

# PRÉSIDENCE DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Vendredi 5 avril 2013

## COLLOQUE :

### **La question prioritaire de constitutionnalité, une question pour la démocratie**

*Ce compte-rendu a fait l'objet d'une publication au sein de la revue La Semaine juridique*

*Le colloque est ouvert à neuf heures quinze.*

**M. Claude Bartolone, président de l'Assemblée nationale.** Monsieur le président du Conseil constitutionnel, Monsieur le vice-président du Conseil d'État, Mesdames et Messieurs les parlementaires, Monsieur le Premier président de la Cour de cassation, Monsieur le procureur général, Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Monsieur le président du Conseil national des barreaux, Madame la ministre, chère Ana Palacio, Monsieur le ministre, cher Robert Badinter, Monsieur le juge, cher Stephen Breyer, Monsieur le président de la Commission des lois, Mesdames, Messieurs,

Le 26 août 1789, une poignée d'hommes nouvellement élus gravèrent dans une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen les principes fondamentaux de notre démocratie. Ce jour-là, les représentants de la nation mirent fin à un monde fondé sur l'inégalité et l'arbitraire. Ce jour-là, l'Assemblée nationale qui venait de naître fit autant pour la grandeur et la renommée de notre pays que bien des armées qui combattirent en son nom.

Ce que savaient les premiers parlementaires, c'est que la puissance d'un pays ne se réduit pas au nombre de ses canons, et qu'elle réside également dans la force de ses valeurs, dans le rayonnement de ses idées et dans le génie de ses institutions. Ce que savaient ces hommes des Lumières, c'est que si certaines règles sont précaires, d'autres doivent être défendues avec passion car elles portent en elles notre projet, notre histoire, notre ambition.

Ce qu'ils ne savaient pas, en revanche, c'est qu'en écrivant ce texte, ils jetaient les fondements de la République. Ce qu'ils ne savaient pas, c'est que leur œuvre serait prolongée à travers les âges, à travers les siècles. Qu'à cette déclaration s'ajouteraient de nouveaux droits, de nouvelles libertés, de nouveaux principes ; que les droits de la Déclaration de 1789 trouveraient leur prolongement dans les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et qu'aux droits civils et politiques, s'ajouteraient les droits économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps » ; et que ces droits de l'Homme seraient, un jour, complétés par une Charte de l'environnement.

Ce que les députés de 1789 ne pouvaient par-dessus tout imaginer, c'est que 221 ans plus tard, des hommes et des femmes se rendraient dans les tribunaux de France pour invoquer cette Déclaration à l'encontre d'une loi. Et pour cause : pour la majorité de ces hommes, il était inconcevable que la loi, expression de la volonté générale, puisse être soumise au contrôle d'un juge, quel qu'il soit.

Je ne suis ni juge, ni avocat, ni juriste. Mais je sais, en tant que législateur, en tant que Président de l'Assemblée nationale, que la République a besoin pour exister de lois fortes, de lois stables, de lois respectées et respectables ; que notre République ne peut tenir et ne peut survivre que si elle reste fidèle à ses valeurs fondamentales, aux principes qu'elle a

gravés dans le marbre, dans « le bloc de constitutionnalité », et que la question prioritaire de constitutionnalité, en renforçant nos lois, renforce la République – parce que, lorsqu'une loi méconnaît nos principes fondamentaux, lorsqu'elle ignore un droit ou une liberté, lorsqu'elle bavarde ou qu'elle est, à l'inverse, trop discrète, elle fragilise la République.

Trois ans après son entrée en vigueur, la question prioritaire de constitutionnalité a rempli les principaux objectifs que nous lui avons assignés. Grâce à elle, notre État de droit est plus solide et notre République renforcée.

Il suffit de penser à tous les progrès qu'elle a permis de réaliser. Des régimes juridiques entiers ont été modifiés : le régime de la garde à vue, le régime de l'hospitalisation d'office, le régime relatif aux pensions des anciens combattants étrangers qui ont combattu pour notre pays.

Mais si la question prioritaire de constitutionnalité a renforcé notre République, ce n'est pas simplement par ce qu'elle a consolidé notre État de droit, c'est également parce qu'elle a enrichi notre démocratie, profondément.

D'abord, parce qu'il n'y a pas de grande démocratie sans un parfait respect des droits et des libertés. N'oublions jamais que la démocratie elle-même est l'expression d'une liberté : la liberté politique, celle de participer au débat public, de concourir à la formation de la volonté générale. Ensuite, parce que les décisions prononcées par le Conseil constitutionnel forcent bien souvent le législateur à combler un vide juridique ou à remédier à une inconstitutionnalité, et parce que la question prioritaire de constitutionnalité oblige les représentants de la nation à se pencher sur d'anciennes législations ou à les réexaminer au regard de nos droits et de nos libertés.

Je citerai un seul exemple, le plus emblématique. Comme vous le savez, le Conseil constitutionnel a abrogé, le 4 mai 2012, l'article du code pénal relatif au harcèlement sexuel. Face à ce vide juridique, notre Assemblée est intervenue en urgence. Les députés ont voté – à l'unanimité, fait rare – un texte détaillant de façon précise les éléments constitutifs d'un harcèlement. Ils ont ainsi répondu directement aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel.

Mais les députés n'en sont pas restés là. Ils en ont profité pour renforcer la protection des victimes de harcèlement, en doublant la peine prévue pour un tel acte.

On l'aura compris : la question prioritaire de constitutionnalité est une source de vitalité pour notre démocratie parce qu'elle conduit le Parlement à renforcer la législation existante et à se saisir de sujets sur lesquels il ne se serait pas spontanément prononcé.

Ces sujets n'ont pas été choisis par le gouvernement, ni par les parlementaires. Ils ont été choisis par les citoyens, par les justiciables eux-mêmes, par les syndicats, les associations, les collectivités territoriales de la République... Comme beaucoup d'entre vous le savent, avant d'être élu Président de l'Assemblée nationale, je présidais le conseil général de la Seine-Saint-Denis. Ce que peu d'entre vous savent, en revanche, c'est qu'à ce titre j'ai eu l'occasion de présenter une question prioritaire de constitutionnalité. Je vous le dis tout de suite, nous n'avons pas gagné. Pour autant, comme le prouve ce colloque, je ne suis pas rancunier... Plus sérieusement, à l'occasion de cette procédure, j'ai compris à quel point la question prioritaire de constitutionnalité a constitué une révolution juridique pour tous les citoyens et, plus largement, pour tous les justiciables.

Enfin, si la question prioritaire de constitutionnalité a renforcé la démocratie, c'est aussi parce qu'elle l'a rendue plus sûre d'elle-même et de ses valeurs, et qu'elle l'a guérie de ses propres excès, en faisant en sorte que la loi de la majorité n'aboutisse pas à l'écrasement de

la minorité : une vision de la démocratie qui est nécessairement celle d'un président de l'Assemblée.

Nous savons tous combien l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel, en 1974, a fait de l'article 61 de la Constitution un instrument au service de la démocratie : depuis cette date, vous n'avez pas juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire.

La question prioritaire de constitutionnalité va encore plus loin dans ce sens. Elle permet à un individu, à un seul homme, à une seule femme, de faire annuler une loi votée par plus de 900 parlementaires parce que ce texte a méconnu un droit ou une liberté constitutionnelle qui fait partie de l'ADN de la République.

La question prioritaire de constitutionnalité, c'est aussi le symbole d'une République où les pouvoirs s'écoutent, dialoguent, se respectent et sont respectés. C'est le symbole d'une République prête à affronter de nouveaux défis, prête à faire face au nouveau monde, parce qu'elle est unie et que les pouvoirs coopèrent pour trouver les réponses les plus appropriées aux défis du temps présent, chacun à sa manière, chacun selon ses compétences.

C'est d'ailleurs ainsi que la question prioritaire de constitutionnalité a été conçue, ici même, à l'Assemblée. Elle a été imaginée au travers des échanges entre les parlementaires, le gouvernement, les autorités juridictionnelles, les avocats et les universitaires. C'est ce dialogue préparatoire qui a fait de cette procédure un véritable succès.

Fidèle à son origine, la question prioritaire de constitutionnalité continue de contribuer au renforcement du dialogue entre les autorités de la République. Entre les juridictions d'abord, parce qu'elle a conduit à l'émergence, à côté du Conseil d'État et de la Cour de cassation, d'une véritable Cour constitutionnelle. Conseil d'État, Cour de cassation, Conseil constitutionnel : c'est vous qui, chaque jour, faites vivre ce dialogue des juges, en France et par-delà nos frontières. Cette polyphonie juridictionnelle est une chance. Bien sûr, il se peut que, parfois, apparaissent entre vous quelques désaccords, quelques divergences. Mais ce dialogue est source d'émulation et, au fond, d'enrichissement pour nos droits et nos libertés – au reste, ces dissensions ne doivent pas être si terribles puisque nous avons réussi à vous réunir ici !

À côté du dialogue des juges, il en existe un autre, sur lequel repose en partie l'avenir de la République : le dialogue des institutions et des pouvoirs entre eux. C'est un dialogue que renforce également la question prioritaire de constitutionnalité, comme en témoigne l'assistance à ce colloque : ce ne sont pas seulement tous les acteurs de la chaîne juridictionnelle qui sont représentés dans cette salle, mais, plus largement, les acteurs de la République.

Ce dialogue, que je tiens pour essentiel, ne peut exister sans le respect de certains principes, au premier rang desquels l'indépendance de la justice. Ce principe s'impose à l'exécutif comme au législatif ; il s'impose à moi en tant que président de l'Assemblée nationale. C'est pourquoi j'ai demandé, dès mon élection, à être dessaisi de mon pouvoir de nomination au Conseil supérieur de la magistrature. Je me réjouis, à ce titre, du projet de loi que vient de présenter le gouvernement pour réformer ce dernier. Outre que ce texte reprend ma proposition, il apporte bien d'autres garanties supplémentaires à l'indépendance de la justice.

Au nom de cette même indépendance, je me suis toujours refusé à commenter une décision de justice, qu'elle émane du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Mais le dialogue entre les pouvoirs exige également que chacun assume son rôle et respecte celui de l'autre. Nous ne pouvons pas reprocher au juge d'appliquer la loi sur laquelle nous lui avons demandé de veiller. Si la législation n'est pas satisfaisante, ce n'est pas sa faute : c'est à nous de la modifier, c'est aux députés et aux sénateurs qu'il revient de se prononcer. Le rôle de la jurisprudence n'est pas de pallier le défaut de débat au Parlement. Notre hémicycle est justement conçu pour débattre de notre avenir, de l'évolution de nos droits et de nos libertés, des problèmes économiques et sociaux de notre pays.

Nous le savons tous ici, le Gouvernement, le Parlement et la justice concourent, chacun dans ses fonctions, à l'expression du peuple français. Chaque institution, chaque pouvoir, chaque autorité est l'expression d'une temporalité politique différente : le temps long de la Constitution et des droits fondamentaux, le temps court de l'opinion, le temps périodique du suffrage universel. Cette démultiplication des canaux d'expression est précieuse : elle permet de réaliser au mieux le projet démocratique en donnant une réalité sans cesse renouvelée à l'expression de la souveraineté du peuple français. Chacun à notre place, et dans le cadre des missions que la Constitution nous a confiées, à l'écoute et dans le respect des autres pouvoirs, nous permettons à la République d'avancer, avec force et unité.

Avant de céder la parole au « père » de la question prioritaire de constitutionnalité, M. Robert Badinter qui, entre deux airs d'opéra, nous fait le grand plaisir d'être aujourd'hui parmi nous, dans cette maison qu'il connaît si bien, je vous annonce que Mme Christiane Taubira, Garde des sceaux, ne pourra être des nôtres. Je le regrette, mais elle est pardonnée car son absence s'explique par une bonne cause : elle est retenue au Sénat par l'examen du projet de loi relatif au mariage pour tous. (*Applaudissements.*)

**M. Robert Badinter, ancien Garde des sceaux.** Tout a été dit, ou presque. Quiconque s'attache à suivre l'actualité des colloques, des doctrines, des notes, des ouvrages le sait : la question prioritaire de constitutionnalité est indiscutablement à la mode. J'ignore si l'on finira par en faire un opéra mais, si tel est le cas, il se jouera assurément à guichets fermés... Je ne pouvais donc que m'interroger : que pouvais-je ajouter à tous ces commentaires sur les progrès que la question prioritaire de constitutionnalité fait réaliser à l'État de droit ?

Je sais que Claude Bartolone m'a invité par amitié, et aussi parce qu'il est aisé de me faire assumer le rôle du patriarche, du burgrave. Quand on évoque une formation politique à laquelle je ne suis pas complètement étranger, on parle des « éléphants » du parti socialiste ; désormais, j'entre plutôt dans la catégorie des mammoths ; cela me permet d'élargir fortement l'angle de vision et de situer le présent dans la perspective historique.

C'est pourquoi je n'ai pu m'empêcher de sourire en lisant dans les excellents *Cahiers du Conseil constitutionnel* un article récent évoquant la lune de miel que vivraient le Parlement et le Conseil constitutionnel grâce à la question prioritaire de constitutionnalité, ou, dans la revue *Pouvoirs*, celui de notre ami Guy Carcassonne saluant cette aurore nouvelle pour la garantie des droits fondamentaux. Pourquoi ce sourire en coin ? Parce que c'est l'exact inverse : non, le contrôle de constitutionnalité n'est pas inscrit dans l'ADN du Parlement français, et celui qui vous parle n'aura que l'avantage de pouvoir rappeler la longue, constante, opiniâtre hostilité que le Parlement a manifestée à l'égard de cette idée. Avant le *Te Deum* actuel, que de détestation jadis ! Ce disant, je ne parle pas de l'école lyonnaise et de la dénonciation première du gouvernement des juges, mais d'une hostilité inhérente à la culture parlementaire française, hostilité que j'ai souvent pu mesurer.

Rappelons-le : il a fallu attendre la Constitution de la V<sup>e</sup> République, qui n'est pas l'expression par excellence de la faveur portée au Parlement, pour que naisse un Conseil constitutionnel. Ce n'est pas trahir l'Histoire de dire que, dans l'esprit de son principal

inspirateur, Michel Debré, la fonction assignée au Conseil était de veiller à ce que le Parlement ne dépasse pas les limites étroites de la compétence que lui avait fixée le constituant. Les travaux préparatoires excellemment présentés par François Luchaire en attestent : on comptait sur ce « chien de garde » pour, à la discrétion de la majorité incarnée par le Président de la République, tenir fermement le Parlement dans les limites de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a été conçu comme un rempart contre la souveraineté parlementaire.

Ce n'était pas contraire à la tradition juridique française. Nous sommes héritiers d'une culture éminemment légicentriste, d'une culture qui fait de la loi l'expression de la volonté générale, incarnée dans un Parlement issu d'élections libres et régulières. Les parlementaires se sentent, à juste titre, les dépositaires de cette volonté générale ; comment les juges pourraient-ils leur dire qu'ils ont outrepassé... quelles limites ? Celles opposées à la volonté générale ? Voilà qui contredirait notre tradition anti-juridictionnelle, contraire à celle qui a conduit à la création de la Cour suprême des États-Unis.

Quelques très rares esprits se sont cependant dits partisans d'un contrôle de constitutionalité. Le plus grand d'entre eux l'a fait dans un texte qui demeure pour moi le fondement le plus lucide et la justification la plus éclairante de la raison d'être d'un tel contrôle dans une démocratie. Dans *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville écrivait ceci : « Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblées politiques. » Tout est dit, et tranche avec la formule célèbre rappelée en creux par le Président Claude Bartolone : non, on n'a pas juridiquement raison au seul motif que l'on est politiquement majoritaire.

Pour ma part, j'ai toujours trouvé le fondement du contrôle de constitutionalité dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont je rappelle les termes : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » Dans la mesure où cette Déclaration est, et doit demeurer, le fondement de notre législation, le contrôle de constitutionalité s'impose. Parler de la garantie des droits ne suffit pas, encore faut-il l'assurer ; et pour l'assurer, il faut un contrôle de constitutionalité.

J'ai pourtant évoqué la résistance, obstinée et constante, du Parlement à cette idée ; j'en ai été témoin, à répétition, lorsque j'étais au Conseil constitutionnel, où je suis arrivé avec la conviction qu'il devait devenir réellement ce qu'il était déjà depuis 1974 mais de façon très originale et limitée : une Cour constitutionnelle. Ceux que j'ai eu le privilège d'avoir à mes côtés à cette époque le savent, c'était mon obsession : nous devons nous doter d'une Cour constitutionnelle comme il en existait partout dans les autres démocraties européennes. J'ai immédiatement essayé d'associer les deux assemblées au contrôle de constitutionalité, et je me suis immédiatement fait envoyer sur les roses : « Comment ? Vous voulez entendre le rapporteur ? Mais le rapporteur cesse d'exister à l'instant où la loi est votée ! » « Comment ? Vous souhaiteriez que les Assemblées fassent part de leurs observations, que la majorité, auteur du texte, intervienne au cours d'un débat contradictoire ? Mais il n'en est pas question, nous ne voulons rien de tel. » Et la défiance s'installait.

J'ai eu l'occasion de mesurer cette résistance plus encore lorsque le Premier ministre de l'époque, Édouard Balladur, a tenu à dénoncer le Conseil constitutionnel dans une tribune donnée au journal *Le Monde*. Méconnaissant pour une fois l'obligation de réserve, mais non sans m'être assuré de l'accord de tous les membres du Conseil et du doyen Vedel, je lui ai répondu par le même canal – ce qui nous a valu à tous deux une admonestation paternelle de François Mitterrand, le Président de la République estimant que le Premier

ministre et le président du Conseil constitutionnel n'avaient pas à régler leurs disputes par voie de presse.

Le fait est qu'un Congrès a effacé la décision du Conseil, la majorité de l'époque applaudissant à tout rompre l'idée de limiter les pouvoirs de notre institution.

Vous me permettrez donc de dire qu'il n'y a jamais eu de lune de miel.

En 1989, année du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, j'ai pensé que le moment était venu. François Mitterrand n'était pas un amateur du contrôle de constitutionnalité – le gouvernement des juges lui déplaisait. Il aimait par-dessus tout la République parlementaire et pour lui les grands hommes d'État étaient ceux de la III<sup>e</sup> République. Malgré cela, j'ai entrepris le Président de la République, après avoir, en mars 1989, écrit dans *Le Monde* que l'on ne pouvait continuer de dire aux citoyens, comme on le faisait depuis le 10 octobre 1981 – l'un des plus beaux jours de ma vie – que, pour faire constater la violation de leurs droits fondamentaux, il leur était permis de saisir les juridictions européennes, mais pas le Conseil constitutionnel. Le déséquilibre insupportable qui faisait du citoyen français un majeur conventionnel mais un mineur constitutionnel ne pouvait plus durer.

François Mitterrand était défavorable à cette évolution, mais j'ai réussi à le convaincre en faisant valoir que l'occasion était unique : alors que l'on célébrait le bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme, il pourrait dire aux citoyens que, grâce à la réforme qui allait faire naître, sous la forme de l'exception d'inconstitutionnalité, une possibilité d'accès des citoyens à la juridiction constitutionnelle, chacun pourrait faire respecter ses droits et libertés fondamentaux. L'aspect politique de l'argument l'a intéressé – d'autant plus intéressé, j'en suis convaincu, qu'il était sûr que le Sénat s'opposerait à ce projet ... Et c'est bien ainsi qu'il en est allé.

Le texte soumis au Parlement, dû au travail du premier président de la Cour de cassation Pierre Drai, du vice-président du Conseil d'État Marceau Long, de moi-même et de Bruno Genevois, secrétaire général du Conseil constitutionnel, était assorti d'une procédure de filtrage complexe. Comme y insiste Guy Carcassonne, ce filtre ne doit certes pas être un bouchon, mais il le faut pour éviter que le Conseil constitutionnel ne soit submergé. D'autre part, dans ma pensée, associer étroitement les juridictions suprêmes à ce filtrage était la manière d'unifier ce qui viendrait de la justice administrative et ce qui viendrait de la justice pénale, mais surtout, c'était irriguer le monde judiciaire de la culture du respect des droits fondamentaux qui imprègne la société juridique américaine et celle de bien des pays européens. Il n'était que temps de rattraper notre retard.

Ainsi fut fait : par la volonté du Président de la République qui, chacun le sait, est la loi de la majorité, le projet de loi constitutionnelle fut voté par l'Assemblée. Parmi les opposants, on compta deux jeunes députés pleins d'allant – celui qui deviendrait le Président Nicolas Sarkozy, et M. François Fillon. Tous deux avaient voté contre l'exception d'inconstitutionnalité dont, vingt ans plus tard, ils se sont heureusement faits les défenseurs les plus ardents ; voilà des conversions qui font plaisir !

Le texte fut ensuite repoussé par le Sénat. Nous ne pouvions évidemment en rester là, ce qui explique la création, en 1993, de la commission Vedel. Il est peu surprenant que cette dernière ait été favorable à l'exception d'inconstitutionnalité ; elle était formée de ses promoteurs purs et durs. Un nouveau texte de révision constitutionnelle fut donc déposé – et autant en emporta le vent...

Heureusement, avec le temps, les esprits évoluèrent, et vous connaissez la suite. En 2007, la commission Balladur fut constituée. M. Édouard Balladur, après avoir si

fortement combattu le principe de la juridiction constitutionnelle, s'était convaincu que l'on ne pouvait admettre un contrôle de conventionnalité et refuser le contrôle de constitutionnalité aux citoyens. Les esprits étaient donc prêts. Le reste appartient à l'histoire. Il n'empêche que vingt ans avaient été perdus parce que les assemblées, et particulièrement le Sénat, étaient hostiles à tout renforcement des pouvoirs du Conseil constitutionnel – renforcement qui, me disait un sénateur éminent, diminue d'autant le prestige et le pouvoir de la Haute assemblée.

Maintenant, les choses sont en ordre. Mais la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) n'aurait pas connu le succès éclatant qui a été le sien si les auteurs de la loi organique n'avaient accompli en ces lieux un travail remarquable et si le président du Conseil constitutionnel, M. Jean-Louis Debré, et son secrétaire général, n'avaient pas réussi à définir une procédure qui est pour nous une sorte de *satisfecit* : enfin, le Conseil constitutionnel respecte les principes du procès équitable. Je dois dire que lorsque, siégeant au Conseil, ce rêve ne cessait de me poursuivre, j'avais rencontré chez certains de mes collègues une réticence : ils préféraient la procédure feutrée, discrète et rapide qui leur permettait de passer au Palais-Royal un temps relativement bref compte tenu de la complexité des questions...

Ensuite, le monde judiciaire s'est emparé de la question prioritaire de constitutionnalité et je salue l'action de M. Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux qui, notamment dans l'affaire de la garde à vue, a su mobiliser les barreaux.

Je dirai en conclusion que par la force des choses, la QPC aura sur l'avenir du Conseil constitutionnel une influence heureuse, à trois égards.

D'abord, la nouvelle procédure influencera inévitablement la procédure ordinaire, celle du contrôle de constitutionnalité *a priori*. L'évolution est certaine, et nous verrons enfin le Conseil devenir une véritable juridiction constitutionnelle.

Alors, on verra disparaître l'extravagante et persistante originalité qui fait plus que sourire à l'étranger : la participation comme membres à vie d'anciens présidents de la République aux travaux d'une juridiction constitutionnelle. On sait comment s'explique cette « bizarrerie », pour dire les choses aimablement : le général de Gaulle a voulu assurer à M. René Coty un traitement convenable, à une époque où la IV<sup>e</sup> République n'accordait à ses anciens présidents qu'une pension équivalente à celle d'un conseiller d'État ordinaire.

Heureusement, la condition des anciens présidents de la République n'a plus rien de précaire ni de médiocre. Dès lors, il n'est plus besoin qu'ils siègent au Conseil constitutionnel, s'ils le veulent et au moment où ils le veulent ; au regard des autres membres, cela n'a aucune raison d'être et cela ne peut demeurer. À mon initiative, le Sénat avait voté la suppression de la présence des anciens présidents au sein du Conseil. Je sais que l'Assemblée est saisie d'un texte allant dans le même sens. Je sais aussi que l'actuel Président de la République souhaite, par élégance – car cette question n'a rien à voir avec le principe de non-rétroactivité des droits acquis –, conserver leur situation à ses prédécesseurs. Je suis contre. Il faut en finir, courtoisement bien sûr. Je souhaite longue vie à M. Nicolas Sarkozy, qui est jeune et en pleine santé, mais est-il indispensable qu'il siége quarante ans dans une juridiction constitutionnelle ? Si un ancien président de la République a la vocation d'être juge constitutionnel, je suis sûr qu'il trouvera, à la faveur des alternances, l'appui nécessaire pour être désigné à cette fonction, avec le même statut, les mêmes garanties, les mêmes obligations de réserve et d'abstention de la vie politique qui valent pour les autres juges. Il ne peut y avoir deux catégories de membres au sein du Conseil et rien ne justifie le maintien de cette extraordinaire exception historique.

Enfin, comment concevoir qu'un peuple épris de rationalité accepte que l'on continue de nommer « Conseil constitutionnel » une institution *sui generis* qui ne peut donner de conseils et qui juge ? Pourquoi maintenir cette bizarrerie ? Les temps ont changé. Le Sénat avait voté un amendement tendant à changer l'appellation de Conseil constitutionnel en celle de « Cour constitutionnelle », dénomination qui est celle de ses homologues d'Europe. Quand ce sera fait, l'évolution sera achevée, et la France sera dotée d'une Cour constitutionnelle ouverte aux justiciables français. C'est le vœu que je forme ; nous verrons quand il se réalisera. (*Applaudissements.*)

### *La QPC, une protection efficace des droits et des libertés ?*

**M. Denys de Béchillon, professeur de droit public à l'université de Pau.** Il n'est nul besoin de présenter les intervenants de ce débat, mais je voudrais saluer avec une particulière attention nos invités étrangers – Mme Ana Palacio, membre du Conseil d'État d'Espagne, et M. Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis.

**Mme Ana Palacio, ancienne ministre des affaires étrangères d'Espagne, membre du Conseil d'État espagnol.** Passée par le lycée français – instrument du rayonnement de la France à l'étranger –, je me sens fille de la République ; je n'en suis que plus honorée d'être aujourd'hui parmi vous.

La réforme de 2008 a permis à la France d'en finir avec le paradoxe que constituait pour les héritiers des auteurs de la Déclaration de 1789 la nécessité de s'en remettre, pour garantir le respect de leurs droits fondamentaux, à la Convention européenne des droits de l'homme. En Espagne, la création de la Cour constitutionnelle a au contraire représenté l'un des actes fondateurs de la démocratie. Il s'agissait, en effet, pour reprendre les mots de Robert Badinter, d'imprégner le tissu social de l'idée que l'État, l'ordre juridique et la démocratie appartenaient aux citoyens.

Les citoyens espagnols disposent d'un large accès à la justice constitutionnelle : 98 ou 99 % des cas traités par la Cour constitutionnelle espagnole relèvent ainsi des recours d'*amparo*. La Cour a également contribué aux révisions constitutionnelles, ainsi qu'à la mise à jour de l'ordre juridique, en supprimant les lois et normes de l'époque franquiste contraires à la nouvelle Constitution. Cette opération fut un succès, même si l'on rencontre encore – quoique de plus en plus rarement – de telles incompatibilités. Le système de contrôle constitutionnel est donc au fondement de l'ordre politique espagnol. C'est d'ailleurs en 1979, année où elle a adopté sa Constitution, que l'Espagne a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme.

Le préambule de la loi organique instituant la Cour constitutionnelle espagnole fait référence au Tribunal des garanties constitutionnelles de la Seconde République, mais cette filiation reste purement formelle. Ce tribunal était en effet une institution *sui generis* : très politique, il jouait le rôle de deuxième chambre dans un système unicaméral. La Cour constitutionnelle emprunte, de fait, à plusieurs traditions, ce qui peut d'ailleurs exposer à certaines contradictions. Du système français, nous avons repris les modalités de désignation des juges, dont deux sont nommés par le Gouvernement, et la procédure de *recurso previo de inconstitucionalidad*, supprimée dès 1985 au motif – fortement inspiré de Carré de Malberg – que, la loi étant l'expression de la volonté générale, les chambres doivent rester souveraines. Mais, pour l'essentiel, la Cour constitutionnelle s'organise selon le modèle allemand.

Dans un excellent article, Marc Guillaume pose la question de savoir si, avec la QPC, le Conseil constitutionnel est devenu une Cour suprême. Or, en Espagne, il existe un Tribunal suprême avec lequel la Cour constitutionnelle a fréquemment des « accrochages ». Un arrêt de la Cour sur la prescription en matière pénale a ainsi provoqué une véritable guerre.

Avec 170 000 cas présentés en dix ans, la Cour s'est vite trouvée submergée. La mise en place d'un filtre – inspiré de la procédure américaine de *grant of certiorari* – lui a alors permis d'éliminer un pourcentage très élevé de requêtes pour manque d'intérêt constitutionnel, faisant chuter le nombre de cas de 10 000 à 200 ou 300 par an, dont 2 % donnent lieu à un arrêt favorable.

À côté des deux juges nommés par le Gouvernement, la plupart des autres sont désignés par les chambres. Comme en Allemagne, ce système paralyse le fonctionnement de la Cour, obligeant les deux grands partis espagnols à de délicats arrangements.

Les opinions dissidentes existent en Espagne, mais dévaluent la valeur d'un arrêt, le doute apparaissant particulièrement pernicieux en matière constitutionnelle. Enfin, contrairement à la pratique française, n'importe quel avocat peut plaider devant notre Cour constitutionnelle, en accord avec les principes des droits de l'homme.

**M. Denys de Béchillon.** Dans la mesure où c'est une singularité par rapport à la QPC, pourriez-vous revenir sur le recours d'*amparo*, qui aboutit à statuer sur des situations juridiques et non sur des normes ?

**Mme Ana Palacio.** Le recours d'*amparo* est copié sur le dispositif allemand. Si en matière juridique – mais également civile, commerciale et administrative –, nous nous sommes beaucoup inspirés du système français, en matière constitutionnelle nous avons surtout subi l'influence allemande. Le premier président de la Cour constitutionnelle espagnole, Manuel García Pelayo, avait été élève de Carl Schmitt, dont il a traduit la *Verfassungslehre*, et notre Constitution doit beaucoup à la loi fondamentale de Bonn.

Le recours d'*amparo* – recours ultime lorsque toutes les autres possibilités juridictionnelles ont été épuisées – est à l'origine d'importantes frictions entre la Cour constitutionnelle et le Tribunal suprême. Comme je l'ai dit, quelque 98 ou 99 % des cas soumis à la Cour constitutionnelle en relèvent, et 98 % d'entre eux ne passent pas le filtrage qui, à la différence de ce qui se passe en France, est effectué par la Cour constitutionnelle elle-même.

L'institution de la QPC en France constitue indéniablement un succès. En tant que juriste, je m'interroge toutefois sur les conséquences de l'indépendance du Conseil constitutionnel par rapport aux juridictions suprêmes ; ne faudrait-il pas prévoir, dans certaines conditions, une possibilité de recours ? Considérant qu'il en allait de l'efficacité de la justice – « *justice delayed is justice denied* » –, l'Espagne a suivi une évolution contraire ; après la suppression de la procédure de *recurso previo de inconstitucionalidad*, la Cour constitutionnelle a mis dix ans à traiter les cas accumulés, dont le nombre atteignait 40 000 à un moment.

L'accès des citoyens à la justice constitutionnelle est un enjeu essentiel. L'on ne pourra combattre l'anomie et la tendance à fuir le droit que si les citoyens sentent que celui-ci leur appartient et qu'ils peuvent en utiliser les mécanismes.

**M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation.** La Cour de cassation et son parquet général ont très vite senti l'importance de la QPC. Poser à la Cour de cassation la question de la pertinence des normes au regard de l'attente de nos concitoyens

et du contexte judiciaire et social constitue l'essence même du rôle du parquet général. Cette démarche nous a conduits à saluer dès l'origine cette nouvelle institution et à présenter systématiquement des conclusions à la chambre concernée lorsqu'une QPC était posée.

Le fait de remettre la QPC entre les mains des citoyens a désacralisé la loi promulguée, ce mouvement de démocratisation empêchant les éventuels consensus politiques de mettre à bas le contrôle de constitutionnalité. Ce dispositif est apparu au parquet général comme un outil formidable pour interroger la pertinence de la loi au regard de nos principes, libertés et droits fondamentaux. Et, même si les citoyens sont les acteurs centraux de la QPC, le rôle dévolu aux juridictions du fond et aux juridictions suprêmes fait de tous les juges et magistrats des juges constitutionnels en creux, puisqu'il leur appartient de faire vivre cette institution en transmettant – ou non – les QPC au Conseil constitutionnel, dans le cadre de la procédure imaginée par le législateur.

La QPC est complémentaire du contrôle de conventionnalité, les deux outils s'articulant désormais pour couvrir l'ensemble du spectre des problèmes. Ce dialogue des juges est encore amplifié par la décision rendue hier par le Conseil constitutionnel de transmettre à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) une question préjudicielle sur l'interprétation de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

Les avancées permises par la prise en main heureuse de la QPC par les barreaux français sont évidentes, couvrant des domaines aussi différents que le respect des droits de la défense, le droit à un procès équitable, le principe de légalité des délits et des peines, le contrôle des décisions en matière de garde à vue ou d'hospitalisation d'office, et jusqu'aux rivages étendus du contrôle des lois fondamentales de la République, avec la décision très commentée relative à la justice des mineurs.

La pratique des réserves d'interprétation revêt une importance capitale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; qu'elles soient neutralisantes, directives ou constructives, elles offrent une grille de lecture claire des décisions du Conseil, que leur simple exégèse ne suffirait pas toujours à fournir.

Quelques réglages pourraient sans doute améliorer l'efficacité du dispositif ; il faut toutefois y procéder avec précaution car nul ne peut savoir, en remettant cette institution entre les mains des assemblées, ce qu'il en résultera précisément ! (*Sourires.*)

D'autre part, si le président Debré et son secrétaire général me donnent leur accord, je souhaiterais communiquer systématiquement au Conseil constitutionnel les conclusions des avocats généraux, quand bien même la QPC elle-même n'aurait pas fait l'objet d'une transmission, afin de lui permettre de mieux cerner les lignes de force des décisions rendues par la Cour de cassation dans ce domaine.

Je dirai en conclusion que la QPC résout peut-être le dilemme énoncé par Diderot en ces termes : « Nous parlerons contre les lois insensées jusqu'à ce qu'on les réforme, et en attendant nous nous y soumettrons aveuglément ». (*Applaudissements.*)

**M. Denys de Béchillon.** Il est agréable de vous entendre évoquer une interaction aussi harmonieuse, alors que les rapports entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sur ces questions sont souvent présentés comme conflictuels. Il est en vérité merveilleux d'avoir deux sources possibles de protection des droits fondamentaux – le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Max Weber – grand sociologue, mais également professeur de droit – disait que l'acteur juridique agissait tel un joueur qui choisit, à chaque moment de la partie, la carte la plus pertinente. C'est ainsi que l'on offre ici au citoyen la liberté de choisir la voie de droit la plus efficace et la plus

protectrice ; à cet égard, disposer de deux solutions articulées entre elles, et non plus d'une seule, représente évidemment un immense progrès.

**M. Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.** C'est au bénéfice du justiciable – le joueur de cartes, donc – que la QPC a été instituée ; je porte ici sa parole pour expliquer comment ce dispositif est susceptible de le servir en pratique.

La QPC représente aujourd'hui la possibilité de remettre en cause la loi, et donc celle, extraordinaire pour un plaideur, de changer la règle du jeu. Dans une société légicentrée, le plaideur devait subir la loi et, le cas échéant, son interprétation par une Cour suprême – Conseil d'État ou Cour de cassation. La QPC introduit une nouvelle carte dans le jeu.

On disposait bien déjà, depuis le 10 octobre 1981, de la possibilité de faire valoir que la loi française ou son interprétation étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette carte s'est révélée utile, mais il n'était pas aisé de la jouer. Il fallait, en effet, avoir épuisé les voies de recours internes, s'adresser à Strasbourg et attendre la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Quatre ou cinq ans plus tard, l'on pouvait espérer une condamnation de la France, le plaideur devant alors revenir devant les juridictions françaises. Au bout de dix ans de procédure, il se retirait avec 5 000 ou 10 000 euros d'indemnité, ses droits fondamentaux ayant été effectivement violés. Cette carte n'était donc guère efficace.

Il était profondément anormal de ne pouvoir obtenir en France une garantie des droits fondamentaux – Denys de Béchillon évoquait à ce propos un « malaise dans la Constitution » –, et les citoyens français devaient donc se réappropriier le contrôle de la loi. Créée à cette fin, la QPC a offert au justiciable un outil de contentieux extraordinairement utile. Comme le note Marc Guillaume, il est d'abord exceptionnellement rapide puisque toute question soumise reçoit une réponse en six mois – délai sans équivalent en Europe. Surtout, contrairement au recours à la CEDH qui peut au mieux permettre d'obtenir, au bout de cinq ans, une condamnation de la France à Strasbourg, la QPC peut se révéler réellement utile au client dans le procès en cours.

Dès sa création, la QPC – dont le président Debré avait en effet fait la promotion auprès de l'ensemble des barreaux français – suscita un engouement considérable de la part des avocats, pour lesquels ce procédé nouveau est rapidement devenu un outil de contentieux quotidien. Trois ans après, même si l'on observe une légère inflexion du nombre de QPC – simple réajustement après la remise à niveau de notre législation –, les clients y voient le moyen de trouver une solution nouvelle à leur litige. En matière de garantie des libertés fondamentales des justiciables, il s'agit d'une réussite considérable et d'une indéniable avancée démocratique.

Deux possibilités s'offrent donc aujourd'hui au plaideur pour tenter de remettre en cause la loi française au regard d'une norme supérieure, garante des libertés fondamentales : il peut déposer une QPC pour vérifier la conformité de la loi aux garanties constitutionnelles ou saisir un juge ordinaire – et en définitive le juge suprême – de la conformité de cette loi à la Convention européenne des droits de l'homme. Le plus souvent, le joueur joue les deux cartes à la fois : il dépose une QPC tout en doublant cette démarche d'une argumentation tirée de la Convention.

La procédure confère à la QPC un caractère prioritaire : si le juge qui en est saisi considère que la loi française pose problème au regard des droits fondamentaux, il n'a d'autre choix que de transmettre la question à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, et finalement au Conseil constitutionnel. Ce dernier s'exprime donc en premier sur la conformité de la loi

française aux libertés fondamentales, et l'on ne sait pas encore quelles en seront les conséquences sur le contrôle de conventionnalité. En cas de déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel, le juge pourra toujours s'adresser à la CEDH ; mais la décision du Conseil pèsera sur le débat. Pour l'heure, il n'existe pas d'exemples où une décision rendue par le Conseil ait été contredite par une décision inverse d'une Cour suprême ; reste à savoir comment réagira la CEDH lorsque les décisions rendues par le Conseil iront demain jusqu'à Strasbourg. Le professeur Mathieu a pour sa part suggéré de poser une présomption de conventionnalité dès lors qu'une QPC aura donné lieu à une déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel.

En tout état de cause, l'existence d'un choix – que les deux possibilités soient utilisées concomitamment ou alternativement – ne peut que favoriser l'émulation entre les différentes cours et juridictions garantes des droits fondamentaux. Si Denys de Béchillon a pu faire l'apologie de ce « désordre », c'est qu'en dernière instance, il ne peut que bénéficier au justiciable. (*Applaudissements.*)

**Mme Danièle Lochak, professeur émérite de droit à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense.** Lorsqu'on m'a conviée à cette table ronde, je me suis demandé pourquoi, car je n'appartiens pas au sérail des constitutionnalistes : ma spécialité, ce sont les droits et libertés fondamentaux. Et, à cet égard, nous avons entendu jusqu'à présent des discours très abstraits sur les potentialités de la QPC mais peu de choses sur son utilité concrète : dans quelle mesure a-t-elle fait progresser les droits et libertés, abstraction faite du toilettage du droit pénal et de la réforme de l'hospitalisation d'office évoqués par le président Bartonlone ?

J'introduirai donc une note quelque peu dissonante dans le concert de louanges pour lequel nous sommes réunis aujourd'hui : en matière de droits et libertés des étrangers, la valeur ajoutée de la QPC est très faible, pour plusieurs raisons conjuguées. D'abord, le droit des étrangers donne rarement lieu à des QPC ; ensuite, lorsque ce pourrait être le cas, nos juridictions suprêmes sans exception considèrent *a priori* comme constitutionnelles les dispositions qui restreignent les droits et libertés des étrangers dès lors qu'il s'agit du séjour. De manière assez attendue, les seules déclarations d'inconstitutionnalité portent ainsi sur des questions indépendantes de l'entrée et du séjour des étrangers.

S'il y a rarement lieu à QPC en droit des étrangers, c'est parce que toutes les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont censées avoir déjà été contrôlées. Il est très significatif que, dès mars 2010, on ait vu apparaître sur le site du Conseil constitutionnel un tableau de 44 pages au format PDF réunissant toutes les dispositions déjà contrôlées de ce CESEDA, tableau naturellement assorti de la précision selon laquelle il s'agissait d'un document de travail n'engageant pas le Conseil. En l'espèce, le filtre a été efficace car, sauf erreur de ma part, aucune QPC n'a été rejetée pour ce motif par le Conseil constitutionnel, si l'on met de côté la question du changement de circonstances.

Cette dernière notion a été interprétée de manière restrictive. C'est ainsi qu'a été bloquée au niveau du Conseil d'État une question relative à l'absence de recours suspensif pour les demandeurs d'asile renvoyés vers la Grèce parce qu'ils étaient, selon l'expression que nous employons dans notre jargon, « dublinés », la Grèce étant responsable de la demande d'asile sur le fondement du règlement Dublin II. Était invoqué le fait que la Cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée contre le renvoi vers la Grèce en pareil cas. Mais, selon le Conseil d'État, il ne s'agit pas d'un changement de circonstances, sans doute parce que l'événement est jugé contingent.

Le changement de circonstances a également été écarté, de façon assez curieuse, par le Conseil constitutionnel lui-même, toujours à propos de l'absence de recours suspensif

pour les demandeurs d'asile. On invoquait cette fois le fait que la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile avait changé. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'il appartenait au Conseil d'État de se prononcer.

À cela s'ajoute l'étonnant jeu de renvoi entre le droit de l'Union et le contrôle de constitutionnalité. Dans certains cas, la primauté du droit de l'Union conduit à écarter la QPC : ainsi lorsque la Cour de cassation estime qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC relative aux contrôles d'identité dans la bande des vingt kilomètres puisque la CJUE a déjà jugé qu'ils sont contraires au droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel continue d'ailleurs de soutenir que les directives font écran. Dans d'autres cas, au contraire, c'est du fait de l'exclusivité des normes constitutionnelles comme normes de référence – selon une jurisprudence bien connue – que la QPC n'a pas lieu d'être.

Quant au fond, nos juridictions suprêmes considèrent comme *a priori* constitutionnelles les dispositions restrictives des droits et libertés des étrangers s'agissant du droit au séjour. Certaines questions ne sont pas jugées sérieuses par le Conseil d'État exerçant le précontrôle de constitutionnalité, par exemple sur Mayotte ou sur la pénalisation de l'aide au séjour irrégulier, au motif que les peines sont nécessaires pour lutter contre l'immigration irrégulière. Les déclarations de conformité émanant du Conseil constitutionnel ont été très peu nombreuses puisque la Cour de cassation et le Conseil d'État ont bien joué leur rôle de filtre. Les seules déclarations d'inconstitutionnalité font référence à des questions sans lien avec la maîtrise des flux migratoires. On a ainsi toiletté des dispositions manifestement discriminatoires s'agissant de l'accès aux droits sociaux, ce qui est parfaitement cohérent avec la première prise de position du Conseil constitutionnel, réservant en 1990 le bénéfice de l'égalité de droits sociaux avec les nationaux aux seuls étrangers en situation régulière. D'où les décisions relatives à la cristallisation des pensions, à la carte de combattant, à l'allocation de reconnaissance pour les harkis, ou encore au conseil d'administration de l'agence France Presse dont les électeurs devaient obligatoirement être français. En revanche, les questions touchant les gens du voyage – c'est-à-dire les Roms – ou l'acquisition de la nationalité par mariage, qui a trait à la possibilité de rester en France, suscitent systématiquement des déclarations de conformité. (*Applaudissements.*)

**M. Gilles Thouvenin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.** Merci de me permettre d'exposer le point de vue des avocats aux Conseils. À ce titre, je ne peux pour ma part qu'ajouter ma voix au concert de louanges. En effet, nous nous réjouissons nécessairement lorsque les droits et libertés des citoyens sont renforcés puisque nous avons pour mission de les défendre. Surtout, l'avocat aux Conseils invite quotidiennement les juridictions à exercer un contrôle de légalité qui n'est guère éloigné du contrôle de constitutionnalité – il en est plus proche que la formulation et la préparation de l'assignation introductive d'instance, où il s'agit de sélectionner les faits, de collecter les éléments de preuve, etc. Dans ce contrôle objectif, l'avocat aux Conseils est donc tout à fait à l'aise et il se réjouit de l'extension du contrôle du juge à une norme supérieure à la loi. Il existait déjà un contrôle de conventionnalité ; nous avons maintenant un contrôle de constitutionnalité beaucoup plus efficace et plus rapide.

Au-delà des principes, du point de vue de la procédure, l'avocat aux Conseils est rompu au respect des délais : toute la procédure est régie, au moins devant la Cour de cassation, par des délais légaux. En outre, le filtrage est son travail quotidien puisqu'il a notamment pour mission de sélectionner les pourvois et les moyens de cassation. Ici, le filtre a permis d'éviter que le Conseil constitutionnel ne soit saisi de questions sans intérêt et il a présenté le grand avantage d'associer l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires à cette nouvelle culture du contrôle de constitutionnalité. Tel ou tel plaideur a pu regretter qu'une question qu'il considérait comme suffisamment sérieuse n'ait pas été transmise ; mais,

au-delà de ces frustrations inhérentes à tout procès, la sélection des questions s'est opérée dans le respect des droits de la défense, après examen approfondi des écritures, et – c'est l'essentiel – le délai de trois mois fixé par la loi organique a toujours ou presque toujours été respecté.

Quant à l'aspect oral de la procédure, si les observations orales ne sont pas la tasse de thé de l'avocat aux Conseils, qui consacre généralement plus de temps à rédiger ses mémoires qu'à plaider ses affaires, une plaidoirie de quinze minutes lui convient parfaitement puisqu'il a été formé à ne plaider qu'avec mesure – à la conférence du stage des avocats aux Conseils, le respect immuable des quinze minutes est une règle sacrée : plus, ce n'est pas bien ; moins, ce n'est pas mieux.

Bref, tout nous est un motif de satisfaction et la QPC est une réussite – mon confrère et ami le président Piwnica a même pu écrire récemment qu'il s'agissait d'un véritable triomphe. Dès les premiers mois, des centaines de questions ont été posées, des dizaines de décisions rendues, et le rythme s'est maintenu à une vitesse de croisière qui n'a jamais fléchi. Ce bilan très positif est l'œuvre commune du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de toutes les juridictions de fond qui ont pris soin d'examiner les QPC dans un délai raisonnable. C'est le fruit du travail et des efforts de tous : membres du Conseil constitutionnel, juges administratifs, magistrats judiciaires, avocats aux Conseils, avocats des cours et tribunaux, qui ont soutenu les QPC et continuent de les soutenir. Si l'on songe au temps qui s'est écoulé avant que la Convention européenne des droits de l'homme ne soit effectivement mise en œuvre, il est admirable qu'en trois ans, la QPC soit ainsi parvenue à offrir de nouveaux droits au justiciable.

Si les statistiques témoignent aujourd'hui d'un certain tassement, ce n'est pas le fait des avocats – ni des avocats aux Conseils, ni des avocats des cours et tribunaux : ils n'ont aucune raison de limiter le nombre de QPC. En réalité, avant même l'entrée en vigueur de la réforme, il existait tout un stock de questions en réserve qui a maintenant été purgé ; désormais, on agit au jour le jour. Le Conseil constitutionnel est-il déçu ou inquiet de ce tassement ? Je n'en sais rien ; j'ignore s'il peut vivre à un régime de croisière plus tranquille ; ce n'est pas à moi de le dire.

Il s'agit d'une réforme exceptionnelle, que je qualifierai même de fantastique ; mais, bien évidemment, on pourrait encore l'améliorer ou l'amender. N'étant ni politicien, ni idéologue, ni universitaire, ni législateur, ni juriste, je laisse à d'autres le soin de formuler des propositions d'amendement. Bien sûr, je suis disposé à donner mon point de vue sur elles mais je ne vois pas qu'il y ait matière pour moi à les susciter, puisque tout me donne satisfaction – sauf peut-être la question des effets dans le temps des décisions de non-conformité : ne devraient-ils pas être discutés contradictoirement à l'audience ou, avant l'audience, dans les mémoires ? Je suppose que nous en reparlerons. (*Applaudissements.*)

**M. Denys de Béchillon.** Ne pourrait-on soutenir que le contradictoire est d'emblée à la disposition des plaideurs, que rien n'empêche, s'ils jugent probable l'éventualité d'un différé dans le temps d'une décision du Conseil constitutionnel ou des effets d'une annulation, de s'y opposer au nom de la protection du requérant ?

**M. Patrice Spinosi.** Naturellement. La contradiction s'organise dans le cadre des échanges de mémoires et la question des effets dans le temps y est évidemment envisagée.

La possibilité offerte au Conseil constitutionnel de reporter les effets de sa décision est sans doute un problème pour le justiciable. Même si l'on peut en comprendre les raisons, il est toujours frustrant, pour un citoyen qui a posé une QPC, est parvenu à passer tous les filtres et a obtenu du Conseil constitutionnel une décision de non-conformité, de ne

pas pouvoir en bénéficier. Ce débat est bien connu. Le législateur a choisi, au nom de la bonne administration de la justice, d'éviter qu'une modification législative n'aboutisse à un désordre non maîtrisé.

On voit ici la différence qui sépare le contrôle de constitutionnalité du contrôle de conventionnalité : saisie de la même question – relative à la garde à vue –, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a statué que, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, elle ne pouvait reporter l'application de sa décision et qu'elle était tenue d'en assurer les effets immédiats. En découle pour le plaideur un choix délicat à faire, entre saisir le Conseil constitutionnel, au risque de voir reportés les effets de la décision, et chercher à obtenir une décision sur le fondement conventionnel, laquelle aura un effet immédiat. Personnellement, je comprends que la Cour de cassation comme le Conseil d'État – même si celui-ci n'a pas statué sur ce point pour le moment – n'aient guère d'autre choix que l'application immédiate dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme répète que les garanties offertes par la Convention sont concrètes et effectives, et que l'on ne peut reconnaître leurs violations sans en tirer les conséquences pour le justiciable. Mais la neutralisation, sur le fondement conventionnel, de l'abrogation différée sur le fondement constitutionnel fait partie des difficultés que soulève l'harmonisation des deux contrôles.

**M. Jean-Claude Marin.** Comment ne partagerais-je pas le point de vue de maître Spinosi ? Il est vrai que la question de la garde à vue a mis en évidence cette forme de dissonance : bien que la chambre criminelle de la Cour de cassation ait cru pouvoir, au titre du contrôle de conventionnalité, s'aligner sur le rythme du Conseil constitutionnel, celui-ci avait pour lui la loi constitutionnelle qui lui permet de différer l'application effective de sa décision, alors que la décision d'inconventionnalité s'impose immédiatement, comme l'a constaté l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 15 avril 2011. Sans doute cela doit-il nous inciter à réfléchir à une harmonisation du tempo judiciaire – celui des cours suprêmes et celui du Conseil constitutionnel.

**M. Denys de Béchillon.** Nous parlions tout à l'heure de la génétique de la QPC ; il existe également une génétique du différé des effets de l'annulation. C'est au Conseil d'État que l'on en doit l'initiative puisque ce différé est le produit de la jurisprudence « AC ! », laquelle suppose la possibilité d'une discussion contradictoire, fût-elle peu formalisée. Les plaideurs doivent être conscients de l'éventualité d'un différé dans le temps, dont ils pourraient même ne pas bénéficier comme requérants. Et ils n'ont qu'à le plaider !

**M. Gilles Thouvenin.** Nous rencontrons le même problème à la Cour de cassation. Les parties peuvent toujours solliciter une cassation sans renvoi ou partielle : cela relève du débat. Pourtant, l'on s'interroge sur l'obligation pour le juge, quand les parties n'ont rien dit, de provoquer leurs explications lorsqu'il envisage de prononcer la cassation. La situation est comparable.

**M. Jean-Claude Marin.** J'aimerais apporter une précision aux propos tout à fait justes de maître Spinosi. Il est exact que le contrôle de constitutionnalité au titre de la QPC s'opère dans le temps du procès, alors que la sanction de la CEDH est prononcée, par définition, lorsque toutes les voies de recours nationales ont été épuisées. Mais ce contrôle de conventionnalité peut aussi avoir lieu *ab initio* : c'est uniquement si le juge national n'a pas jugé inconventionnelles certaines dispositions que la Cour européenne des droits de l'homme peut être amenée, bien plus tard, à sanctionner cette interprétation selon elle erronée de la Convention.

**M. Patrice Spinosi.** Tout d'abord, l'hypothèse d'une différence entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité du fait d'un report des effets de la

décision est assez rarement vérifiée : nous en avons connu un seul exemple en trois ans, dans le cas de la garde à vue.

Ensuite, ce débat révèle une différence fondamentale entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour est une juridiction des droits de l'homme ; le respect de ceux-ci est son objectif principal. Le Conseil joue un rôle plus complexe dans la mesure où il demeure un juge constitutionnel : il doit prendre en considération la totalité de la loi et rend aussi ses décisions au nom de l'ordre public français. De ce point de vue, la modulation dans le temps est un outil nécessaire. En leur qualité de premiers juges de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation comme le Conseil d'État doivent s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci est par ailleurs saisie de cette question puisque des recours ont été formés au cours de la période qui a séparé le 19 octobre 2010 du 15 avril 2011. Elle dira donc dans quatre ou cinq ans – selon ses délais habituels – si, oui ou non, la solution proposée par la chambre criminelle, consistant à reporter les effets de la décision dans le temps, est contraire au droit d'accès au tribunal. Il s'agit en tout cas d'un élément déterminant dans l'harmonisation des deux contrôles.

**Mme Ana Palacio.** La Cour constitutionnelle espagnole n'est pas exactement un juge constitutionnel mais plutôt un juge des droits de l'homme. Les accrochages entre le Tribunal suprême et elle, qui sont fréquents, se produisent toujours à propos d'un *recurso de amparo*. En effet, il est parfois difficile de faire la part entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. C'est l'une des ambiguïtés que nous avons tenté de lever par le dispositif de filtrage – inspiré des États-Unis – assuré par la Cour constitutionnelle, chargée d'apprécier l'existence d'un intérêt constitutionnel. J'estime comme avocate espagnole qu'il s'agit d'un véritable problème de jeu institutionnel qui n'est pas bon pour le système. Ce problème n'existe pas dans le dispositif français, du moins pas au même degré.

**M. Denys de Béchillon.** N'oublions pas que la coexistence des deux contrôles exerce un effet d'amplification extrêmement vertueux sur la protection des droits fondamentaux. D'évidence, les juridictions suprêmes se surveillent : le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence au sujet des validations législatives parce que l'arrêt *Zielinski et Pradal* avait montré qu'une loi déclarée conforme à la Constitution pouvait être jugée inconstitutionnelle. Aujourd'hui, il est parfois plus sévère que la Cour européenne des droits de l'homme, dont on peut imaginer qu'elle entendra la leçon et se rendra compte que, sur tel ou tel point, elle s'est montrée quelque peu laxiste. En la matière, le conflit n'est donc pas seulement un drame, il peut aussi être un avantage, grâce aux effets vertueux de l'émulation.

Je soumets maintenant à la discussion les observations critiques de Danièle Lochak, d'autant plus volontiers qu'il est intéressant d'entendre une voix discordante.

**Mme Danièle Lochak.** Je précise que si les effets concrets de la QPC sur la protection des droits et libertés fondamentaux – objet de notre table ronde – sont si limités, c'est à mon sens parce que le Conseil constitutionnel n'est pas un bon protecteur de ces droits et libertés face aux impératifs étatiques, au-delà même du seul droit des étrangers (*M. le président Jean-Louis Debré proteste.*). On l'a vu au cours des dernières années, qu'il s'agisse de la QPC ou du contrôle par voie d'action. Je ne fais là qu'exprimer mon sentiment de citoyenne.

Personnellement, je ne m'attendais d'ailleurs à rien d'extraordinaire. Je vise ici non le seul Conseil constitutionnel mais, comme je l'ai dit tout à l'heure à propos du droit des étrangers, toutes nos juridictions suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation compris. Leurs éminents représentants, qui me connaissent, ne seront pas surpris de cette appréciation.

On parle toujours de la garde à vue, du droit pénal et de l'hospitalisation d'office. Qu'y a-t-il d'autre ? Pas grand-chose ! C'est là une opinion tout à fait politique, je le reconnais volontiers. (*Rires et applaudissements.*)

**M. Denys de Béchillon.** Cela va mieux en le disant !

Sans vouloir défendre systématiquement le Conseil constitutionnel, n'est-ce pas le rôle d'une juridiction suprême que de s'en tenir à l'esprit des valeurs et des vertus moyennes ? Daniel Soulez Larivière faisait observer que, depuis l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour suprême des États-Unis, même aux moments où sa composition la rendait résolument hostile à l'avortement, n'avait que modérément modifié sa jurisprudence sur le sujet, afin de ne pas casser la machine et d'éviter de rallumer la guerre civile. En effet, une juridiction constitutionnelle doit se garder de toute partialité et du risque de réveiller les grands conflits politiques. Il me paraît donc vertueux qu'elle mécontente tout le monde par sa modération. Mais c'est également une opinion politique subjective.

**M. Patrice Spinosi.** Sans revenir sur toutes les décisions rendues par le Conseil constitutionnel, il me semble, comme plaideur, qu'il en est résulté plusieurs effets réels. Tout d'abord, des évolutions dont, pour abonder dans le sens de Mme Lochak, on peut toutefois se demander si le Conseil a véritablement la paternité. En effet, une grande partie des décisions que l'on a coutume de citer – sur la garde à vue, la dé cristallisation des pensions, l'hospitalisation d'office – étaient déjà en germe à la CEDH. Cependant, c'est tout à l'honneur du Conseil constitutionnel que d'avoir repris à son compte le travail entrepris par la Cour. Au demeurant, le Conseil n'a de cesse de démontrer qu'il intègre, au moins par son travail intellectuel, toute la jurisprudence de celle-ci et nul ne le lui conteste. En 2004, il ne trouvait rien à redire au dispositif de la garde à vue ; en 2010, il y a vu une difficulté, parce qu'entre-temps étaient intervenus les arrêts *Salduz c. Turquie* et *Dayanan c. Turquie* de la CEDH.

Autre effet concret de la QPC, la solution législative a permis un dépoussiérage de l'ensemble du droit français, alors que jamais le législateur n'aurait pu examiner une par une toutes les dispositions en vigueur pour déterminer si elles étaient ou non conformes aux droits et libertés fondamentaux. L'initiative offerte aux citoyens constitue ainsi un outil d'amélioration du droit : en trois ans, on a réussi ce à quoi on ne serait jamais parvenu en plusieurs dizaines d'années, même en mobilisant la totalité des assistants parlementaires !

Le troisième effet de la QPC, et non le moindre, est d'avoir décomplexé le juge vis-à-vis de la loi. À la différence de l'Espagne, mais aussi de l'Allemagne ou de l'Italie, qui se sont dotées pour des raisons historiques d'un contrôle de constitutionnalité, la France est un pays qui a vécu dans le culte de la loi et élevé ses juges dans le culte de l'application de la loi. Lorsqu'on a permis au juge ordinaire et même aux juges suprêmes de refuser l'application d'une loi contraire à la jurisprudence de la CEDH, ils ont eu beaucoup de mal à s'y résoudre. S'il a fallu attendre 1981 pour que la juridiction de la Cour européenne soit reconnue, ce n'est qu'en 2000 que le principe du dialogue des juges a été accepté par la Cour de cassation et par le Conseil d'État, qui ont admis qu'une condamnation de la France à Strasbourg devait entraîner une décision de leur part. Aujourd'hui encore, le juge français répugne spontanément à critiquer la loi. De ce point de vue, la QPC a été un outil de décloisonnement fantastique. En effet, tant que l'on invoquait les moyens de la conventionnalité, le juge français estimait qu'il appartenait plutôt au législateur de modifier la loi qu'à lui d'en refuser l'application. Dès lors que la Constitution lui a donné le pouvoir de remettre en cause la loi française lorsqu'elle est injuste – car c'est bien de cela qu'il s'agit –, il s'est montré capable de neutraliser une volonté générale qui heurtait le socle de droits et libertés de chacun. À mes yeux, c'est là un progrès décisif.

**Mme Danièle Lochak.** Je tiens à souligner que je suis tout à fait favorable à la QPC : c'est une excellente réforme ! Mais il me semble que le Conseil constitutionnel joue un double jeu vis-à-vis de la jurisprudence de la CJUE, notamment lorsqu'il refuse l'idée que l'évolution de cette jurisprudence constituerait un changement de circonstances. Cette restriction est regrettable.

**M. Jean-Claude Marin.** La QPC entraîne aussi des effets induits. Je songe notamment à la manière dont la chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi de modifier sa jurisprudence relative au sursis parce que la constitutionnalité de la loi telle qu'elle l'interprétait pouvait poser un problème.

D'autre part, il existe un frein au contrôle de constitutionnalité, tout au moins à la transmission de certaines questions à la Cour de cassation. Je veux parler des affaires complexes, notamment en matière pénale, dans lesquelles l'audiencement demande du temps. Ne faudrait-il pas étendre les dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance de sorte que la QPC, dès lors qu'elle intéresse la phase de l'instruction préparatoire, soit posée avant la clôture de l'information ? Ce qui n'empêcherait pas de poser des questions au cours de la phase qui sépare la clôture de l'audiencement.

**Mme Ana Palacio.** Hormis pour notre système constitutionnel, nous nous sommes inspirés du système français, de sorte que nos juges ont fait preuve de la même révérence envers la loi. Mais en 1985-1986, notre premier réflexe d'avocats consistait à étudier ce qu'avait dit la Cour constitutionnelle, car on pouvait s'en servir à tout coup. L'évolution de la jurisprudence est allée de pair avec une évolution générale que l'on retrouve non seulement dans notre Cour constitutionnelle, mais aussi dans la Cour constitutionnelle allemande. Aujourd'hui, nous revenons en arrière, à plus de positivisme, car l'on observe un tassement depuis que nous avons « toiletté » les lois franquistes et adapté les lois approuvées après l'adoption de la Constitution.

*La séance, suspendue à onze heures cinq, est reprise à onze heures trente.*

### *La QPC, une question pour la démocratie*

**M. Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis.** Je suis membre d'un tribunal qui ne traite que de questions prioritaires de constitutionnalité, puisqu'il n'opère aucun examen *a priori* et ne procède qu'à un contrôle *a posteriori*. Je voudrais souligner à votre intention, mesdames et messieurs, trois avantages de ce système qui représenteront autant de changements pour vous.

Le premier tient à la sécurité juridique, notion importante aux États-Unis. Quitte à exagérer quelque peu, je dirai que les citoyens ordinaires n'ont pas d'intérêt au contrôle *a priori* – qui concerne un droit non encore entré en vigueur –, alors que, dans le cas du contrôle *a posteriori*, ils ont déjà été confrontés – parfois longtemps – à l'application de la loi, ce qui peut faire une grande différence. Prenez l'exemple de l'affaire *Brown versus Board of Education* : tout le monde savait que la ségrégation raciale était contraire à la constitution américaine, mais elle a néanmoins existé pendant quatre-vingts ans dans le sud des États-Unis, jusqu'à ce que la Cour suprême déclare, en 1954, cette politique contraire au quatrième amendement de la constitution. Les choses ont-elles immédiatement changé ? Pas du tout. Pour que cette ségrégation disparaisse, il a fallu des juges, des avocats, des parachutistes de la 101<sup>e</sup> division – mille héros de Normandie envoyés à Little Rock par le président Eisenhower – et des milliers de citoyens ordinaires comme les *Freedom Riders*, Martin Luther King et

beaucoup d'autres. Reste que, même dans ce cas où elle n'était pas souhaitable, notre système a assuré la stabilité de la loi.

Le deuxième avantage réside dans le fait que cette même loi est mise à l'épreuve. En matière de droit constitutionnel, le conflit n'est pas entre le bien et le mal, mais entre le bien et le bien : par exemple, entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée. Comment concilier ces deux principes à l'heure où les techniques nous apportent progrès et dangers tout à la fois ? Celles-ci substituent en effet à la mémoire humaine – qui avait la grande qualité d'être faillible et de permettre d'oublier la culpabilité de son voisin – la conservation indéfinie de tous les faits sur Internet, ce qui représente une menace pour la protection de la vie privée. Alexis de Tocqueville, lors de son voyage aux États-Unis, a noté que la première chose qu'il avait entendue fut une clameur, celle des conflits et des débats. Ceux-ci sont aujourd'hui conduits entre journalistes, professeurs d'université, législateurs, détenteurs de charges publiques et citoyens, et ils peuvent éventuellement déboucher sur l'adoption d'une nouvelle réglementation ou d'une nouvelle loi. Mais, quoi qu'il en soit, ce n'est qu'après ce temps de mise à l'épreuve que peut venir celui du contrôle constitutionnel. Ce système se révèle efficace, car l'expérience fournit des éléments concrets au juge constitutionnel, ce contrôle orientant, ensuite, l'action du législateur.

Le troisième avantage vient de la possibilité de réserves d'interprétation. La loi interdit toute aide – serait-ce sous forme de conseil juridique – aux groupes terroristes. Mais si un ancien magistrat veut offrir une assistance aux Kurdes ? Faut-il impérativement faire appel à l'ONU pour résoudre pacifiquement un conflit, ou doit-on déclarer la loi inconstitutionnelle ? Non, car il se peut que ce ne soit le cas ni du texte dans son ensemble, ni d'aucune de ses dispositions. La réserve d'interprétation permet alors de décider que telle application de cette loi est inconstitutionnelle, et telle autre non.

Mesdames et messieurs les juges constitutionnels, votre tâche est lourde, puisque vous avez à assurer la cohérence entre la Déclaration de 1789, le préambule de 1946, la Constitution de 1958 et la Charte de l'environnement de 2004. La QPC entraînera des changements dans vos rapports avec le législateur, avec les juges ordinaires et avec les citoyens d'autrefois – ceux qui ont écrit les normes du bloc de constitutionnalité –, d'aujourd'hui et de demain. (*Applaudissements*)

**M. Denys de Béchillon.** Vous avez tout dit, monsieur le juge ! Le contrôle *a posteriori* tire en effet profit de l'expérience, de la prise en compte des attentes des citoyens et de la réalité de leur vie, ce qui guide la réflexion juridique. Le raisonnement abstrait sur un texte peut au contraire laisser de côté bien des éléments importants. Là réside donc la supériorité sur le contrôle *a priori* de la QPC et des mécanismes de contrôle par voie d'exception.

**M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.** Dans les rapports du juge à la loi, comment est-on passé de la déférence et de la révérence au contrôle ? Nous partons d'une histoire – les arrêts *Paulin* de la Cour de cassation et *Arrighi* du Conseil d'État en sont des jalons témoins – marquée par l'impossibilité de ce contrôle. Cette abstention forcée du juge procède du mythe, central dans notre tradition constitutionnelle, de la loi comme expression de la volonté générale, et comme telle infaillible. Robespierre proclamait : « Le mot de "jurisprudence" doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi », faisant écho à Montesquieu, qui, dans une phrase célèbre de *L'Esprit des lois*, avait écrit que le juge était « la bouche qui prononce les paroles de la loi ».

Conduisant donc les juges ordinaires français à s'interdire de procéder au moindre contrôle de la loi, cette tradition comporte de sérieux avantages pratiques. Certains juges, aux

XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, ont d'ailleurs qualifié de vaine et de dangereuse toute tentative de contrôle. Vaine, car il n'y avait aucun avantage à contrôler la loi au regard de la constitution de 1875, qui se bornait à définir les rapports entre les pouvoirs publics, et dangereuse, car pénétrer dans le domaine de compétence du Parlement, qui élabore souverainement la loi, aurait amené le juge, notamment le juge administratif, à aller contre la séparation des pouvoirs. Cette position était très bien exprimée, à propos de l'arrêt *Arrighi* de 1936, dans les conclusions de Roger Latournerie aussi bien que dans la note de Charles Eisenmann – pourtant disciple de Hans Kelsen et partisan du contrôle de constitutionnalité !

Cependant, il peut arriver que la loi viole des principes fondamentaux. Entre 1958 et 1974, quatre personnes seulement – le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat – pouvaient saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il contrôle la loi au regard de la Constitution ; or toutes quatre étaient particulièrement raisonnables et ne s'aventuraient pas à poser des questions inconvenantes. Puis, le Conseil constitutionnel ayant posé, dans sa fameuse décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, que la loi pouvait être contrôlée au regard des principes qui garantissent les droits et les libertés fondamentaux, la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 a étendu ce pouvoir de saisine à 60 députés ou 60 sénateurs. Les lignes avaient bougé ! Cependant, dans sa décision *IVG* du 15 janvier 1975, le Conseil marqua les limites de son contrôle : les juges contrôlent les lois au regard de l'article 55 de la Constitution, mais cet examen est relatif puisqu'il ne permet que d'écarter l'application d'une loi, et non de la censurer, et qu'il ne respecte pas la priorité symbolique et juridique de la Constitution.

Enfin, le président Badinter lança un mouvement, relayé par les comités Vedel et Balladur de 1993 et de 2008, qui déboucha sur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Nous entrons dans une ère nouvelle, le juge pouvant, sinon contrôler directement la loi, du moins saisir le Conseil constitutionnel.

Reste le cas où la constitutionnalité d'une loi est contestée sans qu'une QPC ait été posée : dans cette situation, la loi continue de faire écran par rapport à la Constitution, car le contrôle de la constitutionnalité des lois ne repose que sur une seule procédure, celle de la QPC, qui permet au juge ordinaire – administratif ou judiciaire selon la nature du litige – de saisir le Conseil ; il n'existe pas de voie détournée offrant à ce même juge la faculté d'écarter, par exemple, le décret faisant application d'une loi contraire à la Constitution.

Notre ordonnancement juridique est clarifié et la Constitution trône à nouveau – de manière symbolique mais aussi effective – à son sommet. Cette restructuration nous autorise à aborder les questions complexes que pose aujourd'hui un droit composé d'une pluralité d'ordres juridiques dont l'organisation est bien davantage réticulaire que pyramidale. Pris dans cet entrelacs, les juges suprêmes des juridictions administrative et judiciaire, en lien avec le Conseil constitutionnel et en harmonie avec les juges européens, ont entrepris d'articuler l'ensemble de ces normes – constitutionnelles, conventionnelles, de l'Union européenne, et nationales – qui s'imposent à eux. Cet effort s'est matérialisé dans les arrêts *Arcelor* du 8 février 2007 et *Conseil national des barreaux* du 10 avril 2008 du Conseil d'État, dans l'arrêt *Melki et Abdeli* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 22 juin 2010, et dans la décision rendue hier, 4 avril 2013, où, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a posé une question préjudicielle à la CJUE.

Seule la sagesse des juges peut apporter de la cohérence entre des ordres juridiques multiples, comme « le sourire de la Joconde fait l'unité et l'harmonie du tableau de Léonard de Vinci », pour reprendre la formule de Daniel Arasse dans son livre *Histoires de peintures. (Applaudissements.)*

**M. Jean-Jacques Urvoas, président de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale.** À l'égard du contrôle de constitutionnalité, le Parlement a donc évolué de l'hostilité avérée à la réticence larvée, puis à une attitude de protection attentive !

Vous avez trouvé en arrivant un rapport de 200 pages résumant le point de vue de notre Assemblée sur trois années d'application de la QPC – et, pour commencer, je ne cacherai pas la fierté de notre Commission des lois qui, sous la présidence de Jean-Luc Warsmann, a imposé cette dénomination de « question prioritaire », de préférence à celles de « question préjudicielle » ou d'« exception d'inconstitutionnalité ».

Dans ce rapport, nous affichons une première satisfaction, de nature statistique : au 1<sup>er</sup> mars 2013, le Conseil constitutionnel avait rendu 255 décisions – soit près de 40 % du nombre des décisions rendues depuis 1958 au titre du contrôle *a priori*, ce qui atteste du volume d'activité engendré par cette procédure – et le taux d'abrogation des dispositions contestées s'élève à 27 %, preuve au moins que le mécanisme fonctionne.

Autre motif de se réjouir, l'ensemble des normes ont été discutées, y compris les lois antérieures à 1958 que le projet du Gouvernement prévoyait d'exclure du champ de la QPC, les lois qui avaient fait l'objet d'un contrôle *a priori* et les lois de pays. En outre, si le droit pénal et la procédure pénale constituent les principaux domaines concernés par les QPC, tous les champs ont pu être abordés : droit processuel, droit de l'environnement, droit fiscal, droit de la santé publique et droit électoral – le Conseil constitutionnel s'étant octroyé sur ce dernier thème une compétence que le législateur ne lui avait ni refusée, ni accordée.

Le Conseil a travaillé dans les conditions exactes posées par la loi constitutionnelle. L'Assemblée nationale avait longuement débattu de l'opportunité de lui imposer un délai pour répondre à une QPC, avant de finalement en écarter le principe : elle n'a, jusqu'à présent, pas à regretter cette décision. Quant aux filtres, ils n'ont nullement fonctionné comme des verrous, pour reprendre le terme de M. Guy Carcassonne, mais plutôt comme un entonnoir. Sur ce point aussi, les craintes qui s'étaient exprimées au moment de la naissance de la QPC peuvent donc être dissipées. Elles étaient cependant suffisamment fortes pour que M. Jean-Luc Warsmann fît un rapport sur l'application de la QPC au bout d'un an, afin de s'assurer que la volonté du constituant était bien respectée.

L'origine des QPC constitue un autre motif de satisfaction : les deux tiers de ceux qui en déposent sont des justiciables, dont un tiers d'associations – ainsi France Nature Environnement en a déposé douze, dont huit ont abouti –, mais également des collectivités locales et des entreprises.

Sur le plan juridique, le Conseil constitutionnel a profité d'une QPC, en 2011, pour dégager un nouveau « principe fondamental reconnu par les lois de la République » – notion consacrée par la Constitution de 1946. Ce PFRLR est né de l'examen de la constitutionnalité du particularisme du droit local d'Alsace-Moselle, sujet régulièrement débattu à l'Assemblée nationale.

Le Conseil a, de plus, utilisé l'ensemble des solutions à sa disposition : conformité, conformité sous réserve, abrogation totale, abrogation partielle, abrogation à effet différé ou non-lieu à statuer.

Quels changements cette réforme a-t-elle entraînés pour le Parlement ? Tout d'abord, elle a réduit la maîtrise que nous pouvons avoir de notre ordre du jour, puisque le Conseil constitutionnel nous a imposé de travailler sur certains sujets – soit immédiatement dans le cas du harcèlement sexuel, soit en nous laissant plus de temps s'agissant de la garde à vue – alors que nous n'avions pas prévu de nous y pencher. Cette contrainte a suscité de la

part des parlementaires, si ce n'est un courroux, du moins des interrogations : je rappelle que la moitié des décisions de non-conformité de la loi à la Constitution ont été assorties d'effets, modulés dans le temps, qui ont un lourd impact sur notre ordre du jour.

En second lieu, certaines lois, même consensuelles, posent de délicats problèmes d'écriture. Avant la QPC, les parlementaires pouvaient s'accorder pour ne pas soumettre le texte au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. Ils sont désormais privés de cette facilité : la constitutionnalité de la loi est devenue une vraie exigence. Réciproquement, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à s'appuyer sur l'intention du législateur pour éclairer ses décisions. Plus observée, la parole du parlementaire deviendra peut-être – formons-en le souhait – plus retenue.

Modifier ce mécanisme vieux de seulement trois ans ne nous semble pas opportun. Les aménagements qui nous ont été proposés sont d'ailleurs marginaux ou parcellaires. Toutefois, je suis personnellement assez favorable à ce que les auteurs de QPC doivent, sous peine d'irrecevabilité de leur demande, préciser les griefs d'inconstitutionnalité qu'ils ont identifiés ; cela les contraindrait à affiner leur réflexion. Je suis en revanche réticent, pour le contrôle *a priori* comme pour le contrôle *a posteriori*, à l'égard de l'idée d'étendre l'usage des réserves d'interprétation : elles peuvent être utiles, mais leur portée doit rester limitée, car elles ne peuvent devenir le moyen, pour le Conseil – et même s'il ne le désire pas – de réécrire la loi. D'autre part, je ne comprends pas que les frais de justice induits par la procédure de la QPC ne soient pas pris en charge par l'État lorsque le Conseil a prononcé une décision de non-conformité dont l'auteur de la question ne peut se prévaloir.

Nous allons bientôt débattre de l'avenir du Conseil constitutionnel. Il convient, comme l'a souhaité Robert Badinter, de modifier son appellation pour prendre acte de sa transformation en cour constitutionnelle – évolution à laquelle le Sénat a d'ailleurs ouvert la voie. Je pense qu'il faudra peut-être réfléchir aussi à l'élargissement de sa composition pour la porter de neuf à douze membres, afin d'éviter que le déport et les garanties d'impartialité n'entravent le respect du quorum – fixé à sept. Qui devrait être en charge de la nomination de ces trois nouveaux membres ? Mon opinion n'est pas arrêtée : j'ai écrit dans le rapport que ce pouvoir pourrait être attribué au Premier ministre, mais il pourrait tout aussi bien être dévolu au Premier président de la Cour de cassation, au vice-président du Conseil d'État et au Premier président de la Cour des comptes. Quoi qu'il en soit, il conviendra de s'assurer que les membres de la Cour constitutionnelle disposent de solides qualifications juridiques : cette exigence ne me paraît ni inconvenante, ni extravagante et elle n'empêchera pas que des personnalités politiques soient désignées. Il en va du renforcement de la crédibilité et de la compétence – déjà reconnue – de l'institution. Il serait souhaitable également que les futurs membres soient confirmés à la majorité positive – et non plus négative – des trois cinquièmes des deux commissions des lois du Parlement ; cette évolution exigerait la formation d'un accord plus large sur ces nominations et mettrait fin aux polémiques sur leur caractère partisan. Enfin, il convient de poser le principe de l'inéligibilité des membres du Conseil à toute fonction élective, alors que le droit actuel se contente de poser une incompatibilité. (*Applaudissements.*)

**M. Denys de Béchillon.** On ne peut qu'être fasciné, comme le président Badinter, de voir à quel point le Parlement s'est approprié la procédure de la QPC alors qu'historiquement – pour des raisons que vous avez énoncées, monsieur le vice-président du Conseil d'État –, il était hostile au principe du contrôle de constitutionnalité. La révision constitutionnelle de 2008 a été l'occasion d'un grand basculement, l'aversion cédant la place à l'enthousiasme. Les débats sur la loi organique ont mis en lumière la volonté du Parlement de faire exister la QPC et de l'encadrer dans une procédure efficace. Ainsi, l'invention du

caractère prioritaire de la question de constitutionnalité – cohérente avec la nature d'un tel mécanisme – lui doit beaucoup.

La prise de conscience de la perte de sacralité de la loi, induite par le contrôle de conventionnalité, a pu inciter le Parlement à préférer que ce soit en référence à la Constitution – plutôt qu'aux conventions internationales – que s'opère le contrôle. Mais cela ne peut expliquer que le passage de l'hostilité à la neutralité bienveillante, non les raisons de l'enthousiasme, qui restent pour moi un mystère !

**M. Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation.** Monsieur le président de l'Assemblée nationale, je voudrais tout d'abord vous remercier de votre invitation. C'est un honneur et un plaisir de prendre la parole dans ces lieux.

En 2010, l'avènement de la QPC a fort opportunément mis fin à la singularité française en matière de contrôle de constitutionnalité. Le juge judiciaire, juge de l'application et de l'interprétation de la loi, ne peut que s'en réjouir, lui qui s'est refusé à exercer un tel contrôle. L'histoire révèle pourtant que la tentation d'un contrôle de constitutionnalité s'est manifestée avant 1958. Ainsi, à la suite de l'adoption de la constitution du 3 septembre 1791, *Le Journal du Palais* fait état de nombreuses décisions du tribunal de cassation censurant des jugements pour violation de la constitution, jusqu'au fameux arrêt de la chambre criminelle du 18 fructidor an V, énonçant que « les termes absolus dans lesquels est conçue pour les corps administratifs et judiciaires la défense d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois, ne peuvent admettre ni exception ni prétexte ». Pourtant, le juge judiciaire a accueilli l'exception d'inconstitutionnalité, comme le montre l'arrêt *Gauthier*, rendu par la chambre criminelle le 15 mars 1851 à propos de la conformité à la constitution de 1848 de dispositions d'une loi du 9 août 1849 autorisant le renvoi des citoyens non militaires devant les conseils de guerre en cas d'état de siège. Il est vrai qu'à l'époque, un grand nombre de magistrats avaient été députés ou sénateurs avant leur installation à la Cour de cassation.

Ces décisions demeurent toutefois anecdotiques – car elles se retranchaient derrière l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790, dont la sanction était assurée par l'article 127 du code pénal, jusqu'à sa refonte en 1994 –, le juge redoutant l'incrimination de forfaiture découlant de son immixtion dans l'exercice du pouvoir législatif. Cependant, l'article 10 aurait pu, sans infidélité patente à la lettre de la loi, recevoir des interprétations autres que celle qui a fini par prévaloir, justifiant le refus de contrôler la constitutionnalité d'une loi. Dans sa décision *Conseil de la concurrence* du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel en donne d'ailleurs une interprétation restreinte au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. C'est donc favorablement, et dans le souci de l'intérêt du justiciable, que l'autorité judiciaire, investie par l'article 66 de la Constitution du rôle de gardien de la liberté individuelle, a accueilli le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, auquel la mission de filtrage qui lui a été confiée l'associe.

Le thème abordé par cette table ronde évoque cette phrase de Julien Gracq : « Le rassurant de l'équilibre, c'est que rien ne bouge. Le vrai de l'équilibre, c'est qu'il suffit d'un souffle pour tout faire bouger. ». La QPC incarne-t-elle ce souffle qui pourrait faire bouger l'équilibre séculaire existant, d'une part, entre les pouvoirs, et, d'autre part, entre les ordres juridictionnels ?

Une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs s'est-elle fait jour ? Outil juridique novateur permettant à chaque justiciable de remettre en cause, à l'occasion d'un procès, l'expression de la volonté générale, la QPC contribue à renforcer l'État de droit et sa viabilité démocratique. Elle est une garantie supplémentaire, au côté des traités et des engagements internationaux souscrits par notre nation, que les libertés et les droits fondamentaux des citoyens seront pleinement respectés. Pour enrichir la démocratie, le

législateur a accepté d'être censuré. Cet état de fait crée des obligations réciproques, tant pour le législateur que pour le juge, soucieux tous deux de ne pas brouiller la ligne de séparation des pouvoirs, 250 ans après la disparition du baron de La Brède. La rédaction de nouvelles lois est placée sous l'égide des droits et libertés fondamentaux, et les législations anciennes sont purgées de leurs vices de constitutionnalité. L'exposition de la loi à la censure du juge est un gage de sa qualité et donc une source de sécurité juridique pour le justiciable. La décision rendue par le Conseil constitutionnel à propos du harcèlement sexuel témoigne d'une exigence de rigueur dans l'élaboration de la loi – ici en application du principe de légalité qui régit la matière pénale et, plus spécifiquement, de l'exigence d'une définition d'incrimination. Une loi bien écrite garantit sa conformité à la Constitution, sa stabilité et sa pérennité. Portalis, dans son *Discours préliminaire au projet de code civil*, observait déjà que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [et] d'établir des principes féconds en conséquences (...). C'est aux magistrats, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. » Dans les rares hypothèses où la censure est encourue, le Parlement recouvre la plénitude de ses droits et, confronté à un vide juridique ou à une inconstitutionnalité, doit légiférer. En effet, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle, il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur en faisant œuvre créatrice au détriment du principe de séparation des pouvoirs. De même, il n'est pas souhaitable que des dispositions frappées d'inconstitutionnalité subsistent dans l'ordonnement juridique – sous le couvert d'une interprétation de la volonté des parlementaires –, ni que l'on procède au sauvetage d'une loi sur le fondement d'une exégèse trahissant l'idée du législateur. En dépit de ces réserves, tenant davantage au rôle respectif du législateur et du juge qu'au mécanisme de la QPC, l'équilibre de la séparation des pouvoirs n'est pas rompu par ce nouvel outil juridique.

S'agissant des rapports entre les ordres juridictionnels, la question de l'équilibre se pose-t-elle avec une acuité différente ? Par le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, réalisé au moyen de la QPC, s'est constitué un nouvel ordre de juridiction aux côtés des ordres judiciaire, administratif et européen. L'évolution des rapports entre les ordres juridictionnels est donc significative, mais un point d'équilibre peut et doit être atteint entre eux, grâce à leur respect réciproque et à leur connaissance mutuelle. Indispensable, cette dernière s'est développée – comme l'atteste l'harmonisation de la jurisprudence administrative et judiciaire, notamment en matière sociale – et s'est naturellement étendue au Conseil constitutionnel depuis l'entrée en vigueur de la QPC.

Dès 2009, la Cour de cassation a créé un bureau du droit constitutionnel au sein de son service de documentation et d'études, ainsi qu'un espace spécialement dédié à la QPC sur son site Internet, accessible à l'ensemble des juridictions – on y trouve une liste exhaustive des questions soumises à la Cour ainsi qu'un lien avec le site du Conseil constitutionnel.

La connaissance de la jurisprudence constitutionnelle – une connaissance qui, transcendant les ordres juridictionnels, intègre le contrôle de conventionnalité – est d'autant plus précieuse qu'elle peut conduire le juge judiciaire, dans son rôle naturel d'interprète de la loi, à modifier sa propre jurisprudence. C'est ainsi que la chambre criminelle, saisie de questions touchant au régime de la confusion des peines et aux modalités d'annulation de pièces de procédure par la chambre de l'instruction, a fait évoluer sa propre jurisprudence au profit du justiciable, pour lequel le temps du procès est essentiel.

Même si le parallélisme étanche des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité posé par la jurisprudence *IVG* a été réaffirmé en 2010 par le Conseil constitutionnel, les droits fondamentaux européens exercent à l'évidence une influence sur le contrôle *a posteriori*, en raison de la complémentarité de ces deux contrôles et du risque de contrariété de décision qui pourrait en découler.

S'ajoutant à leur connaissance mutuelle, un respect réciproque doit guider l'action des juridictions afin de garantir l'équilibre entre les ordres juridictionnels. Le juge judiciaire, juge de l'application et de l'interprétation de la loi, n'est pas un juge constitutionnel : il exerce, en matière de QPC, un filtrage qui respecte les prérogatives du Conseil constitutionnel sans aucunement les entamer, dans le strict respect de la loi. Il incombe en effet au juge d'exercer cette mission avec exigence, en conservant à l'esprit que ni le laxisme ni une rigidité excessive ne seraient acceptables : l'un aurait pour conséquence la paralysie du juge constitutionnel amené à statuer dans un court délai, l'autre priverait le justiciable du bénéfice de la révision constitutionnelle.

Ce filtrage permet d'éliminer les scories, telles que les QPC déjà posées ou visant des dispositions législatives déjà déclarées conformes ; il se révèle dès lors profitable tant au Conseil constitutionnel, saisi des questions réellement importantes, qu'au justiciable, qui voit rejeté par une décision motivée un moyen voué à l'échec, sans retarder davantage le dénouement de son procès.

Il met également en relief la nature juridique particulière de la QPC, à la fois moyen d'inconstitutionnalité soulevé à l'occasion d'un procès formé devant l'autorité judiciaire, juge du litige, et qui ne peut être réduit à une simple question abstraite et générale détachée de son contexte juridique, et moyen de fond assujéti au régime ordinaire des moyens de défense ainsi qu'à certaines règles de forme précises. Cette nature juridique particulière constitue parfois en elle-même un obstacle à la transmission au Conseil constitutionnel préalablement à toute appréciation portée sur son caractère sérieux.

Enfin, ce filtrage a été conçu comme un point d'équilibre entre les trois ordres juridictionnels internes et le modifier pourrait altérer leurs rapports.

Le respect qui s'attache aux rapports entretenus par les juges judiciaire et constitutionnel doit les conduire tous deux à éviter autant que faire se peut le risque de contrariété de décisions. L'autorité judiciaire se doit de tirer toutes les conséquences des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, mais doit pouvoir appliquer celles-ci facilement, sans avoir à s'interroger sur les modalités de mise en œuvre de l'abrogation prononcée ni sur une éventuelle contrariété avec une jurisprudence de la Cour de cassation.

À ce jour, aucun arrêt de cette dernière n'a constaté l'inconventionnalité d'une disposition législative qui aurait été déclarée conforme à la Constitution. Néanmoins, le Conseil constitutionnel, en devenant une juridiction, s'expose, à l'instar de la Cour de cassation et du Conseil d'État, au risque de contrariété née de décisions rendues par les cours européennes. Certains – comme vous, monsieur de Béchillon – s'en réjouissent, y décelant la source d'une forte émulation entre nos cours suprêmes, et on peut en effet y voir un facteur de progrès.

L'examen des rapports entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire, comme celui des relations entre les juges, montre que la QPC est à l'origine de nouveaux équilibres. Sans avoir entraîné de bouleversements, elle a permis de renforcer l'État de droit et la sécurité juridique pour le plus grand bénéfice des justiciables. Cette réforme est encore jeune : faisons confiance aux acteurs institutionnels pour lui donner dans la durée sa pleine mesure, l'instabilité étant rarement compatible avec l'équilibre nécessaire à la construction d'un droit de qualité. (*Applaudissements.*)

**M. Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux.** À titre liminaire, je rappellerai la formule brillante de notre modérateur selon laquelle « le pôle véritable de la transcendance juridique, c'est la question prioritaire de constitutionnalité ».

Je me réjouis que les membres du Conseil constitutionnel aient permis à nos concitoyens de former des recours sur le fondement de la Constitution et, surtout, de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Si la France se flatte traditionnellement d'être la patrie des droits de l'Homme, Robert Badinter la considère plutôt comme celle des *déclarations* des droits de l'Homme, mais c'est déjà quelque chose ! Et grâce à la QPC, nous en revenons à ce texte fondamental qui, fort heureusement, n'entre nullement en contradiction avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Le rapport entre le citoyen et le législateur a donc évolué. Le président Bartolone citait tout à l'heure une phrase d'André Laignel qui avait heurté les consciences il y a une trentaine d'années. Or, il existe un État du droit antérieur à tout régime politique et supérieur à tout pouvoir, qui ne peut être malmené par des majorités changeantes. Le Conseil constitutionnel est aujourd'hui devenu garant du respect de cette suprématie d'une loi : celle d'Antigone s'opposant à Créon, avec cette nuance qu'il ne s'agit plus d'une loi divine, mais du corpus universel des droits de la personne humaine fondant toute légitimité juridique.

La QPC permet au juge de s'interposer avec placidité entre le citoyen – qui peut changer d'avis – et l'élus – qui peut changer de couleur – dès lors que le peuple ne se reconnaît plus dans une loi dont la légitimité peut être remise en cause par une évolution des circonstances ou par l'adoption de lois ultérieures.

La future Cour constitutionnelle et le Parlement entretiennent une relation fondée sur le respect mutuel des compétences dévolues à chacun. Un tel respect est tout de même critiquable étant donné le curieux effet qu'il a produit lors de la réforme de la garde à vue : ayant jugé le texte non conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a accordé au Parlement un délai de six mois, entre décembre 2010 et juillet 2011, pour le modifier – délai au cours duquel le texte a continué à produire ses effets. Voilà un point qu'il conviendra de corriger.

Quant aux rapports entre les juridictions supérieures, je trouve fort intéressant l'arrêt rendu hier par le Conseil constitutionnel, dans lequel il interroge la Cour de justice de l'Union européenne sur un problème de droit européen : reconnaissant que notre Constitution intègre également des principes issus des traités européens dont on ne peut faire litière – comme le ferait un État jacobin se croyant à l'origine de tout –, le Conseil a fait là preuve d'une modestie et d'un sens des responsabilités juridiques tout à fait remarquables. Mais serait tout aussi intéressant le cas où une décision du Conseil constitutionnel relative à une QPC ne satisferait pas le plaideur, parce qu'il douterait qu'elle soit conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette situation se produira inévitablement, mais je me réjouis que le président Jean-Louis Debré accepte comme normale cette éventualité d'une saisine de la CEDH. De fait, nos sociétés sont interdépendantes et fondées sur un socle de principes communs et sacrés.

Je terminerai par quelques observations plus ponctuelles.

Même si cela ne s'est pas encore produit, j'attends avec curiosité que le ministère public pose une QPC : après tout, n'est-il pas lui aussi garant des droits et libertés ?

Le filtrage effectué par la Cour de cassation et le Conseil d'État ne doit devenir ni un goulot d'étranglement ni une passoire. Il serait d'ailleurs préférable, à mon sens, qu'il soit interne au Conseil constitutionnel : il arrive en effet que certaines QPC ne lui soient pas transmises, la juridiction saisie étant tout naturellement réticente à considérer à cette occasion comme erronée une jurisprudence constante et établie de longue date.

Je souscris à la proposition du président Urvoas consistant à faire supporter par l'État les frais occasionnés par la procédure de QPC.

Enfin, je souhaiterais que nos confrères de la Cour de cassation et du Conseil d'État consentent à ce que nous puissions y défendre des QPC – même en temps limité – comme nous le faisons devant le Conseil constitutionnel. (*Applaudissements.*)

**M. Denys de Béchillon.** Je vous propose à présent de discuter des propositions avancées dans son rapport par le président Jean-Jacques Urvoas et relatives au filtrage des QPC, à l'éventuelle modification du nom du Conseil constitutionnel, à la prise en compte des opinions dissidentes et à la modification de la composition du Conseil, dont le nombre des membres serait porté de neuf à douze cependant qu'en disparaîtraient les anciens Présidents de la République.

Je suis pour ma part très hostile au filtrage interne, non pour des raisons de complexité des dossiers ou encore de compétence ou d'encombrement des juridictions, mais parce que le filtrage par la Cour de cassation et par le Conseil d'État contribue puissamment à l'acculturation des plaideurs français au contrôle de constitutionnalité, et donc à une assimilation par eux du droit constitutionnel – qu'il leur faut invoquer devant un plus grand nombre de juges. Qui plus est, lorsqu'un rapporteur public du Conseil d'État rend de longues conclusions étayées sur la recevabilité d'une QPC, l'instruction du dossier fait également progresser notre culture du contrôle de constitutionnalité.

**M. Stephen Breyer.** En cas de divergence d'interprétation de la loi entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation – comme cela s'est vu en Italie par exemple –, une solution pourrait consister à n'invalider que l'application de la loi dans le cas d'espèce, ce qui permettrait de préserver le texte lui-même. J'insiste donc sur l'intérêt des réserves d'interprétation.

**M. Vincent Lamanda.** Sur ce point, la position de la Cour de cassation a évolué. Au départ, comme en attestent les travaux préparatoires du législateur, la QPC avait pour objet de contester la constitutionnalité d'une loi et non de la jurisprudence. J'admets cependant que la deuxième fait corps avec la première et que, si l'on censure la loi telle qu'elle est interprétée, c'est bel et bien la loi, et non son interprétation par les juridictions, qui est visée.

La proposition du juge Breyer présente certes l'avantage de nous éviter une nouvelle saisine du Parlement. C'est cependant à ce dernier qu'il revient de préciser de quelle manière la loi doit être interprétée. Le juge judiciaire peut certes expliciter une loi lorsqu'elle est obscure, silencieuse ou mal adaptée aux nécessités du monde contemporain, mais il ne fera jamais que l'appliquer. Et les arrêts de la Cour de cassation se fondent presque toujours sur un texte législatif pour casser une décision. L'un de mes prédécesseurs qualifiait d'ailleurs la Cour de « sentinelle de la loi ».

Pour le reste, j'admets parfaitement la possibilité qu'une interprétation de la loi ou de certaines de ses dispositions soit déclarée non conforme à la Constitution.

**M. Denys de Béchillon.** Venons-en à présent à la question des opinions dissidentes – véritable serpent de mer – puisque nous nous trouvons en présence d'un juge américain habituellement dissident. Ce système est-il acceptable et non toxique, compte tenu du fait que les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par l'autorité politique et pour un mandat à durée déterminée ?

**M. Stephen Breyer.** L'objectif, lorsqu'on exprime une opinion dissidente – et c'est souvent mon cas, en effet –, est d'en faire à terme une opinion majoritaire. Lorsque la

critique – que la nature humaine n’apprécie guère – se révèle justifiée, l’on est contraint de modifier la loi pour éviter de passer pour un idiot ! L’expression d’une opinion dissidente se solde donc souvent par un succès. À tout le moins, c’est une suggestion pour l’avenir.

Aux États-Unis, on espère toujours que les décisions soient rendues à l’unanimité par la Cour suprême, en dépit des divergences de certains juges, pensant qu’elles seront ainsi mieux acceptées du grand public. Mais, aujourd’hui, celui-ci perçoit très bien ces désaccords. Il est donc préférable d’en faire état. Dire le droit n’est pas le fait d’ordinateurs et les juges, parce qu’ils sont hommes, peuvent très bien commettre des erreurs et émettre des avis divergents. Exprimer cette divergence en l’argumentant permet à l’opinion publique d’accéder au débat – et c’est là l’essentiel pour moi. Je répète souvent aux étudiants américains – parce qu’il est de notre devoir de leur transmettre ces valeurs – que, s’ils ne s’impliquent pas dans la vie des institutions démocratiques, y compris celle des tribunaux, la démocratie elle-même perdra toute vitalité. Ce problème majeur aux États-Unis est sans doute également perceptible en Europe, et en France.

**M. Denys de Béchillon.** Cette idée me paraît non seulement recevable, mais même séduisante. Il reste que les juges de la Cour suprême américaine sont des dieux qui ont l’éternité devant eux, à la différence des membres de notre Conseil constitutionnel qui, eux, conservent toute la fragilité de modestes humains !

**M. Christian Charrière-Bournazel.** J’ignore si ce modèle est transposable. La proposition mérite néanmoins réflexion. Je rejoins tout à fait le juge Breyer lorsqu’il affirme qu’une opinion marginale à un moment donné peut révéler toute sa valeur par la suite, soit que les circonstances aient évolué, soit que des textes inutiles soient venus s’empiler par dessus des lois nécessaires.

Souvent, on ignore qu’une décision n’a pas été rendue de manière unanime, mais rappelons-nous la grande sagesse du Sanhédrin : lorsqu’il rendait une décision à l’unanimité, elle était réputée nulle !

**M. Jean-Jacques Urvoas.** En la matière, la décision ne dépend pas du législateur. Cependant, à la notion d’opinion « dissidente », qui a une connotation conflictuelle, nous préférons celle d’opinion « individuelle » ou « séparée ».

Chaque fois que nous avons auditionné des impétrants à la fonction de membre du Conseil constitutionnel – tout récemment encore, Mme Nicole Maestracci et Mme Claire Bazy-Malaurie –, nous leur avons demandé leur avis sur cette question et nous avons obtenu des réponses divergentes, de sorte que nous ne doutons pas qu’un jour ce point finisse par être tranché ! Je suis personnellement favorable à l’expression de l’opinion individuelle des juges car elle permet de comprendre le cheminement de leur raisonnement juridique. Cela étant, j’admets que notre culture y résiste et je sais les craintes qui s’expriment de voir d’autres juges contraints ensuite de s’aligner sur le juge constitutionnel, au risque de fragiliser leurs décisions.

Je souhaiterais d’autre part me faire l’écho de la frustration ressentie par la Commission des lois qui, lorsqu’elle a rédigé son rapport d’information, n’a pu obtenir le moindre élément statistique sur l’activité des juridictions judiciaires. Nous aurions en effet aimé savoir à quoi sont dues les différences entre territoires relevées par Marc Guillaume et par le Premier président de la Cour de cassation en matière de QPC : s’expliquent-elles par une frilosité des barreaux, par une méconnaissance du dispositif de la part des justiciables ou encore par une interprétation restrictive des conditions auxquelles on peut y recourir ? Il semble aussi que l’on ait enregistré moins de QPC en 2012 : il ne serait pas sans intérêt de savoir où et pourquoi. Sans aller jusqu’à accabler de questionnaires les services d’un

ministère de la Justice déjà extrêmement sollicités – raison pour laquelle nous n’avons pas créé un énième observatoire ou autre organe bureaucratique –, nous regrettons de ne pas pouvoir suivre l’évolution de la QPC, mécanisme précisément fondé sur un principe d’égalité, alors que l’article 24 de la Constitution nous confie une mission d’évaluation des politiques publiques.

**M. Denys de Béchillon.** Votre remarque me paraît d’autant plus fondée que cela n’occasionnerait pas un surcroît de travail considérable pour les juridictions du fond et que le traitement des données qu’elles enverraient à la Chancellerie pourrait tout à fait être pris en charge par l’Université.

Opter en faveur de l’expression des opinions dissidentes renforcerait notre maturité juridique et démocratique, mais pourrait risquer d’aliéner la liberté des membres de la juridiction. L’alternative est radicale et relève d’un choix politique.

Quant à l’idée de voter à la majorité positive des trois cinquièmes lors des auditions de confirmation, elle me paraît mauvaise : elle présente un risque de blocage, de chantage ou de marchandage politique. Ces auditions sont utiles car elles permettent de vérifier l’aptitude des candidats à exercer la fonction à laquelle on les a désignés. On peut d’ailleurs regretter qu’à la différence du règlement de l’Assemblée nationale, celui du Sénat ne prévoie par leur retransmission systématique et obligatoire. Mais ce sont des Louis Brandeis, des Oliver Wendell Holmes qu’il nous faut au Conseil constitutionnel : non des juges « gris », mais des juges qui élèvent le niveau de la contradiction ! Il nous faut certes des sages, mais aussi des gens dangereux. De ce point de vue, imposer une majorité positive des trois cinquièmes serait funeste.

**M. Jean-Jacques Urvoas.** La dernière fois que nous avons auditionné de futurs membres du Conseil constitutionnel, la Commission des lois a innové en appliquant un article du règlement de l’Assemblée nationale qui nous permet de nommer un rapporteur pour instruire ces candidatures. En effet, comme l’a dit Jeremy Bentham, « l’œil du public rend l’homme d’État vertueux ». Nous en avons donc désigné un de l’opposition, en la personne de mon prédécesseur Jean-Luc Warsmann, avec l’idée d’aider à des choix de moins en moins sujets à polémique et de plus en plus conformes à la fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel.

L’idée d’une majorité positive des trois cinquièmes, que nous soutenions déjà sous la précédente législature, est par ailleurs reprise dans le projet de loi relatif à la nomination des membres du Conseil supérieur de la magistrature. Elle permettra d’établir un consensus, et non de créer un blocage ou de sélectionner les plus mauvais candidats. Et en tout état de cause, nous ne pourrions en vérifier le bienfait que dans la pratique. Ce qui est sûr en revanche, c’est qu’une majorité des trois cinquièmes négatifs constitue une restriction fictive, dans la mesure où la majorité ne peut envisager de s’opposer aux choix gouvernementaux – au surplus, il nous est souvent arrivé de manquer de temps pour préparer ces auditions, dont nous n’étions avertis que la veille... Notre proposition, si elle devenait réalité, ferait définitivement litière des critiques sur le caractère partisan de ces nominations.

**M. Jean-Marc Sauvé.** Sans être horrifié par l’idée que s’expriment des opinions séparées, je crois néanmoins que cette question doit être traitée en prenant en compte l’histoire de ces deux derniers siècles et la place de la Justice dans la séparation des pouvoirs : lorsque furent créées le Tribunal de cassation, placé auprès du Corps législatif, et le Conseil d’État, placé sous la direction des consuls, ils n’eurent ni l’un ni l’autre le droit d’interpréter la loi – un droit qui nous paraît pourtant évident, cette interprétation étant désormais inséparable de la loi. Mais le référé législatif n’est mort que progressivement, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Nous sommes ensuite parvenus, deux siècles après la Révolution, au contrôle de

constitutionnalité de la loi. Un jour viendra où la question de la publication des opinions séparées parviendra à maturité. Pour l'heure, il serait imprudent de s'engager dans cette voie car ce serait risquer d'affaiblir la Justice dans le contexte actuel. Que cette expression constitue un élément de force dans la société américaine, je ne le conteste pas, mais cela tient à nos différences de tradition et de culture – notre modèle absolutiste et notre tradition catholique s'opposant au modèle protestant anglo-saxon. La division peut, dans certains États, être source de force et d'enrichissement, mais facteur d'affaiblissement dans d'autres.

Quant à la procédure de nomination des juges, je fais partie, tout comme Anna Palacio, d'un comité institué par l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et chargé de se prononcer sur la capacité des candidats des États membres à exercer les fonctions de juge à la Cour de justice de l'Union européenne. Ce comité a examiné depuis mars 2010 plus de cinquante dossiers en provenance des 27 États membres et, de cette expérience, je retire la conviction que l'intervention intrusive des parlements nationaux dans la procédure de désignation des candidats peut conduire à une politisation du choix des juges. Imposer une majorité positive des trois cinquièmes me paraît donc susceptible de poser problème.

**M. Stephen Breyer.** C'est là une excellente mise en garde ! J'avais d'ailleurs pour ma part commencé mon propos en précisant qu'il concernait les États-Unis. Notre différence majeure réside dans le fait que, dans les 309 millions d'Américains, sont représentées toutes les races, toutes les religions, toutes les nationalités et toutes les différences d'opinion possibles. Ma mère m'a dit un jour qu'il n'est aucune opinion suffisamment étrange pour qu'aucun Américain ne la soutienne ! Les Américains ont décidé, par une sorte de miracle, de résoudre leurs différences et d'assurer la cohésion de leur pays par la Constitution et par le droit. Les États-Unis n'ont pas une histoire comparable à celle de la France, dont la cohésion est sans doute assurée par d'autres forces. Mais dans le monde d'aujourd'hui, si vous rencontrez des problèmes de plus en plus comparables aux nôtres, souvenez-vous, dans votre lutte, de l'arme que vous donnent la Constitution, l'État de droit et même les juges ! (*Applaudissements.*)

## Clôture

**M. Jean-Louis Debré, président du Conseil constitutionnel.** Monsieur le président de l'Assemblée nationale, mesdames, messieurs, en vous écoutant, j'ai pensé au maréchal Joffre qui, après la bataille de la Marne, avait déclaré : « Je ne sais pas qui l'a gagnée, mais je sais qui l'aurait perdue. » Tout le monde – je m'en réjouis – s'approprie et revendique le succès de la QPC, voire veut désormais aller encore plus loin. J'estime, pour ma part, que la Constitution n'est pas un simple jeu de Meccano et qu'il faut faire attention à ce que l'on fait.

La réussite de la QPC tient non seulement à la volonté du législateur constitutionnel et à la loi elle-même, mais aussi à quelques autres éléments que vous me permettrez d'énumérer ici.

Premièrement, l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel est convaincu que le temps de la justice n'est plus le temps des juges. La loi nous a fixé un délai de trois mois pour statuer et nous le faisons en deux mois et quinze jours en moyenne : c'est là le succès de la QPC. Lorsqu'un justiciable considère qu'il a un droit, il est légitime qu'il n'attende pas des années pour voir ce droit reconnu.

Deuxièmement, les membres du Conseil constitutionnel, son secrétaire général et moi-même avons tenu à introduire les règles du contradictoire dans la procédure d'examen des QPC : au moment où l'on va statuer sur ses droits, un justiciable et son avocat doivent pouvoir regarder les juges en face, dans les yeux. Nous sommes convaincus de l'importance d'un tel contact au sein de la salle d'audience. Le principe du contradictoire – que nous avons d'ailleurs essayé de mettre en œuvre également, avec davantage de difficultés, dans la procédure de contrôle *a priori* – est essentiel pour la légitimité des décisions que nous rendons.

Troisièmement, tous les avocats se sont approprié cette procédure et lui ont ainsi donné un formidable élan. Aujourd'hui, au bout de trois ans, ils se présentent devant le Conseil venant de toute la France et il n'est pratiquement plus de barreau qui n'ait posé « sa » QPC.

Quatrièmement, la QPC a permis au Conseil constitutionnel de s'extraire du temps politique et des passions parlementaires. C'est aussi, selon moi, une des clés de sa réussite. L'action du Conseil ne s'inscrit plus dans le prolongement du débat parlementaire, caractérisé par la confrontation entre une majorité et une opposition : nous jugeons de lois ou d'articles de loi qui ne sont plus identifiés à une passion politique.

Cette réussite revêt trois aspects. D'abord, madame Lochak, la QPC a permis des progrès considérables en matière de protection des droits et des libertés. Ensuite, monsieur le président de l'Assemblée nationale, monsieur le président de la commission des lois, elle a très sensiblement renforcé la démocratie parlementaire. Enfin, elle a rendu, en France, ses lettres de noblesse à l'indispensable dialogue des juges : sans un tel dialogue entre tous les juges, quels qu'ils soient, il ne peut y avoir de progrès dans la défense des droits et des libertés. Le Conseil constitutionnel y est donc très attentif.

Je le dis avec force : la réforme de la QPC a permis un approfondissement de l'État de droit et une vague d'avancées, sans précédent dans notre pays, dans toutes les branches du droit. Ainsi, en trois ans, sur les 255 décisions que le Conseil constitutionnel a rendues au titre de la QPC, 102 ont conclu à une non-conformité totale ou partielle à la Constitution. Grâce à l'existence de la QPC et au travail du Conseil constitutionnel, ce sont donc 102 dispositions législatives qui, parce qu'elles étaient contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution, ont cessé de produire leur effet.

J'insisterai, à titre d'illustration, sur deux catégories parmi ces 102 décisions.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a eu à connaître des deux principaux régimes juridiques de privation de liberté : la garde à vue et l'hospitalisation sans consentement. Ils concernaient, chaque année, des centaines de milliers de personnes pour l'un, des dizaines de milliers pour l'autre. Le Conseil les a censurés par ses décisions, respectivement, du 30 juillet et du 26 novembre 2010. Pour autant, il ne s'est pas substitué au législateur pour définir les deux nouveaux régimes : tel n'était pas son rôle. De plus, sa décision a imposé que le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, soit remis au cœur du dispositif de la garde à vue et que l'avocat y trouve également sa place.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a eu à connaître en trois ans d'une quarantaine de QPC en matière de droit pénal et de procédure pénale. Dans plus de vingt cas, il a prononcé une censure ou émis des réserves. Je citerai quelques-unes de ces décisions pour montrer la variété des progrès réalisés.

Pour ce qui est des censures, elles ont notamment porté sur des dispositions relatives au pourvoi en cassation de la partie civile, à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de garde à vue et des confrontations des personnes mises en cause en matière

criminelle, à la désignation de l'avocat dans le cadre d'une garde à vue en matière de terrorisme, à la définition des crimes et délits incestueux et à la retenue douanière.

Quant aux réserves, le Conseil a assuré, grâce à elles, la conformité à la Constitution de dispositions relatives au recueil des déclarations des prévenus à l'occasion de la notification de la mise en œuvre de l'action publique, à la communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public lors d'une demande de mise en liberté au juge des libertés et de la détention – c'est un point particulièrement important –, à l'exécution du mandat d'amener et du mandat d'arrêt et à la procédure dite de « petit dépôt ».

Toutes ces décisions, qu'il s'agisse d'annulations ou de réserves, ont visé, à chaque fois, à faire respecter les principes constitutionnels qui encadrent le droit pénal et la procédure pénale : la légalité des délits et des peines ; la compétence de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ; les droits de la défense ; le droit à une procédure juste et équitable ; l'indépendance et l'impartialité des juridictions ; le principe du contradictoire ; la nécessité de l'individualisation des peines ; le droit à un recours juridictionnel effectif. Ces quelque quarante QPC en matière de droit pénal et de procédure pénale se sont traduites par un formidable progrès des droits et des libertés dans notre pays. Elles témoignent avec force de la protection constitutionnelle dont bénéficient ces droits, laquelle conduit à une disparition *erga omnes* de la norme censurée.

Je ne reviens pas sur toutes les autres décisions rendues par le Conseil, au titre de la QPC, en matière de droit de l'environnement, de droit fiscal, de santé publique ou de droit des pensions. Leur diversité atteste du succès de la QPC, que nos concitoyens, grâce aux avocats, se sont appropriée.

En définitive, les progrès réalisés en trois ans grâce à la QPC ont été supérieurs à tous ceux réalisés jusqu'à présent grâce au contrôle de conventionnalité. C'est incontestable. Le Conseil constitutionnel a en effet été amené, dans de nombreux cas, à censurer des dispositions préalablement jugées compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi en a-t-il été en matière de cristallisation des pensions, de pourvoi en cassation de la partie civile, de cession gratuite de terrain ou encore s'agissant de l'incapacité instituée par l'article L. 7 du code électoral. Je le répète : la QPC a suscité de fantastiques progrès en matière de défense des droits et des libertés.

D'autre part, la QPC a abouti à un renforcement considérable de la démocratie parlementaire, à laquelle vous êtes, comme moi, attachés. C'est pour cette raison, monsieur le président de la commission des lois, que les parlementaires l'apprécient après l'avoir ignorée !

Le contrôle juridictionnel de la loi, nous le savons tous, ne s'est pas développé de manière naturelle en France. Les raisons en sont historiques et philosophiques. Vous les avez rappelées : nous sommes les enfants de Rousseau et de Carré de Malberg ; la France est le pays de la théorie de la loi comme expression de la volonté générale. Nous avons dû faire un effort sans doute plus important que d'autres démocraties pour renoncer à l'idée que la loi ne saurait mal faire. D'autre part, la France a également mal abordé le contrôle juridictionnel de la loi : elle n'a pas mis en place de contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée et a laissé se développer un contrôle de conventionnalité.

Or les défauts de celui-ci ont rendu plus difficile l'acclimatation du contrôle juridictionnel de la loi dans un contexte de stricte séparation des rôles entre le juge et le législateur. Le contrôle de conventionnalité produit des effets limités – la loi est non pas abrogée *erga omnes*, mais seulement écartée dans un cas d'espèce – et immédiats – il ne laisse pas le temps au Parlement de voter, le cas échéant, une nouvelle loi. Ainsi, il brouille la répartition pourtant claire des compétences entre le juge et le législateur. Seul le Parlement a

en effet le pouvoir d'édicter la loi. Tel ne doit, ni ne peut être le cas du juge administratif et du juge judiciaire – qui sont la bouche de la loi ordinaire –, ni du Conseil constitutionnel – qui est la bouche de la Constitution.

En instituant la QPC, le législateur constitutionnel a défini des règles sages aux articles 61-1 et 62 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel peut abroger une disposition sur le fondement du premier, mais peut également décider, dans le souci de respecter les prérogatives du Parlement, de reporter cette abrogation dans le temps sur le fondement du second. Le législateur peut alors, dans l'intervalle, remédier à l'inconstitutionnalité de la disposition censurée. Ainsi le législateur constitutionnel l'a-t-il voulu. Ainsi la séparation des pouvoirs et la sécurité juridique peuvent-elles être conciliées. Lorsque nous prenons des décisions, nous devons l'avoir constamment à l'esprit : la France a besoin de sécurité juridique !

Le Conseil constitutionnel a utilisé la faculté ouverte par l'article 62 de la Constitution dans différentes décisions de non-conformité, par exemple dans celles relatives à la décrystallisation des pensions des anciens combattants – notre première décision au titre de la QPC –, à la garde à vue, à la retenue douanière ou encore à l'attribution des noms de domaines sur Internet. Toutes ces questions nécessitaient une nouvelle intervention du législateur. À la suite de la censure du Conseil constitutionnel, il peut en effet revenir au Parlement de faire des choix : il a ainsi déterminé le niveau de la décrystallisation des pensions dans le respect du principe d'égalité que le Conseil avait réaffirmé, ou encore fixé les nouvelles règles de la garde à vue dans le respect des exigences constitutionnelles. C'était non pas au Conseil constitutionnel, monsieur le président du Conseil national des barreaux, mais au législateur de le faire !

Le Conseil exprime cette répartition des compétences dans des formules connues de tous : nous disons, d'une part, que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » et, d'autre part, dans un grand nombre de nos décisions, que « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

En somme, la QPC est l'exemple même d'une réforme bien conçue – sans doute parce qu'elle a plusieurs pères et qu'on y réfléchit depuis longtemps ! Elle allie le nécessaire contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel au renforcement de la démocratie parlementaire.

Enfin, j'y insiste : le dialogue des juges doit nécessairement accompagner la QPC. Il doit tenir compte des choix opérés par le constituant : d'une part, celui-ci n'a pas fait du Conseil constitutionnel une cour suprême placée au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation ; d'autre part, il a voulu donner à la QPC une priorité que la Cour de Luxembourg a ultérieurement jugée conforme au droit de l'Union européenne.

Cette priorité conduit le Conseil constitutionnel à juger, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, de la conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil prend chacune de ses décisions en examinant les jurisprudences européennes, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis par la Constitution et ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont aujourd'hui très proches. Par conséquent, si le Conseil censure la loi pour inconstitutionnalité, la question de sa conventionnalité ne doit plus se poser devant le juge administratif ou le juge judiciaire. À l'opposé, si le Conseil la juge conforme à la Constitution, cette décision, qui prend en compte la jurisprudence de la CEDH, doit créer une présomption de

conventionnalité, que seuls de très sérieux motifs peuvent conduire à renverser, car cela reviendrait à opposer protection constitutionnelle et protection conventionnelle.

La logique que j'expose est celle qui a guidé la CEDH : dans son arrêt *Bosphorus* de 2005, elle a posé une présomption de protection équivalente, par le droit de l'Union européenne, des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle orientation permet des rapports harmonieux entre les systèmes juridiques. Il doit en être de même en France.

Cette question est, à mes yeux, beaucoup plus importante que celle des péripéties qu'a pu connaître la QPC depuis trois ans. Il est naturellement possible – tout le monde en a parlé – que certaines QPC ne soient pas parvenues jusqu'au Conseil constitutionnel, alors qu'il eût sans doute été souhaitable qu'il se prononçât sur la conformité à la Constitution de telle ou telle disposition législative. De même, on peut également relever, depuis un an, des difficultés dans l'examen de certaines QPC, notamment en matière correctionnelle devant les juridictions du fond.

Il est cependant bien plus essentiel d'observer que la plupart des pays d'Europe ont réuni dans la main de leur cour constitutionnelle les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, alors que le constituant français a fait le choix de les dissocier. Or un tel système ne peut fonctionner selon nous qu'à deux conditions.

D'une part, le Conseil constitutionnel doit nécessairement prendre en compte les rapports entre les ordres juridiques lorsqu'il exerce son contrôle de constitutionnalité. Il s'est engagé avec résolution dans cette voie avec sa décision de 2004 relative à la loi sur la confiance dans l'économie numérique, dans laquelle il a précisé que la transposition des directives résultait d'une exigence constitutionnelle. De plus, il vient de donner hier – c'est un hasard du calendrier – une preuve supplémentaire et éclatante de sa volonté de dialogue avec tous les juges : dans le cadre de son office de juge constitutionnel, il a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle portant sur la décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen.

D'autre part, une loi que le Conseil a déclarée conforme à la Constitution doit bénéficier d'une très solide présomption de conventionnalité. Ni nos concitoyens, ni le Parlement ne pourraient admettre que des juges différents et successifs apprécient des principes fondamentaux de manière divergente. Une telle insécurité juridique remettrait en question la dissociation des contrôles. J'avais déjà évoqué ce point en 2007 lors de mon audition devant le comité Balladur.

Monsieur le président de l'Assemblée nationale, veillez sur la QPC ! Veillez sur ce progrès du droit ! Faisons en sorte que cette révolution ne s'arrête pas au bout de quatre ans parce qu'on aura voulu aller trop vite ! Il convient en effet d'être prudent.

Sans revenir sur les questions que vous avez évoquées – ce n'est pas mon rôle, mais celui du législateur – et indépendamment de toute conjoncture, je vous ferai part, pour finir, de deux réflexions.

S'agissant des opinions dissidentes, le vice-président du Conseil d'État a, avec son habileté coutumière, devancé ma pensée. Au regard de mes six années d'expérience, il m'apparaît très important que les membres du Conseil constitutionnel n'aient pas, conformément à notre tradition, la possibilité d'exprimer des opinions dissidentes. Rien ne les empêche de défendre, au cours du délibéré, telle ou telle position divergente – les procès-verbaux montrent d'ailleurs à quel point nous débattons entre nous. Mais le fait qu'ils n'en fassent pas publiquement part garanti – c'est essentiel – le secret du délibéré. S'ils le faisaient, tout le monde connaîtrait immédiatement la position des autres membres.

Quant à l'« examen » que doivent passer devant le Parlement – vous savez, monsieur le président de l'Assemblée nationale, quelle place tient cette maison dans ma vie et à quel point j'y suis attaché – les personnalités dont la nomination est envisagée au Conseil constitutionnel, je m'interroge sur son bien-fondé. N'oubliez jamais qu'elles vont devenir vos juges en matière électorale ! Monsieur le président de la commission des lois, une telle confusion ne s'observe dans aucun autre pays au monde ! Je n'ai pas à intervenir pour favoriser telle ou telle réforme, mais je vous invite à méditer sur ce fait. Les hommes sont peut-être vertueux par nature, mais ne nous laissons pas prendre au piège de nos bonnes intentions !

Le Conseil constitutionnel est heureux d'avoir mis en place la QPC – grâce au constituant, au législateur, à tous ! Elle fonctionne bien, parce qu'elle correspondait à un besoin : celui de la défense des droits et des libertés. Nous ne sommes plus simplement le pays des déclarations des droits, comme le relevait le président Badinter, mais nous devenons un pays où, grâce à l'organisation juridictionnelle, les droits et les libertés sont véritablement défendus. (*Applaudissements.*)

*Le colloque prend fin à treize heures quinze.*