

QPC et « Gouvernement des juges »

Par Pierre Esplugas, professeur de droit public à l'Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I

Si Henry Roussillon avait eu à traiter de la thématique des rapports entre « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC ci-après) et Gouvernement des juges », nul doute que sa problématique aurait été de dénoncer, avec la vigueur dont il est coutumier, les conséquences néfastes, selon lui, de ce nouveau mode de saisine du Conseil constitutionnel. En effet, sa doctrine a toujours été de penser que « chaque fois que le pouvoir du juge avance, la démocratie recule ». Il y a là comme une sorte de « réflexe rousseauiste » à l'égard de toute réforme qui conduit à renforcer le contrôle du juge, spécialement constitutionnel, sur le pouvoir politique, notamment le législateur¹. Ainsi, lorsqu'il a bien fallu intégrer dans la 7^{ème} édition de son ouvrage sur *Le Conseil constitutionnel* la nouvelle réforme qu'était la QPC, un titre m'a été avec insistance suggéré : « La QPC, mythe et réalités »². Il fut sans doute un peu déçu que le contenu de ce chapitre, que j'ai eu l'honneur de rédiger, fut équilibré et ne constitua pas une charge contre la QPC.

Cet article n'échappera pas à cet angle : son objet est de s'interroger si la mise en œuvre de la QPC a permis de trouver un point d'équilibre acceptable entre l'augmentation mécaniquement incontestable des pouvoirs du Conseil constitutionnel provoquée par la QPC et la limitation des pouvoirs du législateur induite par cette même QPC.

De prime abord, la réponse donnée par le Conseil constitutionnel est clairement de refuser la thèse d'un « Gouvernement des juges » défini, dans le cadre de cette étude, de manière large comme un pouvoir politique excessif exercé par le juge³. Le Conseil reprend ainsi souvent sa formule traditionnelle selon laquelle il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »⁴. Dans le même sens mais de manière plus imagée, le président Jean-Louis Debré aime rappeler que le Conseil se sert « d'une gomme et non d'un crayon » pour dire que celui-ci se borne à censurer une ou des dispositions législatives, non à proposer celles qui seraient conformes à la Constitution.

¹ H. Roussillon, « Faut-il tuer Rousseau une 2^{ème} fois ? », *La Gazette des Tribunaux du Midi*, n° 7125, 12 août 1989.

² H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, Connaissance du droit, Dalloz, 2011, p. 113 et s.

³ Nous reprenons à notre compte, dans le cadre cet article, la définition du « Gouvernement des juges » donnée par le professeur Michel Troper : « On appelle Gouvernement des juges toute situation dans laquelle les magistrats, quels qu'ils soient (...) paraissent disposer d'un pouvoir politique excessif » (« Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, 2001).

⁴ Cette formule est notamment reprise par le Conseil constitutionnel s'agissant des questions de société qui relèvent d'un choix strictement politique. Ainsi, par exemple, dans sa décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, le Conseil affirme que « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ».

Une telle affirmation, si nécessaire ou pertinente soit-elle, ne saurait pourtant entièrement suffire pour emporter la conviction. Il y a effectivement lieu de vérifier qu'il ne s'agit pas d'une pétition de principe et que le refus d'un « Gouvernement des juges » correspond à la réalité de sa pratique jurisprudentielle. En outre, l'appréciation de la réalité d'un « Gouvernement des juges » ne dépend pas que du positionnement du Conseil constitutionnel. En effet, une décision de non-conformité rendue dans le cadre du contentieux *a posteriori* peut avoir pour conséquence d'amorcer un processus législatif afin de combler le vide juridique provoqué par la censure. Il s'agit là d'une différence essentielle avec une décision de non-conformité rendue dans le contentieux *a priori* car, en l'occurrence, il ne peut y avoir par hypothèse de vide juridique provoqué par la censure d'une disposition législative non encore en vigueur. Il convient donc aussi d'envisager l'impact qu'ont les « décisions QPC » sur le travail du Parlement. Au vu de ces deux éléments d'analyse, deux lectures sont possibles : l'une optimiste affirmant que la QPC ne favorise pas le « Gouvernement des juges » (I.), l'autre pessimiste admettant que celle-ci le favorise (II.).

I. La QPC ne favorise pas le « Gouvernement des juges »

L'ensemble des décisions QPC est marqué par la volonté exprimée par le Conseil constitutionnel de parer la critique toujours prégnante en France d'un « Gouvernement des juges ». Le refus d'une telle pratique se manifeste aussi bien d'un point de vue matériel dans le contenu de ses décisions (A.) que formel dans la manière de les rendre (B.).

A. Le refus d'un « Gouvernement des juges » d'un point de vue matériel

1. Il convient d'emblée d'écarter une première hypothèse qui verrait le Conseil constitutionnel dans ses décisions QPC s'ériger en « Gouvernement des juges » au sens matériel, c'est-à-dire prendrait des décisions qui viseraient à contrecarrer pour des raisons politiques ou idéologiques des choix politiques contraires du Parlement. Ce mythe du « Gouvernement des juges » resurgit, il est vrai, ponctuellement à l'occasion de certaines décisions prises dans le cadre du contrôle *a priori* au terme desquelles le pouvoir politique manifeste ostensiblement sa désapprobation vis-à-vis d'une décision du Conseil constitutionnel⁵. Cela s'explique notamment par le fait que les décisions de ce type sont rendues peu de temps après les débats parlementaires, soit à un moment où les passions politiques sont encore vives. Au contraire, aucune décision QPC n'a été à ce jour contestée sur un plan strictement politique par le pouvoir en place. Une des raisons tient sans doute au fait que de telles décisions sont déconnectées du débat politique et prises, par opposition au contrôle *a priori*, parfois des années après l'adoption de la loi abrogée. Le pouvoir politique est donc moins enclin à critiquer l'abrogation d'une loi qu'il n'a pas nécessairement contribué à faire adopter.

⁵ Sans lister toutes les réactions polémiques émanant du pouvoir politique depuis le début de la Vème République, citons simplement la dernière à la date de la rédaction du présent article : Le Premier ministre Jean-Marc Ayrault a ainsi déclaré le 24 octobre 2012 à propos de la « loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social », de surcroît avant même que la décision contestée ne soit rendue (n° 2012-655 DC, 24 oct. 2012) que « le Conseil constitutionnel a été saisi sur un problème de forme par l'UMP et l'UMP a obtenu l'annulation (...) Très bien pour l'UMP, mais ce n'est pas bien pour les Français » (*Le Monde*, 24/10/2012).

2. Au delà de tout aspect de polémique politicienne, le Conseil constitutionnel s'abstient, plus fondamentalement, de dire au législateur quelle disposition doit se substituer aux dispositions abrogées. Cette position est illustrée, par exemple, par la décision QPC du 30 juillet 2010 sur le régime de garde à vue au terme de laquelle le Conseil peut affirmer, à bon droit, « qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »⁶. De même, dans la décision QPC du 4 mai 2012 abrogeant les dispositions sur le délit d'harcèlement sexuel, le Conseil s'est contenté d'observer que les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas définis de manière suffisamment précise – ce qui était donc contraire au principe de légalité des délits et des peines - sans pour autant indiquer au législateur les dispositions qui permettraient de caractériser ce délit (encore que l'on pourrait discuter ce point dans la mesure où en l'espèce le Conseil procède à un rappel des dispositions antérieurement en vigueur qui, quant à elles, caractérisaient bien l'infraction)⁷. Le Conseil se veut donc, de ce point de vue, seulement un « législateur négatif » au sens de Kelsen⁸.

B. Le refus d'un « Gouvernement des juges » d'un point de vue formel

Le Conseil constitutionnel s'est attaché à rejeter le spectre d'un « Gouvernement des juges » d'un point de vue formel en développant des techniques contentieuses limitant son pouvoir d'abrogation.

⁶ Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, cons. 30.

⁷ Cons. const., n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]*.

⁸ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, spé. p. 140 et « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197.

1. Celles-ci sont, en premier lieu, la reprise de techniques déjà façonnées dans le cadre du contrôle *a priori*. Le Conseil s'est ainsi efforcé de définir avec précision les normes de références textuelles sur lesquelles il s'appuie pour rendre ses décisions. Dans le « contentieux QPC », celles-ci sont plus étroites que dans celui « DC » dans la mesure où elles se limitent aux « droits ou libertés que la Constitution garantit ». Le travail du Conseil a donc consisté à écarter comme normes de référence non opposables les dispositions constitutionnelles qui ne contiennent pas de droits ou libertés. Dans cette logique, il rejette les recours fondés à l'appui d'une QPC sur des « principes » qui ne constituent pas des droits⁹, sur les droits fondamentaux conventionnels¹⁰, sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives¹¹, sur des objectifs à valeur constitutionnelle¹² ou une incompétence négative¹³ qui, en tant que tels, ne sont pas constitutifs de droits subjectifs, ou sur les règles de procédure législative¹⁴. La définition d'un socle textuel précis de normes de référence sur lequel s'appuie le Conseil pour rendre ses décisions QPC contribue ainsi à encadrer ses décisions et constitue une garantie contre un « Gouvernement des juges ». En revanche, on notera que le Conseil a eu recours dans le « contentieux QPC » à la technique souple et toujours discuté des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cependant, comme dans le « contentieux DC », il n'y recourt qu'avec modération¹⁵ et ne les découvre qu'avec une extrême parcimonie – une seule fois en deux ans de QPC¹⁶ - quand bien même d'ailleurs ce choix pouvait en l'espèce être contestable¹⁷.

⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2011-130 QPC, 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]* à propos du principe posé par l'article 75-1 de la Constitution selon lequel « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » ou n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *Kimberly Clark* et n° 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Époux P. et autres (Perquisitions Fiscales)* à propos du principe de consentement à l'impôt.

¹⁰ Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹¹ Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010 et n° 2010-79 QPC, 17 déc. 2010, *M. Kamel D [Transposition d'une directive]*.

¹² Cons. const., n° 2010-4/17 QPC, 22 juill. 2010, *M. Alain C. et autres [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]* à propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

¹³ Cons. const., n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*.

¹⁴ Cons. const., n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*.

¹⁵ Les principes fondamentaux reconnus par les lois de République appliqués par le Conseil constitutionnel dans le contentieux *a posteriori* sont à ce jour « la liberté d'association » (Cons. const., n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*), « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs » (Cons. const., n° 2010-25 QPC, 16 sept. 2010, *Jean-Victor C.*) et « l'indépendance des professeurs d'université » (Cons. const., n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *Jean C. et a.*).

¹⁶ Le Conseil constitutionnel a reconnu comme principe fondamental reconnu par les lois de la République celui de l'application d'un droit dérogatoire au droit commun en Alsace et en Moselle (Cons. const., n° 2011-157, QPC, 5 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*).

¹⁷ V. D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun qui notent que la spécificité d'un droit dérogatoire en Alsace et en Moselle « était plus circonstancielle que fondamentale » (Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2011, *RD publ.*, 1^{er} janv. 2012 n° 1, p. 217).

Par ailleurs, la technique des réserves d'interprétation, initiée dans le contrôle *a priori* et reprise dans celui *a posteriori* dans une proportion non négligeable de cas¹⁸, revêt la même portée. Dans les deux cas, cette technique peut en effet être comprise comme visant à sauver la loi. Il s'agit, on le sait, de l'interpréter de manière conditionnée dans un sens conforme à la Constitution au lieu d'heurter frontalement le législateur par une abrogation sèche. Toutefois, la similitude du raisonnement conduit à se demander si une multitude de réserves d'interprétation ne dénature pas la loi au point que, paradoxalement, une censure pure et simple pourrait être préférable. Un exemple peut être tiré d'un ensemble de décisions intéressant le droit de la procédure pénale. Le Conseil a recours en l'occurrence fréquemment à la méthode des réserves d'interprétation dans la mesure où il préfère repousser, pour des raisons de sécurité juridique, sans doute légitimes, les effets d'une censure. En contrepartie, il accompagne ses décisions de réserves d'interprétation visant systématiquement à garantir en particulier les droits à l'information¹⁹ et au recours²⁰ du justiciable. Ce faisant, la succession de décisions avec réserves d'interprétation conduit au final à réécrire le régime législatif de la procédure pénale pour les droits des justiciables. On peut s'interroger ainsi s'il ne serait pas plus conforme à la séparation des pouvoirs que le Parlement se saisisse d'une réforme du code de procédure pénale intégrant les réserves identiques formulées par le Conseil allant dans le sens d'une information des droits des justiciables et d'un droit à un recours effectif en cas de leur mise en cause.

¹⁸ Les décisions QPC prises avec des réserves d'interprétation représentent environ 10 % des décisions rendues depuis la mise en place de la QPC (V. A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RD publ.*, 2011 n° 4, p. 965).

¹⁹ Par exemple : Cons. const. n° 2010-62 QPC, 17 déc. 2010, *M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]*; Cons. const., n° 2010-80 QPC, 17 déc. 2010, *M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice]*; Cons. const. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]*; Cons. const. n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]*.

²⁰ Par exemple : Cons. const. n° 2010-38 QPC, 29 sept. 2010 *M. Jean-Yves G. [Amende forfaitaire et droit au recours]*; Cons. const. n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011 *M. Samir A. [Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention]*.

2. En second lieu, de manière spécifique au « contentieux QPC », le mécanisme de l'abrogation différée, selon lequel le Conseil constitutionnel peut fixer les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité à une date ultérieure à celle-ci²¹, s'inscrit aussi dans une perspective de refus du « Gouvernement des juges ». En effet, tout d'abord, une abrogation différée laisse subsister un temps la disposition législative décidée par le législateur plutôt que de créer un vide législatif. Ensuite, le report des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité permet au Conseil de renvoyer au Parlement le soin de définir dans l'intervalle le régime législatif qui se substituera aux dispositions censurées. Ce schéma est pleinement intégré par le Conseil lorsque, par exemple, il indique « qu'il y a lieu de reporter (...) la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité »²². Il se crée ainsi les conditions d'un dialogue vertueux entre le juge constitutionnel et le législateur à qui il revient bien de décider des dispositions législatives applicables. C'est en quelque sorte la transposition de la théorie du « droit au dernier mot », chère au doyen Vedel, mais qui appartient ici non au constituant mais au législateur.

En outre, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence, inspirée de la doctrine du « droit vivant », qui le conduit à apprécier la constitutionnalité d'une disposition législative dans sa portée effective en fonction de l'interprétation constante que lui ont donné le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation²³. Un des intérêts de cette technique est en pratique d'avoir pour effet indirect, comme pour les réserves d'interprétation classiques, de sauver une disposition législative. Ainsi, par exemple, ce n'est que compte tenu de l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat, qui est en l'occurrence de réprimer les seuls manquements graves et répétés aux obligations qui s'attachent aux fonctions de maire ou de ses adjoints, qu'une disposition du Code général des collectivités territoriales sur la suspension et la révocation de ces fonctions est déclarée conforme au principe de légalité des délits²⁴.

²¹ Constitution de 1958, art. 62, al. 2.

²² Par exemple : Cons. const., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *M^{me} Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*; *idem* n° 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *M^{me} Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*.

²³ Cons. const., n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*. v. G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 10.

²⁴ Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire]*.

3. Enfin, la QPC suppose l'appréciation par les juges du fond, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation de conditions de recevabilité de fond qui peuvent poser une difficulté au regard d'un « Gouvernement des juges ». En effet, en examinant si une QPC « n'est pas dépourvue de caractère sérieux » ou présente un « caractère sérieux »²⁵, les juges de renvoi opèrent nécessairement un pré-contrôle sur la constitutionnalité de la loi²⁶. A rebours d'une tradition selon laquelle les juges ordinaires sont les « serviteurs de la loi », l'appréciation de cette condition de recevabilité conduirait donc, par une première analyse, à renforcer un « Gouvernement des juges ». Cette analyse peut toutefois se retourner car de deux choses l'une : soit la question est renvoyée et ni le juge du fond, ni le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation n'endossent la responsabilité d'une éventuelle censure de la loi qu'il appartient seul au Conseil constitutionnel de décider ; soit la QPC n'est pas renvoyée et la loi sort renforcée de ce pré-examen de constitutionnalité. Dans les deux cas, le juge *a quo* ne s'inscrit donc pas dans une perspective de « Gouvernement des juges ».

II. La QPC favorise le « Gouvernement des juges »

Le risque d'un « Gouvernement des juges » est généré par deux facteurs : il résulte, d'une part, d'une contrainte à agir pouvant peser sur le législateur à la suite d'une décision d'abrogation (A.), et, d'autre part, de la manière dont sont rédigées les décisions du Conseil constitutionnel ou même des arrêts de renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat (B.).

A. Le risque d'un « Gouvernement des juges » du fait de la contrainte du législateur à agir

La QPC favorise le « Gouvernement des juges » en ce sens que le travail législatif du Parlement est contraint par les décisions de ce type prises par le Conseil constitutionnel. Leur impact résulte de la nature même du contrôle *a posteriori* qui tranche avec celle du contrôle *a priori*. En effet, ce dernier s'inscrit dans une logique de prévention des inconstitutionnalités dans la mesure où la menace d'une censure « imprègne » au mieux le législateur dans l'élaboration du texte de loi afin d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité une fois celui-ci adopté. De manière différente, le contrôle *a posteriori* pousse plus loin l'influence du Conseil constitutionnel en intégrant le processus de contrôle dans une logique de correction des inconstitutionnalités²⁷. Il pèse donc sur le législateur une contrainte à agir qui est de plusieurs ordres.

²⁵ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 23-2, 23-4 et 23-5.

²⁶ Le fait que les juges de renvoi procèdent dans leur mission de filtrage à un pré-contrôle de la constitutionnalité des lois est aujourd'hui communément admis par la doctrine (v. par exemple : P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107 ; G. Drago, « Exception d'inconstitutionnalité. - Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP* 2008. I. 217 ; A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80 ; A. Roux, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP*, 2008. I. 175).

²⁷ V. J. Benetti, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif », *Constitutions* 2011, p. 42.

1. Cette contrainte peut, tout d'abord, porter sur *l'initiative* à adopter un texte de loi. Celle-ci résulte du mécanisme de l'abrogation différée qui impose l'intervention du législateur en vue de remédier à l'inconstitutionnalité constatée. C'est pourquoi certains auteurs ont légitimement pu dire que ce mécanisme pouvait être compris comme un « pouvoir d'injonction implicite au législateur »²⁸. Néanmoins, cette obligation d'agir ne repose pas sur un mécanisme de contrainte. Il serait seulement, et éventuellement, possible d'engager la responsabilité de l'Etat si le législateur s'abstenait d'adopter une loi à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet différé²⁹.

2. La contrainte à agir pour le législateur est d'autant plus forte qu'elle porte ensuite sur les *délais* aussi bien d'ailleurs en amont, en parallèle et en aval de l'adoption de la loi. *En amont*, le mécanisme de l'abrogation différée impose au législateur un calendrier pour adopter les dispositions qui se substitueront à celles censurées. La pratique de la QPC montre qu'à ce jour le délai fixé par le Conseil constitutionnel est entre 3 et 18 mois. Cela peut poser une difficulté particulière dans un contexte d'ordre du jour parlementaire surchargé. En ce sens, le Président de l'Assemblée nationale à l'époque en fonction, Bernard Accoyer, a exprimé la crainte selon laquelle « il ne faut pas que les décisions du Conseil, prises à partir de cas individuels, retardent la mise en œuvre de priorités d'intérêt général portées par l'exécutif et le législatif »³⁰. La contrainte de calendrier peut également exister même en l'absence de recours à l'abrogation différée afin de combler un vide législatif. Ainsi, la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a été inscrite à l'ordre du jour de la session extraordinaire de juillet 2012 au cours de laquelle a été appliquée par le Gouvernement la procédure accélérée³¹.

Le recours à une session parlementaire extraordinaire comme dans ce cas pose d'ailleurs une difficulté. On pensait en effet naïvement, d'une part, que le principe d'une telle session était d'être ... « extraordinaire », c'est-à-dire exceptionnel, et, d'autre part, qu'il appartenait aux autorités habilitées, parmi lesquelles ne figure naturellement pas le Conseil constitutionnel, de la convoquer. Or, dans une série d'affaires liées à l'hospitalisation sans consentement ou d'office, le Conseil a reporté au 1^{er} août la date de l'effet de l'abrogation pour prendre en compte ce qui ne devrait être qu'une hypothétique session extraordinaire au cours de laquelle le Parlement est appelé à remplacer les dispositions abrogées³². On peut au contraire penser qu'il n'appartient pas au Conseil d'anticiper la tenue d'une session extraordinaire.

²⁸ C. Maugué, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011, p. 196.

²⁹ Le principe de la responsabilité de l'Etat du fait d'une abstention du législateur à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet différé n'est pas évident. En effet, le régime de responsabilité sans faute résultant de la jurisprudence « La Fleurette » (CE, ass., 14 janv. 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*) n'a pas *a priori* vocation à s'appliquer car, l'inconstitutionnalité concernant tous les destinataires de loi, il n'y a pas de préjudice spécial. Il faudrait donc que le juge administratif accepte le principe d'une responsabilité pour faute du fait d'une abstention à agir de la part du législateur (v. M. Disant, « La responsabilité de l'Etat du fait de la loi inconstitutionnelle » *RFDA* 2012 p. 1181).

³⁰ Entretien donné au journal *Le Monde*, 11 janvier 2011.

³¹ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

³² Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, *M^{me} Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* ; Cons. const., 9 juin 2011 - n° 2011-135/140 QPC, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*.

En *parallèle de l'adoption de la loi*, le temps parlementaire peut encore se heurter au temps du Conseil constitutionnel. Cela s'est vérifié à l'occasion des débats parlementaires relatifs au projet de loi sur les « droits et la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ». La discussion en cours à l'époque a été précipitée par une décision du 9 juin 2011 censurant de nouveaux articles du code de la santé publique en matière d'hospitalisation d'office³³. Même si la décision différait l'abrogation au 1^{er} août 2011, le Gouvernement a dû, sous peine de refaire voter un autre texte quelques semaines à peine après la promulgation du texte en cours de discussion, déposer en urgence un amendement devant l'Assemblée nationale en troisième lecture pour tenir compte de cette décision.

En *aval de l'adoption de la loi*, la contrainte de calendrier peut enfin concerner la date de mise en vigueur du texte. Ainsi, le Conseil constitutionnel a recours parfois à la théorie dite de « l'effet utile » visant à offrir au requérant, auteur de la QPC, ainsi qu'à tous ceux dont le recours est pendante devant une juridiction à la date de la décision du Conseil, le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité³⁴. Cette théorie conduit en fait le Conseil constitutionnel à enjoindre au Parlement de faire rétroagir la loi à la date de ces instances. De même, le jeu de la QPC combiné à celui du contrôle de conventionnalité peut avoir pour conséquence de décider de l'entrée en vigueur d'une loi *contra legem* ! Ainsi, la loi du 14 avril 2011 disposait que la réforme de la garde à vue devait entrer en vigueur « le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1er juillet 2011 »³⁵. Au contraire, par une série d'arrêtés rendus le lendemain même de la promulgation de cette loi, la Cour de cassation décide dans le cadre du contrôle de conventionnalité de son application immédiate³⁶. Le législateur n'a donc maîtrisé en l'espèce ni l'initiative, ni l'application de la loi³⁷.

³³ Cons. const., n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*.

³⁴ Par exemple, Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*.

³⁵ L. n° 2011-392, 14 avril 2011, art. 26.

³⁶ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, arrêts n° 10-17.049, 10-30.313, 10-36.316, 10-30.242.

³⁷ V. Les propos critiques de : J. Pradel, « Un regard très européen sur les gardes à vue antérieures à la loi du 14 avril 2011 », *JCP G*, 2011, n° 26 ; H. Croze, « De la garde à vue et des experts-comptables. Propos impertinents sur le gouvernement des juges », *Procédures* n° 6, Juin 2011, repère 6.

3. La contrainte à agir pesant sur le législateur est, enfin, *matérielle* et s'est vérifiée, par exemple, de manière éclatante à l'occasion de deux réformes. La première est celle du régime législatif de la garde à vue déduite de la loi du 14 avril 2011³⁸. Cette dernière est effectivement la conséquence directe d'arrêts ou de décisions rendus non exclusivement d'ailleurs par le Conseil constitutionnel³⁹ mais aussi par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁰ et la Cour de cassation⁴¹ au vu des exigences d'un droit à un procès équitable. Celles-ci ont obligé le législateur à organiser au cours de la garde à vue la notification du droit de garder le silence et l'assistance effective de l'avocat dès le début de la mesure et pendant les interrogatoires⁴². L'obligation était d'autant plus remarquable qu'il n'était pas certain en l'occurrence que la majorité parlementaire de l'époque était politiquement favorable à une telle réforme.

Une seconde réforme notable inspirée par le Conseil constitutionnel est celle de « l'hospitalisation sans consentement » à la demande d'un tiers. En l'espèce, le Conseil a décidé qu'une telle hospitalisation ne pouvait être maintenue au-delà de quinze jours sans l'intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire⁴³. Cette exigence résulte encore de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle un juge doit statuer sur la légalité des internements psychiatriques et les demandes de sortie immédiate dans un « bref délai »⁴⁴. Ces jurisprudences ont ainsi donné lieu à la loi du 5 juillet 2011 qui prévoit un contrôle de plein droit du juge judiciaire sur les décisions de maintien en hospitalisation sans consentement⁴⁵. Les milieux médicaux ont contesté de la sorte vigoureusement la judiciarisation de l'internement psychiatrique. On peut en toute hypothèse se demander s'il n'appartenait pas au pouvoir politique plutôt qu'au Conseil constitutionnel de décider en l'occurrence de l'opportunité ou pas de l'intervention d'un juge.

La contrainte sur le législateur est d'autant plus grande que le Conseil est en mesure de vérifier que la loi a été réécrite dans le sens souhaité s'il est de nouveau saisi aussi bien d'ailleurs *a priori* qu'*a posteriori* comme ce fut le cas pour le régime législatif de droit commun de la garde à vue⁴⁶.

B. Le risque d'un « Gouvernement des juges » du fait du contenu des « décisions ou arrêts QPC »

³⁸ L. n° 2011-392 du 14 avril 2011.

³⁹ Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*.

⁴⁰ CEDH, 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie* ; 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*.

⁴¹ Cass. crim., 19 oct. 2010, arrêts n° 10-82.902, n° 10-86.051, n° 10-82.306.

⁴² G. Godiveau, « La réécriture de la loi au carrefour des temps juridictionnel et parlementaire (Les vicissitudes du droit de la garde à vue) », *RD publ.*, 2012, n° 4, p. 987.

⁴³ Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, *M^{me} Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*.

⁴⁴ Par exemple, CEDH, n° 68673/01, 27 oct. 2005, *Mathieu c/ France*.

⁴⁵ L. n° 2011-803, 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁴⁶ Cons. const., n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, *Mme Élise A. et autres [garde à vue III]*.

1. Le risque d'un « Gouvernement des juges » peut en premier lieu se rencontrer dans la motivation de certaines « décisions ou arrêts QPC » qui peuvent reposer sur l'appréciation de considérations factuelles et/ou subjectives. Il en est ainsi tout particulièrement de l'appréciation d'un « changement de circonstances » pour justifier le réexamen d'une disposition législative déjà traitée par le Conseil constitutionnel⁴⁷. En effet, tout d'abord, ce changement peut aussi bien concerner les circonstances de droit que de fait⁴⁸. C'est naturellement l'appréciation de ces circonstances de fait qui peut soulever une difficulté aussi bien devant les juges de renvoi que devant le Conseil constitutionnel. Devant les premiers, l'affaire de la publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle en fournit une illustration. Pour justifier le renvoi d'une QPC portant sur la loi organique du 18 juin 1976 déjà examinée par le Conseil constitutionnel⁴⁹, le Conseil d'Etat se réfère en 2012, sans plus de précisions, aux « changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays »⁵⁰. On aimerait bien savoir en quoi la situation relative à l'élection présidentielle, notamment du point de vue des « parrainages », est différente en 2012 par rapport en 1976. Le Conseil constitutionnel a requalifié d'ailleurs de manière bienvenue ce changement de circonstances de fait en circonstances de droit résultant d'une modification de l'article 4 de la Constitution⁵¹ quand bien même au demeurant cette nouvelle rédaction ne semble pas d'un apport nouveau décisif au regard de la question des parrainages⁵². De même, la Cour de cassation ne s'est pas trop embarrassée pour préciser en quoi un changement de circonstances de fait justifiait un renvoi des articles 75 et 144 du Code civil sur l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe. Son argumentation a consisté simplement à dire que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers »⁵³, ce qui peut sembler quand même un peu court.

⁴⁷ LO n° 2009-1523, art. 23-2.

⁴⁸ Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

⁴⁹ Cons. const., n° 76-65 DC, 14 juin 1976, *Loi organique modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel*.

⁵⁰ Décision de renvoi - Conseil d'Etat - 2012-233 QPC, 2 févr. 2012, *Mme Marine Le Pen [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle]*.

⁵¹ Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine Le Pen [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle]*.

⁵² Const. 1958, art. 4 tel que modifié par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et des groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

⁵³ Décision de renvoi - Cour de cassation - 2010-92 QPC, 16 nov. 2010, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*.

Un dernier exemple de considérations très factuelles de nature à laisser perplexe peut être tiré de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 au terme de laquelle il justifie le réexamen du régime législatif de la garde à vue⁵⁴. Il relève ainsi, afin d'étayer sa démonstration sur la banalisation de la garde à vue, que « la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle (...), que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 (...) et que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ». On peut se demander si de telles considérations chiffrées ont quelque chose à faire dans une décision de justice sensée être de portée générale dans le cadre d'un contentieux qui, à ce niveau, reste objectif.

Cette notion de « changement de circonstances » présente une autre difficulté au regard du risque d'un « Gouvernement des juges ». En effet, un des éléments permettant d'encadrer les décisions du Conseil constitutionnel est que celui-ci est tenu d'être cohérent au regard de sa propre jurisprudence ce qui contribue à asseoir sa légitimité⁵⁵. Or le recours au « changement de circonstances » permet au Conseil de faire « sauter ce verrou » et de s'écarter de sa jurisprudence. Ainsi, par exemple, on sait que le Conseil avait déclaré conforme à la Constitution le régime législatif de droit commun sur la garde à vue dans sa décision du 11 août 1993⁵⁶. Toutefois, un changement de circonstances résultant, notamment du fait que, selon le Conseil, la garde à vue n'est plus une mesure exceptionnelle et est devenue la phase principale de constitution du dossier pénal, l'autorise, dans sa décision du 30 juillet 2010, M. *Daniel W et autres*, à procéder à un réexamen de ce même régime. La garantie que pouvait constituer l'autorité de la chose jugée et une stabilité de la jurisprudence est donc aujourd'hui relative ce qui ne manque pas de renforcer l'existence d'un « Gouvernement des juges ».

⁵⁴ Cons. const., n° 2010-14/22, 30 juillet 2010, M. *Daniel W et autres* (Garde à vue).

⁵⁵ V. M. Troper in « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 34, spéc. p. 40 et s.

⁵⁶ Cons. const., n° 93-326 DC, 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*.

2. Le risque d'un « Gouvernement des juges » existe en second lieu du fait que le Conseil constitutionnel peut décider du droit applicable. En effet, en cas de déclaration de non conformité, il peut soit repousser l'abrogation de manière différée, soit prononcer une abrogation pure et simple. Il appartient dans cette hypothèse logiquement au législateur de décider de l'opportunité d'une correction législative et de dire le sens d'une disposition de substitution. Cependant, le souci, naturellement louable, d'éviter que l'abrogation prononcée provoque un vide juridique peut le conduire à préciser, certes dans l'attente de l'intervention du législateur, le droit applicable. La décision QPC du 2 juillet 2010 relative à la composition des tribunaux maritimes commerciaux illustre tout particulièrement cet état de fait⁵⁷ : après avoir abrogé les dispositions organisant la présence de fonctionnaires en méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité au sein de ces juridictions, le Conseil conclut que ceux-ci « siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun », en l'occurrence celle des tribunaux correctionnels. Ce faisant, il se substitue au législateur en décidant de la composition de ces tribunaux maritimes commerciaux⁵⁸. De la même manière, s'agissant de contentieux similaires affectant des juridictions comme les commissions départementales d'aide sociale (CDAS)⁵⁹ ou la commission centrale d'aide sociale (CCAS)⁶⁰, le Conseil constitutionnel censure la présence de fonctionnaires en leur sein et remodèle à la suite la composition de ces juridictions⁶¹. Conscient de sa hardiesse et plus respectueux du Parlement, il prend toutefois soin en l'espèce de noter que la composition de ces juridictions est organisée « sans préjudice de modifications ultérieures ».

La question centrale de cet article était de s'interroger si la QPC favorisait un « Gouvernement des juges ». Une réponse nuancée doit en conclusion être apportée : malgré toutes les préventions logiquement concevables visant à repousser la thèse d'un « Gouvernement des juges », il est un fait que le Conseil constitutionnel tend par le jeu de la QPC à contraindre plus grandement les choix politiques effectués par le législateur.

⁵⁷ Cons. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, [Tribunaux maritimes commerciaux].

⁵⁸ En ce sens, v. les observations critiques de Julien Boudon : « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, 4 oct. 2010, n° 40, chron., 961.

⁵⁹ Cons. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.* [Composition de la commission départementale d'aide sociale].

⁶⁰ Cons. const., n° 2012-250 QPC, 8 juin 2012, *M. Christian G.* [Composition de la commission centrale d'aide sociale].

⁶¹ V. J. Boudon, « Inconstitutionnalité de la composition des commissions départementales d'aide sociale », *Droit adm.*, n° 6, juin 2011, comm. 55 ; « Déclaration d'inconstitutionnalité attendue de la composition de la commission centrale d'aide sociale », *Droit adm.*, n° 10, oct. 2012, comm. 84.

Au delà de ce constat attendu, si ce n'est banal, la conclusion essentielle est en fait à rechercher ailleurs dans la représentation que l'on se fait du juge constitutionnel en France. On peut aujourd'hui dire tranquillement que le Conseil constitutionnel français est plus qu'un « législateur négatif » au sens de Kelsen⁶² mais bien un « co-législateur » ou, avec le professeur Guillaume Drago, parler de « loi sous la dictée du Conseil constitutionnel »⁶³. Certains auteurs en viennent même à inverser les rôles dans le processus d'écriture de la loi en évoquant « le rôle déterminant du Parlement dans la traduction législative des débats et décisions QPC », ce qui est bien le moins !⁶⁴ De telles affirmations dans le contexte antérieur et exclusif du contrôle *a priori* auraient certainement fait frémir au regard du spectre toujours prégnant du « Gouvernement des juges ». La conséquence évidente est qu'aurait été fragilisée la légitimité du Conseil constitutionnel. Pourtant, par l'intégration de la QPC dans la conscience collective, il s'est opéré une sorte de révolution en douceur visant à admettre que la loi est le fruit d'un dialogue supposé vertueux entre le Parlement et le Conseil constitutionnel. Si l'on peut sans doute s'accommoder de cette évolution⁶⁵, le point d'équilibre reste néanmoins fragile entre l'apport de la QPC à la protection des droits fondamentaux et le danger d'un « Gouvernement des juges » d'autant plus réel qu'il est désormais masqué.

⁶² H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, spé. p. 140 et « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197.

⁶³ G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, Dalloz 2011, n° 6, p. 93, www.juspoliticum.com/L-influence-de-la-QPC-sur-le.html.

⁶⁴ P. Turk, « Quel rôle pour le Parlement dans le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Petites affiches*, 29 nov. 2012 n° 239, p. 5. De même, Sara Brimo parle du « Conseil constitutionnel, maître indirect du travail parlementaire » (*RD publ*, 1^{er} sept. 2011 n° 5, p. 1189).

⁶⁵ En ce sens, v. O. Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013 p. 23.