que la question est sérieuse lorsqu'elle est de nature à faire

que se reconnaît le juge de la QPC mais en fonction du caractère inédit ou non, dans sa jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel, des constructions auxquelles il aboutit ».

naître un « doute raisonnable »⁶. Ces termes de doute raisonnable ont été également repris par Vincent Lamanda lors de son audition devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale présentée dans le cadre du rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité par Jean-Jacques Urvoas en mars 2013⁷. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'idée d'un contrôle de « l'évidence » apparaît d'ailleurs explicitement dans certains arrêts rendus par la chambre criminelle à partir de janvier 2011, mais le terme n'est pas repris de manière systématique.

Toute la difficulté tient donc à la manière dont cette évidence sera déterminée, à la façon dont ce doute raisonnable pourra apparaître dans l'esprit des juges. Du côté de la juridiction administrative, la notion de caractère sérieux est présentée comme une notion « plastique (qui) se prête à des interprétations évolutives, au fur et à mesure à la fois de l'acclimatation et de la banalisation de la procédure devant les juridictions administratives et judiciaires et des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux questions renvoyées »⁸. Pierre Chevalier, avocat général référendaire à la Cour de cassation, évoque pour sa part, à propos de la première chambre, une « méthode probabiliste, variable en intensité (...) la question est sérieuse dès l'instant où, dépassant une zone de trop grande incertitude, il devient probable qu'elle puisse entrer en conflit avec la norme constitutionnelle invoquée »⁹.

A ce sujet, comparant les conditions de recevabilité des questions de constitutionnalité en Europe, Pierre Bon propose une classification selon le degré de filtre opéré par les juridictions ordinaires¹⁰.

Ainsi, en bas de l'échelle, trouve-t-on le filtre « léger » selon l'expression d'Augusto Cerri¹¹, le but étant d'éviter les questions fantaisistes, fallacieuses ou celles posées dans un but dilatoire. Ce niveau correspond à celui exercé par les juridictions italiennes jusqu'en 1996, à travers l'appréciation du caractère non manifestement

⁶ Rapport en ligne sur le site du Conseil d'Etat à l'adresse suivante : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Bilan-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite> (consulté le 15 octobre 2014).

⁷ V. Lamanda répondant à A. Touret in *Rapport Urvoas*, précité, p. 134.

⁸ C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 68.

⁹ Pierre Chevalier, « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions*, 2013, p. 588.

¹⁰ P. Bon, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2014, p. 39.

¹¹ Voir J.-J. Pardini, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis », *Pouvoirs*, n° 137, 2011-2, p. 23.

infondé de la demande. Il correspond également à celui imaginé pour les juridictions du fond en France.

Vient ensuite, le simple doute. C'est celui qui, dans l'esprit des juges autrichiens et espagnol, va justifier le renvoi d'une question de constitutionnalité vers la Cour constitutionnelle.

Le degré supérieur est occupé par le doute sérieux tel qu'il est conçu en France au niveau des juridictions suprêmes.

Enfin, le filtre le plus poussé serait celui pratiqué en Allemagne où les juges de droit commun ne renvoient que s'ils ont la certitude de l'existence d'une inconstitutionnalité.

Ce schéma est bien évidemment trop simplificateur, comme le relève Pierre Bon lui-même, car il ne tient pas compte de la pratique et notamment des conditions prétoriennes qui ont pu être rajoutées par les Cours constitutionnelles elles-mêmes quant à la manière dont le filtrage devait être opéré par les juridictions ordinaires. Il montre, cependant, que les juridictions suprêmes sans avoir à être convaincues de la constitutionnalité doivent effectuer un filtre suffisamment efficace. Or, à l'étranger, comme en France, les décisions de non-renvoi ne peuvent pas faire l'objet d'un recours particulier en dehors du cadre normal du procès. Donc l'interprétation des critères de renvoi reste entre les mains des juridictions ordinaires qui, si elles décident dans tel ou tel cas de ne pas renvoyer, ne pourront être pas être démenties sauf à ce qu'une autre juridiction veuille bien se décider à opérer le renvoi.

Or, tout le problème de ce contrôle de l'évidence, de la détermination de ce doute raisonnable, est qu'il n'y a pas de méthode pré-définie qui permette de dire dans quel cas il s'agit véritablement d'une évidence et dans quel cas le contrôle opéré va au-delà de l'évidence, conduisant parfois à une « instrumentalisation »¹² du caractère sérieux pour éviter le renvoi. On passe, de ce fait, du non-renvoi pour évidence à l'affirmation d'évidences douteuses. Ainsi, un auteur s'exprimant à propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 6 juin 2012 dont la motivation n'est pas convaincante rappelait-il « qu'à

¹² X. Magnon et alii, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratiques et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, p. 236. Voir également D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2013 », *RDP*, n° 1-2014, p. 212.

l'auberge des évidences chacun est assuré de rencontrer ses propres certitudes »¹³. Et il arrive que ce caractère évident fasse l'objet d'une démonstration qui révèle qu'au contraire la question de constitutionnalité n'était pas si facile à résoudre. La détermination du doute raisonnable est ainsi laissée à la libre appréciation et même plus à l'appréciation souveraine des juridictions suprêmes car leurs décisions ne peuvent être remises en cause que par elles-mêmes dans le cadre d'une autre QPC. A partir de là, tous les moyens semblent pouvoir être utilisés par les juridictions suprêmes pour déterminer le caractère raisonnable de ce doute, y compris l'exercice d'un véritable contrôle de constitutionnalité.

B - Une forme de contrôle de constitutionnalité : l'intenable distinction entre le contrôle de la recevabilité et le contrôle de la constitutionnalité

La pratique a très vite montré que la distinction entre le contrôle de la recevabilité des QPC, qui relève de l'office des juges du filtre, et celui de la constitutionnalité des dispositions législatives incriminées, qui doit être opéré par le Conseil constitutionnel, était illusoire. Elle ne résiste pas à la pratique justement en raison de la nécessité pour les juridictions suprêmes de se forger ce fameux doute quant à la constitutionnalité de la disposition législative contestée. Or, en l'absence même de possibilité de définir une méthode et des limites claires quant à la manière de déterminer ce caractère sérieux, tous les moyens peuvent être bons pour écarter ce doute ou le laisser persister selon que le renvoi paraît opportun ou ne le paraît pas. C'est cette « plasticité » de la notion de caractère sérieux, pour reprendre les termes à la fois de membres du Conseil d'Etat¹⁴ et de la Cour de cassation¹⁵, qui en fait une notion malléable et, partant, évolutive. D'ailleurs, Monsieur Savonitto faisait état d'un contrôle de constitutionnalité non dit mais effectué parfois par les juges du fond. En ce qui concerne les juridictions suprêmes, le contrôle de constitutionnalité est cette fois-ci pleinement assumé. Les conseillers d'Etat utilisent expressément les termes de juge de constitutionnalité de droit commun¹⁶, largement repris par la doctrine¹⁷. La Cour de cassation, pour sa part, préfère

¹³ P. Conte, « La question prioritaire de constitutionnalité et le petit bricoleur (ou l'apport de la clef de 12 à la clarification de la loi pénale) », *Droit pénal*, 2013, n° 4, étude 8.

¹⁴ C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 68.

¹⁵ Jean-Claude Marin in *Rapport Urvoas*, précité, p. 148.

¹⁶ Voir Y. Aguila, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in X. Philippe, M. Stéfanini (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Actes

employer les termes de pré-contrôle de constitutionnalité¹⁸ mais le contrôle opéré ne diffère pas de celui exercé par le Conseil d'Etat. Il est parfois très poussé¹⁹. Ce qui diffère est la manière de rédiger les décisions de renvoi ou de non-renvoi et le caractère plus ou moins argumenté, donc convaincant, de certaines décisions de non-renvoi de la part de la Cour de cassation.

En effet, se faire une idée du caractère sérieux d'une demande de QPC suppose que l'on apprécie le risque encouru par une disposition législative de se voir déclarée inconstitutionnelle au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais la question qui se pose est de savoir jusqu'à quel point cette jurisprudence peut être utilisée, et en particulier interprétée, sans que les juridictions suprêmes ne viennent plus simplement en complément du Conseil constitutionnel²⁰, ce qui idéalement devrait être le rôle d'un juge du filtre, mais concurrencent directement son office. Ainsi, les juridictions suprêmes recourent aux précédents en puisant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elles n'hésitent pas à raisonner par analogie et à transposer à des cas nouveaux la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans la mesure où cette jurisprudence est claire, établie, bien connue, Agnès Roblot-Troizier parle d'ailleurs de « théorie de la Constitution claire »²¹. Cela ne pose pas à première vue de difficulté puisque cette pratique reste véritablement dans l'office du juge du filtre dont la mission est d'écarter les QPC qui, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'ont aucune chance d'aboutir²². Plus critiquable est l'emprunt au Conseil constitutionnel de

du colloque du 26 novembre 2011 organisé par l'institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu n° 1*, PUAM, 2011, p. 27. S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

¹⁷ D. Rousseau, *Rapport Urvoas, précité*, p. 140 ; A. Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 57.

¹⁸ Voir V. Lamanda in *Rapport Urvoas, précité*, p. 131.

¹⁹ Par exemple, pour la Cour de cassation : Cass. Soc. 19 avril 2013, n° 13-40006 ; Cass. crim. 6 mai 2014, n° 14-90010 (énième arrêt de non renvoi concernant la loi Gayssot) ; pour le Conseil d'Etat, sect., 4 juillet 2014, req. n° 375927.

²⁰ Le Conseil d'Etat parlait au départ d'un « *devoir de coopération loyale* entre les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridictions et le Conseil constitutionnel, impliquant de transmettre toutes les dispositions législatives suscitant un doute raisonnable quant à leur conformité à la Constitution, tout en écartant les autres », J.-M. Sauvé, B. Stirn, « Bilan de la QPC dans la juridiction administrative après 6 mois d'application », en ligne sur le site du Conseil d'Etat (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Bilan-de-la-QPC-dans-la-juridiction-administrative-apres-six-mois-d-application> consulté le 20 octobre 2014).

²¹ « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *précité*, p. 57.

²² Sauf revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel mais les juridictions doivent raisonner par rapport à l'état du droit existant et non quant à la probabilité permanente d'une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, si cette probabilité existe, ou que l'état du droit n'est

ses techniques de raisonnement. En effet, les juridictions suprêmes procèdent désormais régulièrement à une appréciation des conditions même de l'atteinte à un droit fondamental : cette atteinte est-elle justifiée, proportionnée, raisonnable au regard des différents intérêts, des droits voire des principes ou objectifs constitutionnels en présence ? D'autres garanties sont-elles prévues par d'autres textes législatifs pour éventuellement compenser la constitutionnalité douteuse de la disposition contestée ? Donc un examen de la disposition par rapport à son contexte d'ensemble est opéré en particulier par la Cour de cassation... Un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la part du législateur ou de la non-dénaturation du droit est également exercé. Certes, il peut sembler évident, aux termes d'un tel raisonnement, que le Conseil constitutionnel aurait déclaré la disposition conforme, mais là encore cette évidence peut-être construite par la juridiction elle-même. En outre, le contrôle exercé n'est pas nécessairement celui qu'aurait pu opérer le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, la transposition de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut être parfois inadaptée car le contexte dans lequel intervient la disposition critiquée n'est pas tout à fait le même. Est également critiquable l'interprétation de la Constitution à laquelle procèdent les juridictions suprêmes pour écarter une QPC. Si la confrontation de la norme législative à la norme constitutionnelle peut justifier une interprétation de l'une et de l'autre, cette interprétation doit rester minimale surtout en ce qui concerne la norme constitutionnelle, sans quoi la juridiction suprême est susceptible d'élaborer sa propre jurisprudence constitutionnelle. Par exemple, dans un arrêt du 27 février 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas hésité à affirmer que « *le respect des droits de la défense n'impose pas que le salarié ait accès au dossier avant l'entretien préalable* »²³ alors même que le Conseil constitutionnel ne s'était pas prononcé sur ce point. Quant à la pratique de l'interprétation conforme de la loi, pouvant aller jusqu'au revirement de jurisprudence, cela n'est pas tant critiquable quant aux résultats qu'elle permet d'obtenir²⁴, encore que cela est susceptible de générer des divergences d'interprétation entre les deux ordres de juridictions, mais au regard de l'esprit même

pas clair, en principe les juridictions ne doivent pas hésiter à renvoyer la question pouvant être considérée comme « sérieusement nouvelle » ou « nouvellement sérieuse » en fonction du contexte.

²³ Req. n° 12-23213.

²⁴ Voir C. Severino, « La jurisprudence des juridictions suprêmes face à la Constitution : du contrôle à l'autocensure », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé, précité*, p. 169.

de la réforme. Il n'y a donc pas de doute qu'un contrôle « déconcentré »²⁵ de constitutionnalité des lois prospère mais il n'en reste pas moins que cette utilisation du caractère sérieux de la question posée par les juridictions suprêmes interroge par rapport à l'esprit même de la réforme de 2008.

II – Une utilisation douteuse au regard de l'esprit de la réforme

Il est vrai que lorsque la réforme a été imaginée et mise en œuvre par les textes, aucune indication précise quant à la manière d'apprécier le caractère sérieux n'a été donnée. Pour autant, dès le départ était évoqué le risque que le filtre devienne « bouchon » et que les juridictions suprêmes, en particulier, ne renvoient pas suffisamment de QPC au Conseil constitutionnel. Or, en l'absence de frontière clairement tracée entre le filtrage et le contrôle de constitutionnalité, force a été de s'en remettre à la bonne volonté des juges suprêmes, à leur *self-restraint* et à la sincérité de leur implication dans le bon fonctionnement de la procédure de QPC. Finalement, après quelques contestations au départ, l'étonnement a laissé place à l'acceptation puis à la banalisation d'une tendance naturelle des juges ordinaires à s'approprier le contrôle de constitutionnalité. Cette « appropriation »²⁶ du contrôle de constitutionnalité par les juridictions de droit commun, et en l'occurrence suprêmes, est aujourd'hui en passe d'être acceptée que ce soit par la doctrine (parfois à contre-cœur), les parlementaires et le Conseil constitutionnel lui-même. Des critiques persistent qui portent notamment sur la manière dont les décisions de non-renvoi sont rédigées, faisant apparaître des maladresses dans l'argumentation, mais elles semblent de plus en plus marginales. Elles portent d'ailleurs sur des arrêts mis en lumière par la doctrine au risque d'oublier qu'ils constituent parfois l'exception qui confirme la règle : celle d'un filtre correctement opéré par les juridictions suprêmes dans la grande majorité des cas. Par ailleurs, un aperçu peut-être un petit peu trop rapide du droit comparé laisse apparaître que cette évolution, certes fulgurante puisque les juridictions suprêmes se sont investies d'une

²⁵ M. Fatin-Rouge Stéfanini et L. Gay, « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », in *Long cours*, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 206.

²⁶ M. Disant, « L'utilisation par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel. Figures, contraintes et enjeux autour de l'« appropriation » du contrôle de constitutionnalité de la loi », in B. Mathieu et M. Verpeaux, *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Les Cahiers constitutionnels de Paris 1, 2011, p. 51. Voir également A. Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *précité*, p. 57 et X. Magon et alii, *précité*, p. 239.

mission de juge constitutionnel de droit commun dès les premiers mois de mise en œuvre de la QPC, a été présentée comme s'inscrivant dans l'ordre naturel des choses. Même mieux, à l'étranger, les juges ordinaires ont souvent été encouragés par la juridiction constitutionnelle elle-même à pratiquer un contrôle poussé pour se forger un doute sur la question de constitutionnalité ; voire à opérer une interprétation conforme afin d'éviter l'engorgement de la Cour constitutionnelle comme ce fût le cas de l'Italie²⁷. Au fond, on peut considérer que cette implication des juridictions ordinaires, en particulier des juges suprêmes, dans la procédure, et le filtrage opéré participent à la diffusion des normes constitutionnelles. Cela contribue à accélérer le processus de démarginalisation de la Constitution puisque chacun participe à sa manière à la constitutionnalisation des branches du droit et à la garantie de la Constitution²⁸. Ainsi, dans le rapport remis à la Commission des lois par Jean-Jacques Urvoas, la manière dont les juridictions suprêmes apprécient le caractère sérieux et le principe d'un double filtrage ne sont pas fondamentalement remis en cause²⁹.

Les juges du filtre sont donc devenus, de fait, des juges constitutionnels de droit commun. Leur office ne diffère de celui du Conseil constitutionnel qu'en ce que l'exercice de cette compétence se limite au cadre de la QPC en ce qui concerne les lois et qu'ils n'ont pas le pouvoir de sanction dont dispose le Conseil constitutionnel, en ce sens qu'ils ne peuvent pas censurer une loi inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel conserve donc le monopole de la censure mais il perd son rôle de principal interprète de la Constitution. Or, cela nous semble aller à l'encontre de l'esprit de la réforme de 2008 de deux points de vue : d'une part, en ce qu'elle tend à faire du Conseil constitutionnel un juge constitutionnel de l'exception ; d'autre part, et surtout, parce que l'on a trop vite oublié l'une des principales originalités de la procédure introduite par la réforme de 2008 : la QPC est avant tout un droit des justiciables.

²⁷ Thierry Di Manno, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé*, précité, pp. 123-150. Voir également L. Gay, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne Italie et Espagne », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé*, précité, pp. 51-89.

²⁸ Voir C. Severino, précité, pp. 169-170.

²⁹ « Le double filtrage a jusqu'ici rempli son rôle et il est, dans l'état actuel des informations disponibles, difficile de démontrer le caractère fondé de certains reproches qui lui sont adressés », *Rapport Urvoas*, précité, p. 62.

A – Le Conseil constitutionnel, juge de l’exception ?

Les juges du filtre sont devenus de fait des juges constitutionnels de droit commun, le juge constitutionnel, serait donc le juge de l’exception, comme le constate à regret D. Rousseau³⁰. Cela pourrait ne pas être dérangentant *a priori* si la qualité du service rendu par les juridictions était toujours pleinement satisfaisante : une bonne maîtrise de la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduirait donc à une correcte utilisation de la jurisprudence de ce dernier. Cependant, quelle que soit la qualité de ce service, il n’y a aucun moyen de le remettre en cause et les juridictions suprêmes en particulier peuvent aller jusqu’à délivrer des interprétations inédites de la Constitution, sous prétexte que les textes sont clairs, que la constitutionnalité est évidente, sans qu’une telle interprétation puisse être confirmée ou infirmée par le Conseil constitutionnel. Certes, on peut opposer à cette critique qu’un dialogue officieux s’instaure entre les juges, le droit étant aussi affaire de relations humaines ; mais, si tant est que cette collaboration ait lieu, cela ne constitue pas une garantie de bonne justice. En effet, au regard de certaines décisions de non-renvoi, on peut se demander si le choix du juge n’a pas été dicté par des raisons non directement liées à la pertinence des arguments d’inconstitutionnalité soulevés, qu’il s’agisse des circonstances de l’affaire, de la solution du litige au fond qui va commander le caractère sérieux de la demande, d’une appréciation du caractère sérieux au regard des autres conditions de recevabilité ou encore de la volonté de ne pas soumettre à l’examen du Conseil constitutionnel leur propre jurisprudence.

Or, il nous semble que le pouvoir confié aux juridictions suprêmes pour déterminer le caractère sérieux de la demande et décider du renvoi est trop important dans le contexte français. En effet, le rôle qu’on leur attribue est excessif au regard du fait qu’elles sont notamment amenées à examiner s’il y a lieu ou non de renvoyer au Conseil constitutionnel les QPC remettant en cause leur propre jurisprudence. Elles sont donc à la fois juge et partie³¹. Et l’on sait qu’en pratique il y a peu de renvoi de ce type car les juridictions suprêmes peuvent délivrer une interprétation conforme de cette

³⁰Rapport Urvoas, précité, p. 140.

³¹ Voir, par exemple, en ce sens, D. Rousseau, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! », *RDP*, 2011, n° 66, p. 1464 ; A. Roblot-Troizier, « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou impartialité d’un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *RFDA*, 2011, n° 6, p. 1217.

jurisprudence. Or, comme l'exprime Mathieu Disant, non seulement l'interprétation conforme, et plus encore le revirement de jurisprudence, est déjà l'aveu d'une difficulté sérieuse qui justifierait le renvoi³². Mais, en outre, l'interprétation conforme de la juridiction suprême aura peu de chance de faire elle-même l'objet d'une QPC puisque le filtrage opéré par les Cours suprêmes empêchera que cette QPC puisse être renvoyée au Conseil constitutionnel. Sur ce point, la situation diffère de ce qui se passe à l'étranger puisqu'ailleurs, tous les juges sont en principe placés sur un pied d'égalité face à une question d'inconstitutionnalité. Et l'on peut imaginer qu'une interprétation conforme par une juridiction suprême de sa propre jurisprudence puisse faire l'objet d'une question d'inconstitutionnalité posée à la Cour constitutionnelle par un juge du fond³³. On devrait donc, par exemple, imaginer un filtre particulièrement léger lorsqu'est mise en cause une interprétation jurisprudentielle constante.

Par ailleurs, la manière dont les juridictions suprêmes assurent leur mission de filtrage est défavorable à une uniformité dans l'interprétation de la Constitution et par là même dessert le Conseil constitutionnel dans son rôle de gardien de celle-ci. Au contraire, avec le filtre opéré par les Cours suprêmes, ce sont les juridictions suprêmes qui voient leur rôle renforcé comme le souligne d'ailleurs Agnès Roblot-Troizier³⁴.

Mais le plus dérangeant est que la manière dont le caractère sérieux est interprété et utilisé par les juridictions suprêmes, met directement en cause le droit des justiciables à la QPC.

B – La remise en cause du droit des justiciables à la QPC

Lorsque l'on fait un tour d'horizon des questions d'inconstitutionnalité en Europe, on souligne fréquemment la participation active des juridictions ordinaires à l'exercice du filtre. On souligne également que, dans bien des cas, comme en Italie ou encore en Allemagne, les juges ordinaires sont incités à ne pas renvoyer si une interprétation conforme à la Constitution de la disposition contestée est possible. Cependant, dans ces recours au droit comparé, un élément est souvent oublié : le fait que les questions de constitutionnalité étrangères et la QPC française ne reposent pas sur les mêmes

³² M. Disant, *précité*, p. 66.

³³ Voir T. Di Manno, *précité*, pp. 147-148.

³⁴ *Précité*, p. 51.

fondements³⁵. Dans les systèmes étrangers qui nous entourent la question d'inconstitutionnalité a été instaurée comme un moyen d'apurer l'ordre juridique. Alors qu'en France, la QPC est avant tout conçue comme un droit des justiciables. Comme l'a justement rappelé Michel Fromont, elle se situe à mi-chemin entre la question préjudicielle d'inconstitutionnalité et le recours direct³⁶. Cela justifie notamment que l'on n'exige pas comme en Espagne, en Italie ou encore en Allemagne que les décisions de renvoi soient particulièrement motivées³⁷. Au contraire, en France, les décisions de renvoi ne sont pas ou peu motivées. Elles ne le sont pas du tout pour le Conseil d'Etat, elles le sont un peu, et de façon aléatoire selon les chambres, de la part de la Cour de cassation. Cette absence de motivation, au-delà de la tradition française de concision des décisions de justice, se justifie pleinement par le fait que la QPC est avant tout un droit exclusif des parties au procès, ce qui explique également qu'à la différence des ordres juridiques étrangers, la QPC ne peut pas être soulevée d'office par un juge. En revanche, en Espagne, par exemple, une décision de non-renvoi n'a pas du tout l'obligation d'être motivée.

En outre, une des autres originalités de la procédure de QPC, est d'être un recours destiné à protéger de manière exclusive les droits et libertés constitutionnellement garantis. Donc un filtrage excessif peut-être doublement préjudiciable : préjudiciable au droit procédural de poser une QPC, d'une part, et préjudiciable à la protection des droits et libertés constitutionnels qui est l'objet même de la procédure QPC, d'autre part³⁸.

Or, en ayant une interprétation poussée de la constitutionnalité, en s'accordant la possibilité de se substituer au contrôle exercé par le juge constitutionnel en raison de l'imprécision de la formulation du caractère sérieux de la demande, ce droit des

³⁵ L. Gay, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne Italie et Espagne », in L. Gay (dir.), *précité*, p. 76.

³⁶ M. Fromont, « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la question prioritaire de constitutionnalité », *Annuaire de droit européen*, vol. VII, 2012, p. 35

³⁷ Voir P. Bon, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé, précité*, pp. 40-43.

³⁸ Voir L. Gay, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne Italie et Espagne », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé, précité*, p. 78 : « un filtre censément abusif paraît dès lors contraire au droit procédural de poser une QPC, droit ayant lui-même pour objet de protéger les droits et libertés constitutionnels ». Voir également, M. Fatin-Rouge Stéfanini et L. Gay, « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », *précité*, pp. 205-213.

justiciables est en quelque sorte « confisqué » par les juridictions suprêmes³⁹, qui privent ces derniers d'un recours au Conseil constitutionnel. Or, la configuration de la QPC, le contexte dans lequel elle a été adoptée, sa spécificité, justifierait au contraire une plus grande retenue de la part des juridictions suprêmes. Car, non seulement, dans les systèmes étrangers étudiés, les juridictions ordinaires ont tiré leur droit de procéder à un contrôle poussé de constitutionnalité ou à une interprétation conforme, soit des textes soit de la juridiction constitutionnelle elle-même ; mais cela s'est justifié en outre par la volonté de la juridiction constitutionnelle de désencombrer son rôle. Or, en France, cette transformation du contrôle de la recevabilité en contrôle de constitutionnalité « déconcentré » de plus en plus poussé est entièrement gérée par les juridictions suprêmes elles-mêmes.

Conclusion : Les arguments avancés dans cette communication sont connus, ils ont souvent été évoqués. Pour autant, la manière dont est appréciée par les juridictions suprêmes est aujourd'hui considérée comme globalement satisfaisante. Jean-Jacques Urvoas soulignait dans son rapport que la question d'un recours contre les décisions de non-renvoi est devenue moins urgente et que celle de la suppression du double filtrage n'apparaît pas nécessaire dans l'immédiat. Les mentalités ont évolué et ce qui pouvait être critiqué au départ, et en particulier, la participation active des juridictions suprêmes à l'exercice du contrôle de constitutionnalité, est en passe d'être accepté faute d'arguments suffisamment convaincants pour justifier une réforme. Donc un point d'équilibre semble être trouvé aujourd'hui et le Conseil constitutionnel lui-même se montre finalement assez satisfait de la manière dont ce filtrage est opéré⁴⁰. Toutefois, il n'en reste pas moins que la marge d'appréciation discrétionnaire laissée aux juridictions suprêmes dans l'appréciation du caractère sérieux fragilise à la fois la Constitution, puisqu'il favorise une multiplicité d'interprétation jurisprudentielle, et le droit des justiciables d'accéder au juge constitutionnel pour défendre leurs droits fondamentaux, en particulier parce que les juridictions suprêmes ont la maîtrise de la contestation de leur propre jurisprudence. On ne peut donc qu'appeler à une utilisation modérée par les

³⁹ Voir L. Gay, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne Italie et Espagne », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé, précité*, pp. 77-78.

⁴⁰ Voir notamment audition de Marc Guillaume devant la Commission des lois in Rapport Urvoas, *précité*, pp. 109-115.

juridictions suprêmes de leur pouvoir d'interprétation de la loi et des techniques de contrôle employées par le Conseil constitutionnel, à la fois dans l'intérêt des justiciables et d'une certaine unité dans l'interprétation de la Constitution.