

La QPC est-elle une question préjudicielle ?

Résumé : si les études portant sur la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en France sont légion, la doctrine constitutionnelle a sans doute laissé échapper une réflexion sur la nature même de cette voie de droit. L'intuition consistant à ranger la QPC dans la catégorie des questions préjudicielles mérite en effet d'être réinterrogée. La réflexion sera menée en posant de manière stipulative deux critères permettant d'identifier une question préjudicielle : *la compétence exclusive du juge a quem et le lien de dépendance strict entre le procès principal et le procès incident*. Eprouvé à l'aune de ces deux critères, le régime juridique de la QPC ne semble pas devoir faire entrer celle-ci dans la catégorie des questions préjudicielles.

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est-elle une « question préjudicielle » ? L'interrogation n'est sans doute pas de celles qui sont familières aux constitutionnalistes¹. Au risque de simplifier quelque peu la présentation doctrinale, l'on rappellera que, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité concentré, le juge constitutionnel ne peut être saisi que de deux manières de la conformité d'une loi à la Constitution : soit par voie d'action, grâce à une saisine directe, soit par voie d'exception, par le biais d'une question préjudicielle de constitutionnalité soulevée au cours d'un procès ordinaire². Le procès ordinaire sera qualifié de procès principal, la question de constitutionnalité de procès incident, le juge de renvoi de juge *a quo* et le juge de la question, de juge *a quem*.

Selon cette première lecture, la QPC entre sans discussion possible dans la seconde configuration. La qualification de la question de « prioritaire » n'enlève rien au fait qu'il s'agit bien d'une question préjudicielle. L'on ne saurait ici se limiter à une approche nominaliste. Ainsi, en droit constitutionnel, la « question préjudicielle » de constitutionnalité n'est autre qu'un mécanisme permettant de saisir le juge constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un procès en cours, par le juge chargé de régler le litige principal, à l'occasion duquel la question se pose³.

Il reste que la résolution de cette question présente une dimension toute relative. Il n'existe pas de réalité objective « question préjudicielle » et la réponse apportée à la question dépend en définitive de la définition que l'on en retient. La « question préjudicielle » est une technique juridique, qualifiée comme telle par le droit positif lui-même et ses interprètes authentiques, et systématisée par la doctrine. Les systématisations doctrinales de la technique « question préjudicielle »

¹ Voir cependant pour une interrogation en ce sens et refusant en l'occurrence de reconnaître la QPC comme une « question préjudicielle » : J. Bonnet, P.-Y. Gadhoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, Que sais-je ?, 2014, pp. 20-24.

² Sous réserve du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception exercé en France par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, voir *infra*.

³ Voir en l'occurrence pour une approche unitaire des « questions préjudicielles » en France, en Italie, en Belgique, en Espagne et en Allemagne : T. Santolini, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013/1, n° 93, pp. 83-105.

permettent en l'occurrence, au-delà de l'usage terminologique fait par le droit ou par les organes habilités à appliquer celui-ci, d'identifier une « question préjudicielle » qui aurait éventuellement reçu une autre dénomination par le droit.

Les propositions de systématisation sont anciennes⁴. Il en est deux récentes, ambitieuses, qui ont vocation à embrasser les différentes questions préjudicielles en droit positif français (public et privé) et même, au-delà, en droit de l'Union européenne ou en droit comparé. Elles sont le résultat de deux thèses, l'une soutenue à Lyon en 2013 par Gatien Casu, intitulée *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*⁵, l'autre à Montpellier, en 2014 par Solange Fatal, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*⁶.

Gatien Casu envisage le renvoi préalable, ce qui le conduit à différencier cette procédure de la question préjudicielle et à adopter une vision critique de la qualification de « question préjudicielle » de certaines voies de droit. Il retient deux critères pour définir cette dernière : « la question préjudicielle porte sur un point accessoire » et « sa solution relève de la compétence d'une autre juridiction que celle saisie de l'affaire principale »⁷. Elle repose ainsi sur une « architecture identique à celle du renvoi préalable » : « saisi d'un problème de droit qu'il ne peut résoudre, le juge sursoit à statuer, renvoie son étude à un autre juge et ne tranche le litige que lorsque la réponse lui parvient ». La question préjudicielle se distingue toutefois du renvoi préalable dans la mesure où « la raison d'être de la question préjudicielle tient à la volonté du législateur d'imposer au juge le respect des règles de compétence exclusive ». En revanche, la raison d'être du renvoi préalable vise à l'unification du droit⁸. Ainsi, « contrairement à la question préjudicielle, l'incompétence n'est pas un critère de qualification du renvoi préalable, signe que son objectif n'est pas d'en assurer le respect »⁹.

Solange Fatal semble, quant à elle, mettre en évidence deux éléments à l'appui de son identification de la catégorie juridique de la question préjudicielle : « la compétence exclusive, fondement

⁴ Voir par exemple : E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, 2^{ème} édition, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 492 et s. (IV – Des questions préjudicielles).

⁵ G. Casu, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Lyon, 2013, dactyl., 527 p.

⁶ S. Fatal, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Montpellier, 2014, dactyl., 494 p.

L'on doit également mentionner un ouvrage issu d'un colloque qui s'est tenu à Bordeaux en 2012 sur le thème *Le procès à l'épreuve de la question préjudicielle* (coordonné par l'Association Bordelaise des juristes en Contentieux Publics, Bruylant, 2014, 132 p.). Cet ouvrage ne saurait avoir l'ambition d'une thèse. Parce qu'il est issu d'un colloque, il demeure marqué par la diversité des interventions et des thématiques abordées. Voir cependant les propos introductifs synthétiques de G. Lebrun, pp. 17-54.

Pour une bibliographie complète sur la question préjudicielle, il sera renvoyé à celles des deux thèses citées.

⁷ G. Casu, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 221 (nous soulignons).

⁸ *Loc. cit.*, p. 224.

⁹ *Loc. cit.*, pp. 224-225.

des questions préjudicielles » et « *l'obligation, régime subséquent des questions préjudicielles* »¹⁰. Cette obligation est lue comme « une obligation de renvoi, exécutée par les parties ou le juge »¹¹.

Ce dernier état de la réflexion doctrinale sur la question préjudicielle témoigne d'une approche critique de la lecture de la QPC, appréhendée comme une question préjudicielle. Si ces deux lectures diffèrent sur l'identification de ce qu'est une question préjudicielle, elles parviennent au même résultat : la QPC n'est pas une « question préjudicielle ». Le relativisme conceptuel n'affecte pas le résultat. Pour Gatién Casu, la QPC n'est pas une question préjudicielle mais un renvoi préalable ; pour Solange Fatal, elle est une procédure *sui generis*, sans pour autant qu'un critère précis permettant de refuser la qualification de question préjudicielle n'apparaisse clairement¹².

L'argument décisif soulevé par Gatién Casu repose sur l'inexistence d'une procédure permettant au juge constitutionnel de contourner un refus de renvoi d'une QPC par les cours suprêmes, le Conseil ne pouvant ainsi « imposer le respect des règles de compétence »¹³. La QPC ne serait donc pas « un mécanisme tendant à imposer à un juge le strict respect de compétences exclusives »¹⁴. Pour que l'assimilation de la QPC à un renvoi préalable puisse être comprise, il faut ajouter que Gatién Casu considère que « lorsque le Conseil constitutionnel répond à une question prioritaire de constitutionnalité, il délivre une interprétation de la Constitution que les juridictions administratives et judiciaires doivent développer »¹⁵. Ainsi, la QPC est bien un renvoi préalable et non une question préjudicielle car elle vise à garantir l'unité de l'interprétation du droit¹⁶.

L'on peut rester insatisfait du relativisme conceptuel, même si l'on considère par ailleurs qu'il n'existe pas une réalité « question préjudicielle ». Cette dernière est une technique juridique dont les modalités d'exercice sont variables. Elle est une technique juridique qui s'inscrit dans le cadre de l'aménagement du calcul des défauts dans un système juridique donné, c'est-à-dire qu'elle

¹⁰ S. Fatal, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, *op. cit.*, respect. p. 195 et s. et p. 205 et s. (nous soulignons).

¹¹ *Loc. cit.*, p. 206.

¹² *Loc. cit.*, sur la réflexion sur la QPC, p. 166 et s., sur la qualification de « procédure *sui generis* », p. 172.

¹³ G. Casu, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 235.

Ce critère est pour le moins critiquable dans la mesure où il conduit à assimiler une obligation juridique à la sanction du respect de cette obligation.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Loc. cit.*, p. 6.

L'assimilation d'une question de régularité à une question d'interprétation est discutable. La première emporte des effets sur l'existence de la norme, et donc sur son éventuelle disparition de l'ordonnement juridique ; la seconde renvoie au sens que l'on doit retenir d'une norme en vigueur. Si, selon la perspective de l'auteur, les questions préalables visent à garantir l'unité de l'application du droit, la QPC vise à écarter de l'ordre juridique des lois en vigueur contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit. La finalité paraît nettement différente. Pour le coup, ce sont les effets du contrôle de constitutionnalité qui peuvent répondre à la finalité éventuelle d'unité de l'application du droit, selon que l'on reconnaît un effet limité au procès ou un effet absolu à l'irrégularité prononcée, et non pas sa mise en œuvre.

¹⁶ Ce qui est en l'occurrence la thèse de G. Casu que de proposer une appréhension unitaire du renvoi préalable ou « interprétations préjudicielles » à partir de leur finalité, à savoir l'unité de l'interprétation (p. 6).

représente l'une des modalités possibles permettant de garantir la régularité des comportements ou des normes sous le contrôle d'un juge dans un système juridictionnel complexe. L'angle d'approche du sujet sera ainsi fonctionnel. La question préjudicielle sera appréhendée à partir de la fonction qui lui est attribuée dans un schéma de calcul des défauts, en tant que mécanisme visant à préserver la régularité dans un système juridique donné. Le choix de l'angle de vue purement technique et fonctionnel des modalités du calcul des défauts poursuit une démarche déjà entreprise¹⁷. Elle consistera par ailleurs à postuler, selon une démarche de type analytique, les éléments propres à identifier une question préjudicielle, sous cet angle technique, pour les confronter au régime juridique de la QPC.

La proposition¹⁸ sera la suivante : dans un cadre juridictionnel, la mise en place d'une question préjudicielle vise à préserver la compétence exclusive d'une juridiction sur une question particulière, en permettant à d'autres juridictions de lui transmettre une question qui relève de cette compétence, alors que cette question est posée à l'occasion d'un litige que ces dernières doivent résoudre et qu'elles ne peuvent le faire sans que cette question l'ait été au préalable. Deux critères sont mis en évidence : *la compétence exclusive du juge a quem* et *le lien de dépendance strict entre le procès principal et le procès incident*.

Ce qui justifie le lien procédural, entre les juridictions incompetentes et la juridiction competente pour traiter la question, et donc la possibilite de renvoi, reside dans le fait qu'il existe un lien de dependance entre ce que les juridictions doivent juger au fond et la question qui ne saurait etre resolue que par le juge qui dispose de la competence exclusive. Le proces principal exige que le proces incident relevant de la competence d'une autre juridiction le soit au préalable pour pouvoir valablement resoudre le proces principal.

De plus, la question préjudicielle repose sur la volonté de préserver la compétence d'une juridiction. Or, il est possible que cette compétence affecte celle d'autres juridictions dans l'exercice de leurs compétences. Il ne faut pas que la compétence exclusive reconnue à un juge, et donc l'incompétence des autres juridictions, fasse obstacle à l'exercice des compétences de ces dernières. La saisine de la juridiction unique sera alors justifiée à chaque fois que le procès qui relève de la compétence des juges de renvoi est affecté au point qu'il ne peut être résolu sans que le procès incident ne le soit.

De ces deux critères premiers, il est possible de tirer certaines conséquences contentieuses. L'exclusivité de la compétence de la juridiction implique, par exemple, que la solution donnée à la question s'impose au juge *a quo*. En revanche, la possibilité pour le juge *a quo* de soulever d'office

¹⁷ Voir : « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Dalloz, 2014, pp. 305-322.

¹⁸ Elle n'a pas vocation à être vraie ou à être plus vraie que les autres propositions précédemment énoncées, mais à permettre une meilleure compréhension de l'objet qu'elle entend décrire.

une question préjudicielle ne semble pas découler de l'un des deux critères retenus. Ni l'exclusivité de la compétence du juge *a quem*, ni le lien entre les deux procès n'impose de soulever la question. Le système peut réserver au juge *a quo* le soin de soulever la question, à l'inverse, le réserver au justiciable, ou encore permettre aux deux de le faire, sans qu'aucun des deux critères privilégiés ne soit affecté. Que le juge ou le justiciable soit à l'origine de la question, il appartiendra toujours au juge *a quo* d'apprécier le lien entre le procès principal et le procès incident. En conséquence, l'interdiction faite par l'article 23-1 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 au juge *a quo* de soulever d'office une QPC ne préjuge en rien de ce que celle-ci pourrait être qualifiée ou ne pas être qualifiée de question préjudicielle.

L'usage des deux critères proposés pour la résolution de la question de la nature de la QPC conduit à un constat plus que nuancé alors que la compétence du Conseil constitutionnel pour apprécier la régularité de la loi est concurrencée (§ I) et que le lien entre le procès principal et le procès incident est pour le moins souple, témoignant ainsi de la *préjudicialité* relative de la QPC (§ II).

§ I - La compétence concurrencée du Conseil constitutionnel pour apprécier la régularité de la loi

Le choix a consisté à envisager ici d'une manière générale l'appréciation de la régularité de la loi, selon une approche unitaire, sans distinguer les moyens susceptibles d'être invoqués, constitutionnels ou conventionnels, et donc les différentes voies de droit empruntables, juge de droit commun ou Conseil constitutionnel, ou les effets du contrôle de la régularité, absolus ou relatifs¹⁹. Selon cette lecture unitaire, il y a lieu de constater aujourd'hui l'existence d'une pluralité des juges de la régularité de la loi, y compris d'ailleurs de sa constitutionnalité. Il suffit pour s'en convaincre de clairement circonscrire le périmètre du monopole du Conseil constitutionnel, avant de rappeler les autres voies de droit susceptibles de sanctionner l'irrégularité de la loi.

Le Conseil constitutionnel n'a de compétence exclusive que pour sanctionner *a priori*, par voie d'action, la constitutionnalité du texte de loi adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées et, par voie d'exception, la constitutionnalité d'une loi en vigueur par l'intermédiaire du texte de loi adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées et qui modifie, complète ou affecte le domaine d'application de la première - assumons ici la qualification originale d'un contrôle *a priori* portant sur des lois en vigueur - et, *a posteriori*, de la conformité des lois aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si le contrôle *a priori* par voie d'action n'appelle pas plus de précision, il faut rappeler toute la vigueur et même le renouveau du contrôle par voie d'exception, issu de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²⁰, depuis la mise en œuvre de la QPC²¹.

¹⁹ Ce qui aurait pu conduire à reconnaître au Conseil constitutionnel une compétence exclusive pour déclarer la loi inconstitutionnelle, avec un effet absolu.

²⁰ CC, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec., p. 43, cons. 10.

L'usage de cette jurisprudence s'inscrit dans un mouvement significatif du Conseil constitutionnel visant à restreindre le nombre de QPC soulevées devant lui. A cet égard, est tout à fait éclairant le rappel ou, plus précisément, l'explicitation des effets d'une censure sur la disposition de loi en vigueur dans le cadre de cette jurisprudence, à savoir l'abrogation de principe, et la reconnaissance corrélative des pouvoirs de modulation dans le temps des effets de la censure²², pourtant explicitement réservés par la Constitution au contrôle exercé sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

Concernant le contrôle *a posteriori*, face à la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, le juge administratif, et non le juge judiciaire d'ailleurs, se réserve une compétence pour constater l'abrogation implicite d'une loi antérieure à la Constitution. Ce contrôle, également admis par le Conseil constitutionnel dans la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²³ au prix d'une interprétation plus que subtile, souffre certes désormais de l'existence de la QPC. Il n'exclut pas pour autant un maintien de la compétence du juge administratif pour constater ou, si l'on évite l'euphémisme, pour contrôler la constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution qui affecteraient cette dernière dans ses dispositions qui ne sont pas des droits et libertés. Le domaine d'application de cette jurisprudence sera certes réduit ; il n'en demeure pas moins en principe²⁴.

Il convient en dernier lieu de rappeler, ce qui est devenu aujourd'hui un lieu commun, que si le Conseil constitutionnel dispose d'une compétence exclusive pour faire disparaître de l'ordre juridique des dispositions législatives en vigueur au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, tous les autres juges peuvent écarter du procès qu'ils ont à résoudre une loi en vigueur qui serait contraire aux engagements internationaux de la France. Si l'on ajoute que ce contrôle de conventionalité peut glisser, matériellement, vers un contrôle de constitutionnalité, la perméabilité des deux contrôles est forte. La QPC accélère en l'occurrence ce mouvement alors

Ce contrôle *a posteriori* peut être exercé si la loi nouvelle, c'est-à-dire celle qui est contrôlée *a priori*, modifie, complète ou affecte le domaine de la loi en vigueur.

²¹ Depuis 2012, le Conseil constitutionnel a usé de cette jurisprudence à 10 reprises (654, 656, 659, 662, 667, 669, 672, 685, 701 et 706 DC).

²² CC, n° 2013-349 QPC, 18 octobre 2013, *Sociétés Allianz LARD et autre [Autorité des décisions du Conseil constitutionnel]*, Rec., p. 1000.

²³ CC, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *précit.*, cons. 4. La formule selon laquelle « la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence » ayant été interprétée comme envisageant le conflit entre la Constitution et les lois antérieures comme un rapport d'ordre chronologique, pouvant en conséquence être résolu par le juge de droit commun.

Si le Conseil d'Etat exerçait déjà un tel contrôle avant la décision du Conseil constitutionnel (voir par exemple : CE, 27 juin 1973, *Ville de Marseille*, n° 85510), la Cour de cassation s'y est refusée (Crim., 18 nov. 1985, *Guerinot et Gibourdel*, n° 84-90152, *Bull. crim.* 1985 n° 359).

²⁴ Pour une application après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 mais avant l'entrée en vigueur de la QPC et pour une abrogation ne s'appuyant pas sur une atteinte aux droits et libertés : CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n° 305314 et 305315, inédit. Voir également, sur la même période et également à propos d'une question de compétence, mais ne constatant pas l'abrogation implicite : CE, 12 janvier 2009, *France Nature Environnement*, n° 289080, inédit.

Voire encore, de manière plus étonnante sous la même période, un refus de constater une abrogation implicite en cas d'atteinte à des droits et libertés constitutionnels : CE, 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 295637.

que les deux moyens peuvent être simultanément soulevés devant le juge de droit commun. Dans un tel cas, en appréciant le caractère non dépourvu de caractère sérieux ou le caractère sérieux de la QPC, comment le juge pourrait-il ignorer le moyen d'inconventionnalité également soulevé ? Peut-on sérieusement penser que l'appréciation du sérieux de la question dans un sens large n'intègre pas en pratique la dimension conventionnelle ? Combien de décisions de censure du juge du fond d'une disposition législative au nom de l'inconventionnalité, après une déclaration de conformité à la Constitution de cette même disposition, peuvent-elles témoigner de l'autonomie de l'appréciation des deux moyens ? La QPC développe et renforce la culture du contrôle de la régularité constitutionnelle, notamment à travers l'appréciation du caractère sérieux de la QPC, même si cette appréciation ne conditionne que sa transmission ou son renvoi et n'emporte aucun effet immédiat sur la disparition éventuelle de la loi de l'ordonnancement juridique. Elle ne renforce pas le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois du Conseil constitutionnel. Elle ne fait qu'introduire celui-ci dans le contrôle de la régularité des lois *a posteriori* qui était, jusqu'alors, réservé au juge de droit commun avec le contrôle de conventionnalité.

§ II - Le lien entre le procès principal et le procès incident : la *préjudicialité* relative de la QPC

La question préjudicielle ne se conçoit que si elle présente un lien avec le procès principal et même un lien fort. Elle ne sera posée que parce que de sa résolution dépendra l'issue du procès principal. La naissance de la question présente une dimension subjective décisive. Cette dimension est liée à l'exclusivité de la compétence du juge chargé de résoudre la question : le procès principal ne saurait affecter la compétence exclusive du juge *a quem* que si ce procès implique nécessairement pour le juge *a quo* d'apprécier la régularité de la loi pour résoudre le litige qui lui est soumis. Sous cet angle, la QPC pose problème, aussi bien au regard des conditions de transmission et de renvoi qu'au regard de la dimension exclusivement objective du contentieux incident²⁵.

Sur les conditions de renvoi et de transmission, le contraste est saisissant si l'on compare la France avec l'Italie. La comparaison est justifiée car le contrôle de constitutionnalité exercé par la voie incidente par la *Corte costituzionale* a inspiré le mécanisme français²⁶. En Italie, l'une des deux conditions de recevabilité de la question²⁷ porte sur la « *rilevanza* » de la question. Selon les termes de l'article 23 de la loi du 11 mars 1953 n° 87²⁸, il faut que, pour l'auteur du renvoi à la Cour, le

²⁵ Voir sur la question : M. Fatin-Rouge Stéphanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *La QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ?*, Question sur la question n° 2, Toulouse, *Les Nouv. Cah. du CC*, n° 38, 2013, pp. 211-216.

²⁶ Voir sur cette question : J.-J. Pardini, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, pp. 101-122.

²⁷ Rappelons ici qu'il s'agit de condition de recevabilité de la question en Italie alors que les conditions « équivalentes » en France sont des conditions de transmission et de renvoi.

²⁸ *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, G.U., n° 62, 14 marzo 1953.

jugement ne puisse « être défini indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle ». Cette condition signifie « que l'instauration du jugement constitutionnel et donc la mise en œuvre d'un mécanisme de garantie objective, ayant une signification générale (le contrôle de la légitimité constitutionnelle de la loi), sont subordonnées à une condition particulière, qui se vérifie par l'utilité de la question pour la résolution d'un litige particulier »²⁹. Le pendant de cette condition en France est fixé par l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui prévoit que la disposition contestée dans le cadre d'une QPC doit être « applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Sans qu'il soit besoin d'éclairer cette condition à partir des travaux parlementaires, il est incontestable que le lien exigé entre les deux procès est distant : il suffit que la loi soit *applicable* au litige. La mise en œuvre concrète de cette condition est incertaine et l'on ne voit pas très bien ce qu'est, concrètement, une disposition « applicable » au litige. La pratique contentieuse est venue éclairer cette dimension et, si le Conseil d'Etat s'en tient à la lecture souple imposée par l'ordonnance organique, la Cour de cassation a, *contra legem*, retenu une interprétation plus stricte de cette condition.

Dans l'appréciation de cette condition³⁰, le Conseil d'Etat a pu juger, par exemple, selon une formule générique, qu'il était nécessaire que la disposition invoquée soit « non dénuée de rapport avec les termes du litige »³¹. Cette appréciation souple du lien a également permis au Conseil d'Etat de renvoyer une QPC portant sur une disposition législative dont l'éventuelle censure n'emportait aucune conséquence sur la résolution du litige principal, avec les effets problématiques que cette solution a emporté en pratique par la suite³². Le juge administratif a ainsi renvoyé une QPC portant, notamment, sur l'une des dispositions législatives du dispositif anti-Perruche qui prévoyait l'application de ce dernier « aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi (...), à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation », alors que, dans l'espèce, il était saisi de faits antérieurs au dispositif anti-Perruche mais dont le litige était né après ce dispositif. La prévision par la loi d'une application immédiate aux instances en cours, ce qui sera jugé contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel³³, est considérée comme étant « applicable » dans le cadre d'un litige concernant des faits antérieurs à la loi, pour un litige né après. Le requérant n'a ainsi pas pu bénéficier devant le Conseil d'Etat de la censure par le juge constitutionnel de la disposition législative³⁴ et, sur le fond, Conseil d'Etat et Cour de cassation ont adopté des solutions opposées suite à cette

²⁹ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2^{ème} édition, 1988, p. 194.

³⁰ Voir sur ce point en général : *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, Procédures, 2^{ème} édition, p. 190 et s.

³¹ Voir par exemple : CE, 20 juin 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída*, n° 357798.

³² CE, 14 avril 2010, *Vivianne L.*, n° 329290.

³³ C.C., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, Rec., p. 105.

³⁴ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Vivianne L.*, n° 329290. Il a jugé que la requérante devait se voir appliquer le dispositif anti-Perruche, celui-ci devant s'appliquer aux faits antérieurs à la loi mais qui ont donné lieu à un litige après celle-ci.

Pour une approche critique de cette solution et de la décision de renvoi, voir : « Des suites de la censure de la loi anti-Perruche par le Conseil constitutionnel devant le Conseil d'Etat », *RFDC*, n° 88, 2011, pp. 869-874.

censure³⁵. Le contexte est particulier, l'illustration sans doute exceptionnelle, elle n'en témoigne pas moins de la lecture souple par le Conseil d'Etat du lien entre les deux litiges, conformément en l'occurrence aux exigences de la loi organique.

La Cour de cassation propose une lecture beaucoup plus restrictive, dans l'esprit de ce qu'est une question préjudicielle, mais contraire aux exigences de la loi organique. Elle envisage le caractère applicable dans le cadre du « litige [qui] doit être tranché ». Si le litige peut être tranché sans que la QPC n'ait besoin d'être résolue, la Cour de cassation ne renvoie pas la question, faute pour les dispositions contestées d'être applicables au litige³⁶. De manière plus claire encore, la Cour de cassation exige que l'inconstitutionnalité alléguée d'une disposition législative ait une « incidence sur sa solution »³⁷ ou une « incidence sur la procédure engagée » par les requérants³⁸.

Cour de cassation et Conseil d'Etat opposent ainsi une approche différente du caractère applicable au litige de la disposition législative contestée dans le cadre d'une QPC : une lecture conforme à la loi organique éloignant la QPC du modèle « question préjudicielle » et une lecture irrégulière vis-à-vis de cette même loi mais orthodoxe par rapport au modèle de la question préjudicielle.

Cette distance entre le procès incident et le procès principal, voulue par le législateur se confirme plus largement dans l'ensemble du contentieux relatif à la QPC : aucun élément du procès principal n'apparaît dans la motivation du juge constitutionnel et la déclaration de conformité à la Constitution, résultant d'un examen spécial de la disposition contestée aux griefs invoqués ou soulevés par le juge, présente un caractère absolu, c'est-à-dire qu'elle vaut pour tous les griefs potentiellement invocables à son encontre. L'appréciation par le Conseil constitutionnel d'un éventuel changement de circonstances, susceptible de recouvrir des changements de circonstances de fait, pour permettre un nouvel examen d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision *et après avoir fait l'objet d'un examen spécial par le Conseil constitutionnel*³⁹ apparaît bien maigre. Plus qu'un élément concret du procès constitutionnel, c'est une appréciation, éventuellement factuelle, de la possibilité de réexaminer une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution, en tant que condition de renvoi et de transmission d'une QPC. Autrement dit, c'est une condition à l'exercice du contrôle et non une modalité d'exercice de celui-ci. La prise en compte de « la portée effective

³⁵ Cass., civile 1^{ère}, 15 décembre 2011, n° 10-27473. Elle a considéré que le dispositif anti-Perruche n'était pas applicable aux faits antérieurs à la loi anti-Perruche qui ont donné lieu à un litige après celle-ci.

³⁶ Voir par exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 5 juillet 2012, n° 12-12356.

³⁷ Cass., civ. 2^{ème}, 25 avril 2013, n° 12-26176.

³⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 4 juin 2013, n° 13-40013.

³⁹ Cette dernière condition, non issue de l'article 23-2 de l'ordonnance organique, a été ajoutée par le Conseil constitutionnel : CC, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*, Rec., p. 128, cons. 4.

qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative »⁴⁰ à condition qu'elle provienne d'une juridiction suprême⁴¹ semble la part minimale de caractère concret dans la détermination de l'objet de son contrôle devant être prise en compte par le Conseil constitutionnel. S'il ne le faisait pas, il pourrait retenir une interprétation de la disposition législative qui lui est déférée qui ne serait pas celle effectivement appliquée en pratique, avec le risque corrélatif de prononcer une déclaration de conformité ou de non conformité à la Constitution d'une disposition législative en s'appuyant sur une interprétation de celle-ci autre que celle retenue par les juges d'application de la loi.

Cette double relativisation – anéantissement ? – de la lecture de la QPC en tant que question préjudicielle laisse ouverte la question de la qualification positive de cette voie de droit. Sans s'y risquer pleinement, une autre recherche serait en effet nécessaire, il faut sans doute rattacher les difficultés de qualification au contexte normatif particulier de sa création. La QPC apparaît comme un recours visant à maintenir une place significative au Conseil constitutionnel dans le contrôle *a posteriori* de la régularité des lois. La décision du 15 janvier 1975 *IVG* a initié une différenciation, aujourd'hui difficilement tenable à plusieurs titres, entre deux types de contrôle de la régularité de la loi exercés selon des modalités différentes en fonction des normes de référence du contrôle. Longtemps, cette différenciation pouvait se prévaloir d'un minimum de logique pratique et contentieuse, à défaut de reposer sur un raisonnement cohérent sur les fondements normatifs de cette solution⁴² : un contrôle *a priori* exercé par le Conseil constitutionnel, un contrôle *a posteriori* exercé par les juges de droit commun. Avec la QPC, la cohérence est remise en cause. Il existe deux modalités de contrôle de la régularité *a posteriori*, susceptibles d'être hiérarchisées dans le temps ou susceptibles d'être enclenchées de manière autonome. La QPC n'apparaît dès lors que comme une volonté de re-nationaliser, au regard des normes de référence, le contrôle de la régularité de la loi et de marginaliser le contrôle au regard des normes d'origine externe. Incontestablement, la technique du calcul des défauts ne gagne ni en clarté, ni en efficacité. La particularité de la technique juridique « QPC » y trouve sa source.

Xavier Magnon
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Centre de Droit comparé

⁴⁰ CC, n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption par une personne seule]*, *Rec.*, p. 264, cons. 2.

⁴¹ CC, n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*, *Rec.*, p. 194, cons. 9.

Cette dernière condition pouvant être contestée en opportunité au regard des risques évoqués après.

⁴² Il semble pour le moins problématique de considérer à la fois que la primauté des engagements internationaux se fonde sur la Constitution et qu'un engagement international contraire à la loi ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution.