

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS

> La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ?

Lectures contrariées et contradictoires (1)

par Antoine Botton, *Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole - Institut de droit privé*
et Bertrand de Lamy, *Professeur à l'Université Toulouse I Capitole - Institut de droit privé*

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été l'une des innovations juridiques majeures de ces dernières années. S'il connaît aujourd'hui un léger tassement, il n'en est pas moins vrai qu'il constitue, au vu du nombre et de l'importance des questions posées, un indéniable succès.

Tant le mécanisme de contrôle que les décisions rendues ont donné lieu à de très nombreuses analyses puis à des bilans. Il ne s'agira pas ici de réaliser un autre travail de cette nature, mais de soumettre à la réflexion quelques remarques d'ordre plus général quant au processus d'élaboration et de commentaires des décisions constitutionnelles.

Depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les problématiques constitutionnelles s'étendent assurément à l'ensemble des branches du droit. Cela étant, paradoxalement, ce phénomène marque, sinon les limites du droit constitutionnel, du moins la nécessité d'en faire évoluer la conception.

1 - Si le Conseil constitutionnel avait déjà une activité juridictionnelle avant la QPC, celle-ci l'a, à l'évidence, considérablement accrue. Précisons qu'il ne s'agit pas ici de se prononcer sur l'épineuse question de la nature du Conseil, mais simplement de constater que celui-ci s'est donné pour office de dire le droit constitutionnel. Compte tenu de l'amplification de ce rôle, le Conseil a dû se doter d'une procédure respectant les principaux canons processuels. A cet égard, comment ne pas évoquer la place actuellement prise par les plaideurs, avocats comme représentants du gouvernement ? Ces plaideurs, surtout les premiers, ne sont à l'évidence pas des spécialistes du droit constitutionnel, mais, par leur formation, des juristes privatistes, fiscalistes, ou encore administrativistes. Par la force des choses, ils sont donc amenés à développer des argumentations inductives ;

partant de l'espèce et de la norme extraconstitutionnelle - qu'ils ont l'habitude d'invoquer - afin de démontrer l'applicabilité au litige d'une norme constitutionnelle dont la teneur et la portée ne sont, finalement, que peu discutées.

Il ne faut, en effet, pas oublier cette évidence que le contentieux QPC naît de l'application d'une norme infraconstitutionnelle dont le plaideur essaie de montrer la contrariété aux droits et libertés que la Constitution garantit ; la confrontation de la diversité des espèces à ces principes supérieurs obligeant ainsi ces derniers à autant d'adaptation et partant de déclinaisons. Pour preuve, le principe de la légalité criminelle tiré de l'article 8 de la Déclaration de 1789 est à géométrie variable, suivant qu'il s'applique en droit pénal *stricto sensu* ou dans une matière parapénale. Aussi le Conseil a-t-il pu juger, dans sa décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 (AJDA 2012. 578, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; Constitutions 2012. 337, obs. O. Le Bot ; RSC 2012. 184, obs. J. Danet), qu'« appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent » (cons. 7). Comme les expressions « appliquée en dehors du droit pénal » et « en matière disciplinaire » le laissent nettement entendre, la teneur du principe de légalité procède directement de la matière dans laquelle il s'applique. Loin d'être intangible, le principe constitutionnel est alors voué à s'adapter au domaine d'intervention de la norme infraconstitutionnelle rendant ainsi les questions d'identification et de contenu de ce domaine nécessairement préalables à tout raisonnement relatif à la norme constitutionnelle. En d'autres termes, la norme infraconstitutionnelle n'est pas seule-

ment, en matière de QPC, un élément primordial d'un point de vue procédural, elle détermine la substance même du principe constitutionnel.

2 - Par ailleurs, il faut rappeler que, pour être renvoyée par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, une question doit être soit nouvelle soit sérieuse, si tant est, évidemment, que les dispositions contestées soient applicables au litige et n'aient pas déjà été reconnues conformes à la Constitution, sauf changement de circonstances.

S'agissant du critère de nouveauté, le Conseil explique que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application » (3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, cons. 21, AJDA 2010. 80, étude A. Roblot-Troizier, et 88, étude M. Verpeaux ; RFDA 2010. 1, étude B. Genevois ; Constitutions 2010. 229, obs. A. Levade ; RSC 2010. 201, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2010. 66 et 517, obs. P. Puig). Or il semblerait que le Conseil ait, à ce jour, tout dit sur les principes constitutionnels en eux-mêmes. Les discussions se concentrant devant les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif sur le caractère sérieux ou non de la QPC, c'est-à-dire sur le caractère discuté ou non de la norme infraconstitutionnelle. Demeure-t-il alors des discussions purement constitutionnelles à mener ? On peut en douter tant leur surveillance dépend finalement d'un critère de « nouveauté » qui n'a, semble-t-il, jamais été mis en œuvre. Et pour cause : y aurait-il effectivement un plaideur pour prendre le risque, au nom de son client, d'innover dans le domaine constitutionnel, alors que l'arsenal existant, riche et adaptable à toute matière, lui permet d'essayer de remettre en cause la loi appliquée ?

Toujours saisi en raison du caractère sérieux de la question, le Conseil répond, bien au contraire, à l'invitation du raisonnement basé sur la norme infraconstitutionnelle. A titre d'exemple, dans la décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010 (D. 2010. 2686, note C. Lacroix, et 2262, obs. J. Pradel ; AJDA 2010. 1553, tribune J.-D. Dreyfus ; Constitutions 2011. 339, obs. J. Barthélemy et L. Boré, et 520, obs. E. Daoud et A. Talbot ; RSC 2011. 188, obs. B. de Lamy, et 193, chron. C. Lazerges), il n'hésite pas à axer son contrôle sur une étude des dispositions du code de procédure pénale, susceptibles d'éclairer la contrariété à la Constitution de la norme contestée. Procédant à une véritable litanie de dispositions du code de procédure pénale accordant des droits à la partie civile, le Conseil conclut que l'article 575 qui limite, pour elle, la possibilité d'intenter un pourvoi en cassation contre un arrêt de la chambre de l'instruction forme une limitation injustifiée de ses droits de la défense. Il s'appuie ainsi sur les articles préliminaire, 1, 2, 85, 87, 186, 186-1, 186-3 du code afin de juger « qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense ; que, par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution ». Le contrôle s'effectue donc au regard des

dispositions du code de procédure pénale, les normes constitutionnelles étant seulement énoncées en quelques lignes, dans une sorte d'incantation.

La procédure de QPC, en permettant la censure d'une disposition isolée et de son application, a ainsi rendu plus indispensable la connaissance de son environnement juridique pour saisir l'ensemble des implications de la décision rendue.

3 - Cette évolution du contrôle de constitutionnalité a nécessairement eu une incidence sur l'expertise des décisions constitutionnelles. Peut-on encore procéder à des lectures purement constitutionnalistes des décisions du Conseil ? Une appréhension de l'intégralité des tenants et des aboutissants de ces décisions est-elle possible sans une connaissance technique de la matière dans laquelle elles interviennent ? Il est permis d'en douter tout comme, à l'inverse, de l'opportunité de commenter ces mêmes décisions par le seul prisme des normes contrôlées.

Toujours est-il que l'amplification du contrôle de constitutionnalité a conduit au paradoxe suivant : le droit privé est pleinement entré dans le droit constitutionnel, l'étude de celui-ci ne pouvant, dès lors, plus faire l'économie de la connaissance de celui-là.

Dans cette optique, s'il n'épousait pas les qualifications, la terminologie, les mécanismes et leurs imbrications, les notions, les principes des branches du droit dans lesquelles on requiert son intervention, le droit constitutionnel, compte tenu de la profusion des décisions QPC, pourrait devenir une langue morte. La matière se ramasserait sur l'étude des institutions et du fonctionnement du Conseil constitutionnel, ce qui laisserait un peu songeur...

La QPC est donc une formidable occasion pour l'ensemble des juristes de se saisir de cette discipline. Son étude, par définition transversale, passe, paradoxalement encore, par l'abandon souhaitable du terme trompeur de « constitutionnalisation » que n'aimait pas le Doyen Vedel (rapport de synthèse in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 283, spéc. p. 287) parce qu'il évoque « cette idée d'un développement mathématique à partir de principes constitutionnels », alors, explique l'auteur, que « le Conseil constitutionnel ne pense pas que la Constitution se situe par rapport à l'ensemble des règles juridiques, législatives ou jurisprudentielles, comme un théorème fondamental se situe par rapport à tout l'arsenal de propositions qui vont en dériver ».

Avec la procédure de QPC, et pour paraphraser le Doyen Vedel, le théorème s'infère bel et bien des propositions dérivées. Dès lors, à l'expression de « constitutionnalisation » du droit privé, ne devrait-on pas préférer celles, par exemple, de « pénalisation » ou encore de « fiscalisation » du droit constitutionnel ? S'il serait assurément téméraire de l'affirmer ici, il ne fait cependant aucun doute que l'avènement du contrôle a posteriori a mis en lumière les limites de l'idée de « constitutionnalisation » du droit et, par là même, du droit constitutionnel strictement entendu.

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS

> La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ?

Lectures contrariées et contradictoires (2)

par Xavier Magnon, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole – Institut Maurice Hauriou

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC), linéaire du droit constitutionnel ? La question n'a rien d'ictonoclaste. Le paradoxe n'est qu'apparent. La formidable diffusion du droit constitutionnel, consécutive à la mise en œuvre de la QPC, conduirait à sa dilution dans toutes les branches du droit affectées par cette nouvelle procédure. Cette dilution toucherait aussi bien le droit formellement constitutionnel, c'est-à-dire les normes consacrées dans la « Constitution », que la doctrine ayant pour objet ce droit, à savoir la doctrine constitutionnelle. A un mouvement, parfois perçu comme hégémonique, de défense doctrinale d'une constitutionnalisation des branches du droit, dans un contexte peu favorable de contrôle *a priori* exclusif tendant à réduire cette idée à un pur fantasme disciplinaire, succéderait un mouvement inverse, précisément au moment où il existe un instrument efficace de constitutionnalisation du droit, de « pénalisation », de « civilisation », etc., du droit constitutionnel. Le droit constitutionnel perdrait son autonomie pour ne constituer qu'une partie de l'étude d'autres branches du droit et non l'étude d'une discipline à part entière. Que penser de cette analyse ?

Trois arguments sont avancés : celui de l'influence ascendante, le droit constitutionnel, en tant que discours du juge sur les normes constitutionnelles, est influencé par les différentes branches du droit grâce auxquelles il prend sens avec la QPC (1), celui de la finitude, rien de nouveau ne pourrait plus être dégagé des normes de droit constitutionnel formel (2), et celui de l'inanité du droit constitutionnel en tant que discipline, chaque branche du droit s'approprie le droit constitutionnel tel qu'il se concrétise dans le discours du juge, ce qui rend inutile toute analyse constitutionnelle autonome (3). Réexaminons chacun de ces arguments, après en avoir rappelé la formule qui semble en synthétiser le mieux la substance.

1 - « La norme infraconstitutionnelle (...) détermine la substance même du principe constitutionnel » - L'argument mérite d'être relativisé, avant d'être contextualisé au regard de la spécificité du droit constitutionnel formel.

Soutenir que l'application de normes supérieures est déterminée par le contexte de leur application n'a rien d'original. Tous les juges se nourrissent du contexte entourant les faits d'un litige pour déterminer l'application de la norme législative qui permettra de le résoudre. En matière pénale, par exemple, si le meurtre est puni de trente ans de réclusion criminelle, tous les meurtres qui seront jugés n'emportent pas le prononcé d'une peine de trente ans de

réclusion. Il appartient au juge pénal, en fonction des faits qui lui sont soumis, d'adapter l'application du droit aux circonstances de l'affaire. La concrétisation de la norme générale et abstraite qui condamne à trente ans de réclusion se réalise à partir des faits concrets auxquels elle s'applique : « les faits déterminent la substance même du principe pénal ».

Si l'on transpose cette analyse au droit constitutionnel, les « faits » du juge constitutionnel sont constitués par des dispositions législatives, les normes à appliquer sont les normes constitutionnelles, l'interprétation de celles-ci étant déterminée par ceux-là. Cette présentation est la conséquence du principe de concrétisation de l'ordre juridique qui se réalise devant le juge habilité à résoudre un litige et qui doit le faire en posant une norme individuelle et concrète, contenue dans le dispositif du jugement, après avoir appliqué une norme générale et abstraite à une situation déterminée. Les énoncés des normes constitutionnelles (une norme étant la signification d'un énoncé et non cet énoncé) présentent, par principe, un fort degré d'indétermination. Ils disent peu en eux-mêmes ou, plus exactement, ils en disent trop. Ils offrent au législateur beaucoup de possibles, c'est-à-dire de nombreux comportements différents tous conformes à la norme constitutionnelle. Aussi peut-il apparaître difficile de dire *a priori* ce que signifie la liberté d'expression au niveau constitutionnel, si ce n'est qu'elle est une permission d'agir générale et indéterminée au profit de ses bénéficiaires quant au contenu du discours qu'ils peuvent valablement soutenir. Ce n'est que dans la concrétisation de ce principe par le juge qu'il sera possible de lui donner un contenu concret. Cette concrétisation, c'est-à-dire la formalisation précise des possibles que le principe constitutionnel offre, ne se fait qu'à partir de son application à des dispositions législatives particulières. Il est difficile d'établir *a priori* si la liberté d'expression autorise la loi Gayssot, sur l'incrimination de la négation de certains crimes de génocide, même s'il est possible de plaider en faveur de sa conformité ou de sa non-conformité à la Constitution, seule la concrétisation de la liberté d'expression par le juge face à cette loi permettra de dire ce qu'il en est. Ainsi perçu, le droit constitutionnel, en tant que discours du juge de concrétisation des normes constitutionnelles, s'enrichit des différentes applications dont il fait l'objet grâce à la QPC. Il ne se réduit pas ou ne se dilue pas du fait de la multiplication des cas d'application. Au contraire, il devient plus explicite et se renforce donc en termes de lisibilité auprès des différents organes d'application du droit et en particulier des citoyens.

2 - « Il semblerait que le Conseil ait, à ce jour, tout dit sur les principes constitutionnels en eux-mêmes » - Dans le prolongement de ce qui vient d'être avancé, l'argument ne paraît pas non plus déterminant. Le droit constitutionnel formel, c'est-à-dire les énoncés constitutionnels, ne disent rien de précis en raison de leur fort degré d'indétermination. Jamais « tout sera dit » sur les principes constitutionnels. Les énoncés constitutionnels ne prescrivent que des contraintes très générales et ce n'est que, cas par cas, en fonction des applications concrètes, que ces énoncés révéleront leurs potentialités d'application. La nouveauté n'est jamais exclue. Chaque examen de constitutionnalité d'une disposition législative fournit l'occasion d'établir une nouvelle permission ou une nouvelle interdiction susceptible d'être dégagée à partir d'un énoncé constitutionnel.

3 - « Le droit constitutionnel, compte tenu de la profusion des décisions QPC, pourrait devenir une langue morte » - L'argument est peut-être celui qui est le plus fort. Quel serait l'intérêt scientifique d'une discipline qui ne disposerait plus d'un objet propre et autonome, celui-ci disparaissant dans le domaine de chacune des autres branches du droit saisies par la QPC ? Cet argument n'est pas nouveau. La QPC n'est ici qu'un accélérateur et non un générateur du mouvement. Le constitutionnaliste doit, pour éclairer son objet, disposer des connaissances qui relèvent d'autres champs disciplinaires, étant entendu, c'est le fond de l'argument de l'inanité, qu'entre un constitutionnaliste et le spécialiste de la branche du droit concernée, il n'y a aucun doute pour savoir qui est le mieux placé pour livrer une analyse pertinente. Dans la confrontation norme de référence/norme objet du contrôle, la parole du spécialiste de la norme objet du contrôle (la loi) l'emporterait sur celle de celui spécialiste de la norme de référence (la Constitution). Nul doute que le constitutionnaliste doit maîtriser des éléments

qui relèvent d'autres disciplines pour commenter et apprécier les décisions du juge dans le cadre de la QPC, comme d'ailleurs dans celui du contrôle *a priori*. Il ne fait pas de doute non plus que le constitutionnaliste n'en saura jamais autant que le spécialiste, du moins peut-on l'espérer pour ce dernier. Il n'en reste pas moins que son objet n'est pas constitué par les normes contrôlées, qui ne sont que le contexte d'application de la norme constitutionnelle, mais par cette dernière. Il s'agit d'apprécier la concrétisation de la norme constitutionnelle dans un contexte législatif donné. La connaissance de ce contexte n'est alors qu'accessoire par rapport à cet objet premier. De plus, si chaque spécialiste est le mieux à même de commenter ce qui devient « sa » jurisprudence QPC dans son champ disciplinaire, qui d'autre que le constitutionnaliste est en mesure de disposer d'une lecture transversale, comparée et globale des normes constitutionnelles dans leurs différents contextes de concrétisation ? Si le droit constitutionnel devient du droit constitutionnel des obligations, du droit constitutionnel administratif, etc., il n'en demeure pas moins du droit constitutionnel général, quels que soient ces domaines d'application. Le développement de droits constitutionnels spéciaux n'exclut pas l'existence d'un droit constitutionnel général.

L'étude de droits et libertés se partage d'ailleurs aujourd'hui entre plusieurs disciplines sans qu'il ne faille s'en inquiéter : droit constitutionnel, droit de la Convention européenne des droits de l'homme, droit de l'Union européenne, droit administratif, droit civil... Ces différentes disciplines ne s'excluent pas. Elles ont des orientations, parfois des objets, différents et sont donc complémentaires. Le discours doctrinal constitutionnaliste doit se nourrir des autres doctrines ; ces dernières ne peuvent se passer de la lecture globale et générale de la matière « droit constitutionnel » proposée par le premier.