

A S S E M B L É E   N A T I O N A L E

X I I I I <sup>e</sup>   L É G I S L A T U R E

# Compte rendu

## Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République

Mercredi  
1<sup>er</sup> septembre 2010  
Séance de 9 heures

Compte rendu n° 81

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2009-2010

- Aux fins d'évaluer la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, auditions successives, ouvertes à la presse, de :
  - M. Didier Le Prado, Président du Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; ..... 2
  - M. Thierry Wickers, Président du Conseil National des Barreaux, ancien Bâtonnier de Bordeaux ; ..... 8
  - M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, accompagné de M. Bernard Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'État ; ..... 15
  - M. Guy Carcassonne, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense..... 25

**Présidence  
de M. Jean-Luc  
Warsmann,  
Président**



*La séance est ouverte à 9 heures.*

*Présidence de M. Jean-Luc Warsmann, président.*

*Aux fins d'évaluer la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, la Commission procède d'abord à l'audition de M. Didier Le Prado, Président du Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.*

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** La création d'une nouvelle voie de droit devant le Conseil constitutionnel permettant le contrôle de la constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur a constitué un apport majeur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

En témoigne le succès de cette procédure, opérationnelle depuis le 1<sup>er</sup> mars, une fois adoptée la loi organique organisant son fonctionnement. Celui-ci repose sur l'affirmation du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité et sur un mécanisme de filtrage, beaucoup débattu, des juges *a quo*, comme des cours suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif.

Les justiciables ont ainsi soulevé devant les juges ordinaires de nombreuses questions de constitutionnalité, renvoyées pour nombre d'entre elles au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Le Conseil a également été saisi par ces deux hautes juridictions d'intéressantes questions, qui lui ont permis en quelques mois de rendre des décisions importantes, voire majeures, notamment sur la « cristallisation » des pensions, la loi « anti-Perruche » ou le régime de la garde à vue.

Pour autant, l'application de la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à des débats, et même quelques remous, dont la presse s'est fait l'écho. Par lettre du 8 juillet, le Président de notre assemblée a appelé mon attention sur les conditions d'application de cette loi, en particulier sur les divergences d'interprétation des juridictions suprêmes. Notre collègue Dominique Perben a d'ailleurs interrogé par deux fois la Garde des sceaux à ce sujet lors des questions au Gouvernement.

Aussi m'a-t-il paru souhaitable que notre commission procède à une évaluation des dispositions adoptées par le législateur organique et qu'elle en dresse un premier bilan, afin de mesurer notamment la pertinence de la procédure de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Dans la perspective éventuelle de modifications de la loi organique que nous pourrions proposer, nous allons procéder à une série d'auditions, ouvertes à la presse, des principaux acteurs ou observateurs de la réforme. La ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés conclura cette journée.

Notre premier invité est maître Didier le Prado, président du Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, auquel je donne sans plus tarder la parole.

**M. Didier le Prado.** Le 23 juin 2009, je tenais devant votre commission les propos suivants : « l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ne peut que se réjouir de la possibilité désormais ouverte au justiciable par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de débattre, à l'occasion d'un procès, de la conformité des dispositions

législatives à la Constitution : cette réforme permettra de faire entrer dans le champ du procès ordinaire les droits et libertés constitutionnellement garantis. Elle est la bienvenue puisqu'elle offre de nouveaux droits aux citoyens que nous représentons devant les deux Hautes juridictions. »

J'ajoutai : « cette réforme doit réussir, et elle réussira ». Les avocats aux Conseils, persuadés de l'intérêt de la réforme pour les justiciables, ont tout mis en œuvre pour qu'elle réussisse.

Les quelques tensions apparues lors des premiers mois d'application de la loi organique conduisent votre commission à procéder à une première évaluation des dispositions adoptées le 10 décembre 2009. Il n'en demeure pas moins que cette réforme est un véritable succès : c'est ce que je souhaiterais souligner dans un premier temps. Je vous exposerai ensuite la part que les avocats aux Conseils ont prise et entendent continuer à prendre à la mise en œuvre de cette réforme. Puis j'évoquerai les difficultés survenues, qui montrent qu'une réforme de cette ampleur nécessite à l'évidence des ajustements de la part de ses différents acteurs, notamment des juridictions.

Grâce à la réforme de juillet 2008 et à la loi organique du 10 décembre 2009, la France a rejoint les nombreuses démocraties européennes dont l'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois peut être saisi à l'initiative d'un citoyen, à l'occasion d'un litige : la norme constitutionnelle est devenue un élément à part entière du débat juridictionnel, assurant au justiciable une meilleure protection de ses droits et libertés.

Les avancées effectives sont réelles, après seulement six mois de mise en œuvre de la réforme. Le Conseil constitutionnel a rendu des décisions particulièrement importantes, voire historiques : décisions sur la décrystallisation des pensions, la rétroactivité de l'amendement anti-Perruche et la carte du combattant, sur des questions transmises par le Conseil d'État ; décisions sur le régime des inéligibilités, la composition des tribunaux maritimes commerciaux, l'article 575 du Code de procédure pénale et le régime des gardes à vue, sur des questions transmises par la Cour de cassation.

Ainsi, cette réforme a déjà permis des progrès incontestables de notre État de droit, qui n'avaient pu jusqu'alors être obtenus par les avocats sur le seul fondement des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment de son article 6, pourtant souvent invoquées.

Ce bilan très positif est dû au travail magistral réalisé par le Conseil constitutionnel, mais aussi à la contribution des deux hautes juridictions : la liste des abrogations intervenues en atteste.

Le Conseil d'État a enregistré 177 questions prioritaires de constitutionnalité – 104 dans le cadre d'une saisine directe et 73 transmises par les juridictions du fond ; 33 questions ont été transmises au Conseil constitutionnel, soit 25,4 % des questions examinées.

La Cour de cassation quant à elle a été saisie de 357 questions – 231 soulevées à l'occasion d'un pourvoi et 126 transmises par les juridictions du fond ; 99 questions ont été transmises au Conseil constitutionnel, soit 38,7 % des questions examinées.

Il m'est difficile de me prononcer aujourd'hui sur le caractère opérationnel du filtre opéré par les juridictions du fond, dans la mesure où les pourvois en cassation contre les

décisions de refus de transmission des juridictions *a quo* ne peuvent être déposés qu'en même temps que celui dirigé contre la décision au fond. Cela étant, je n'ai pas été informé de difficulté particulière. Il convient à mon sens de maintenir ce filtre afin que les juridictions soient parties prenantes à cette réforme. Par ailleurs, le critère selon lequel la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux me paraît efficace.

En dépit des quelques difficultés apparues lors des premiers mois de la mise en œuvre, le filtre qu'opère la procédure mise en place pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par les juridictions suprêmes m'apparaît également nécessaire, puisqu'il permet d'assurer la cohérence des questions et leur regroupement le cas échéant, évitant au Conseil constitutionnel de se voir saisi de questions sans objet ou sans intérêt.

La procédure prévue par la loi organique du 10 décembre 2009 et par son décret d'application du 16 février 2010 permet d'allier d'une part célérité et efficacité, d'autre part respect des principes fondamentaux du procès, notamment du contradictoire. Les mémoires sont échangés tant devant le Conseil d'État que devant la Cour de cassation dans des délais brefs, permettant aux cours suprêmes de statuer en respectant le délai de trois mois qui leur est imparti. Dans ces mémoires, distincts et motivés, les avocats peuvent utilement développer une argumentation centrée autour de la seule question de constitutionnalité. Ces mémoires seront, le cas échéant, transmis au Conseil constitutionnel.

Je ferai une seule observation, qui relève davantage des dispositions du décret que de celles de la loi organique. A la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation est tenue d'instruire et de transmettre éventuellement au Conseil constitutionnel toute question prioritaire de constitutionnalité dont elle est saisie, ce qui peut alourdir considérablement la tâche des chambres de la Cour de cassation désormais compétentes. Il serait peut être opportun de prévoir une disposition, à l'instar de celle qui existe devant le Conseil d'État, selon laquelle la Cour de cassation pourrait ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel une question mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil est déjà saisi, et différer alors sa décision jusqu'à l'intervention de celle du Conseil constitutionnel.

La procédure mise en place pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel me paraît elle aussi répondre aux objectifs de célérité et de respect du contradictoire.

Les avocats aux Conseils ont pris toute leur part dans le succès indéniable de cette réforme. Aux termes des dispositions du Code de procédure pénale (article 585), du Code de justice administrative (article R 432-1) et du Code de procédure civile (article 973), ceux-ci peuvent représenter les parties devant le Conseil d'État et la Cour de cassation tant en matière civile que pénale, même si, dans certains cas, les parties peuvent se défendre seules devant ces juridictions.

Le débat constitutionnel n'a jamais été étranger à la pratique des avocats aux Conseils, notamment devant le Conseil d'État. Avant que la question prioritaire de constitutionnalité n'entre en vigueur, l'Ordre des avocats aux Conseils a organisé un cycle de formation complémentaire de droit constitutionnel afin que chacun soit prêt à une mise en œuvre efficace de la réforme.

Depuis le 1<sup>er</sup> mars, de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées par mes confrères et moi-même à l'occasion d'une procédure devant l'une ou l'autre

des Hautes juridictions. Ainsi, la totalité ou la quasi-totalité des 231 questions dont a été saisie la Cour de cassation ont été posées par la centaine d'avocats aux Conseils que je représente devant vous aujourd'hui.

La question prioritaire de constitutionnalité nous donne l'occasion de renouveler notre pratique professionnelle en nous interrogeant désormais sur la possibilité de contester non seulement la conventionalité, mais également la constitutionnalité des dispositions législatives applicables aux litiges.

Lorsque la question est transmise par les juridictions du fond, à l'instar de ce qui se passe dans le cadre des procédures d'avis, les deux hautes juridictions se prononcent au vu des écritures déposées devant le juge *a quo*. Mais si les parties souhaitent déposer un mémoire complémentaire, elles peuvent le faire en ayant recours à un avocat aux Conseils, ainsi que le prévoient l'article R.771-20 du Code de justice administrative, l'article 126-9 du Code de procédure civile et l'article R.49-30 du Code de procédure pénale.

Dans un certain nombre de dossiers, les parties ou leurs avocats auprès des cours et tribunaux ont souhaité qu'un avocat aux Conseils dépose un mémoire complémentaire devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, venant appuyer la question prioritaire déjà développée devant la juridiction du fond. L'intervention des avocats aux Conseils ne s'est pas limitée à cette mission de représentation : un certain nombre de mes confrères ont été consultés sur l'opportunité de poser une question préjudicielle de constitutionnalité devant le juge *a quo*.

Par ailleurs, de nombreux avocats aux Conseils sont intervenus devant le Conseil constitutionnel lorsque les questions lui ont été transmises par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation. Ce sont ainsi trois de mes confrères qui ont présenté et plaidé les trois premières questions prioritaires de constitutionnalité le 25 mai 2010.

Vous m'avez interrogé sur les honoraires. Ne disposant en la matière d'aucun pouvoir de taxation ni d'investigation, il m'est difficile de vous donner des chiffres précis... Mais je peux vous indiquer que lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est posée à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation ou d'un recours devant le Conseil d'État, l'avocat aux Conseils, en règle générale, ne demande pas d'honoraires complémentaires.

Le seul chiffre précis que je peux vous fournir est celui de la rétribution versée au titre de l'aide juridictionnelle : l'avocat aux Conseils perçoit pour la totalité d'une procédure devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation une somme de 382 euros hors taxes – somme fixée en 1991 et jamais modifiée depuis –, englobant désormais une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité. Sa rétribution en cas de transmission de la question par le juge du fond est de 191 euros hors taxes.

L'Ordre des avocats aux Conseils a toujours respecté une tradition de modération d'honoraires. Lors de ma précédente audition, je vous avais précisé que la fourchette des honoraires en dehors de l'aide juridictionnelle pourrait être de 2000 à 3000 euros pour une procédure complète et de 1500 à 2000 euros dans le cadre d'un renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par les juridictions du fond.

Je vous avais précisé que je m'engageais, comme l'Ordre l'avait fait lorsque la représentation obligatoire avait été étendue à la matière prud'homale, à ce qu'une partie qui ne bénéficierait pas de l'aide juridictionnelle mais dont les ressources seraient modérées ne soit

pas privée de la possibilité d'être représentée par un avocat aux Conseils : je vous indiquais alors que si un justiciable n'était pas en mesure de convenir avec un avocat aux Conseils d'honoraires en rapport avec ses ressources, il pourrait saisir le Président de l'Ordre qui désignerait un avocat et arrêterait le montant des honoraires. Je n'ai pas eu, au cours des six premiers mois de mise en œuvre de la réforme, à intervenir à ce titre, mais je reprends volontiers cet engagement aujourd'hui.

Je n'ignore pas les raisons qui vous ont conduit à évaluer la mise en œuvre de la réforme. Mais, encore une fois, une réforme de cette ampleur nécessite inévitablement un certain nombre d'ajustements. Certains ont eu lieu, d'autres, s'ils sont encore nécessaires, s'opéreront de façon naturelle.

Des divergences d'appréciation entre le Conseil d'État et la Cour de cassation ont été pointées. De telles divergences ont toujours existé : s'est instauré un dialogue des juges, un échange enrichissant qui a conduit naturellement les deux hautes juridictions à rapprocher leur jurisprudence. Aujourd'hui, ce rapprochement devrait s'opérer de façon d'autant plus naturelle qu'il s'agit désormais d'un dialogue à trois, et que les décisions du troisième juge, le Conseil constitutionnel, s'imposent aux deux premiers.

De plus, il existe un temps de latence entre la date des premières décisions de principe rendues par le Conseil constitutionnel et leur prise en compte par les hautes juridictions à l'occasion de la première affaire qui s'y prête. Pourquoi ne pas laisser le temps à ce rapprochement de s'opérer ?

Vous me demandez la lecture que je fais de l'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'articulation entre question de constitutionnalité et question de conformité au droit de l'Union européenne.

La Cour de cassation a été conduite à interroger la Cour de justice sur l'articulation entre la primauté du droit de l'Union et la priorité de la question de constitutionnalité. L'arrêt rendu le 22 juin 2010, affirmant le principe d'une conformité conditionnelle de la loi organique au droit de l'Union, a le mérite de clarifier et d'éclaircir le débat, après la décision « Jeux de hasard » rendue le 12 mai 2010 par le Conseil constitutionnel et l'arrêt Rujovik rendu le 14 mai 2010 par le Conseil d'État.

L'arrêt de la Cour de justice est explicite sur la façon dont doit être assurée la primauté du droit communautaire : au besoin, le juge de l'application du droit de l'Union doit, de sa propre autorité, laisser inappliquée la disposition inconstitutionnelle, sans attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel. Ce même juge doit pouvoir saisir la Cour par voie préjudicielle à tout moment de la procédure. Il doit pouvoir, au cas où il a l'obligation de transmettre la question de constitutionnalité à la juridiction constitutionnelle, prendre toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union.

Il est désormais clair que la question de constitutionnalité est et reste prioritaire, aussi longtemps que le droit de l'Union n'y fait pas obstacle. La décision de la Cour de Luxembourg assure aujourd'hui l'articulation entre la primauté du droit de l'Union et la priorité prévue par la loi organique.

Serait-il nécessaire de permettre aux juridictions suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires ? Le Conseil d'État, en qualité de juge de cassation, s'il ne peut prendre d'autres mesures, peut ordonner le sursis à exécution des décisions qui lui sont déférées. La Cour de cassation, quant à elle, ne dispose d'aucune possibilité de prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

Il paraît difficile que la Cour de cassation puisse prendre de telles mesures, qui relèvent au premier chef des juridictions du fond ayant rendu les décisions exécutoires faisant l'objet d'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation n'est que juge du droit ; comment pourrait-elle, en s'appuyant sur les seuls dossiers dont elle dispose – composés de l'arrêt, du jugement, des conclusions échangées et des mémoires produits devant elle – statuer sur des mesures provisoires ou conservatoires ? Sa situation est différente de celle du Conseil d'État, qui dispose de l'entier dossier des juges du fond et qui a le pouvoir, après avoir cassé les décisions qui lui sont déférées, de régler l'affaire au fond, ce qu'il lui arrive régulièrement de faire.

Le filtre des juridictions suprêmes est-il, au vu des premiers mois d'application de la loi organique, un mécanisme opérationnel. La mise en œuvre de la réforme est, de mon point de vue, un succès, même si des difficultés existent. Six mois seulement se sont écoulés. Ne pourrait-t-on pas attendre les ajustements jurisprudentiels ? La loi organique ayant déjà été modifiée, ce sont désormais les chambres au sein de la Cour de cassation qui statueront sur les questions prioritaires de constitutionnalité ; le dialogue des juges, que j'évoquais à l'instant, ne pourra que s'enrichir dans les mois à venir des décisions que rendront les six chambres de la Cour.

Serait-il opportun de prévoir un mécanisme d'appel des décisions de renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité ou éventuellement de modifier les critères du filtre ? Si le législateur entend intervenir sans attendre les ajustements jurisprudentiels, il me semble qu'une modification des critères du filtre serait préférable à un mécanisme d'appel.

Certes, un recours devant le Conseil constitutionnel contre les refus de transmission donnerait aux justiciables que nous représentons une chance complémentaire d'obtenir l'abrogation des dispositions législatives qu'ils contestent. Mais il rendrait la procédure plus complexe pour le justiciable, en conduisant le Conseil constitutionnel à assurer, après les deux hautes juridictions et éventuellement le juge *a quo*, le rôle de filtre, avant de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées.

C'est la raison pour laquelle je m'interroge sur une autre solution qui consisterait à aligner le critère mis en œuvre par les deux hautes juridictions sur celui mis en œuvre par les juges du fond : il suffirait que la question posée ne soit pas dépourvue de sérieux pour que le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent la transmettre au Conseil constitutionnel. Ce critère serait plus large que celui actuellement retenu par la loi organique, qui consiste à déterminer si la question présente un caractère sérieux.

Si la question était présentée devant le juge du fond et transmise au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les deux hautes juridictions statueraient en réalité comme juridiction de second degré, en vérifiant que le critère a été convenablement mis en œuvre par le juge *a quo*. Si la question prioritaire était invoquée pour la première fois devant ces deux juridictions, elles mettraient en œuvre elles-mêmes ce critère élargi.

Cette solution présenterait l'avantage d'éviter au justiciable un délai supplémentaire et un autre degré de juridiction.

Toutefois, il me semble que la solution la plus simple consisterait à laisser le temps à la jurisprudence d'opérer dans les mois à venir les ajustements nécessaires avant d'envisager une modification législative.

Vous me permettez, pour conclure, de former le vœu que s'apaisent les tensions existantes et que ne se crée pas une fracture entre l'institution judiciaire, constitutionnellement gardienne de nos libertés, et les autres institutions de notre République.

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Merci beaucoup. Votre propos était à ce point exhaustif que mes collègues n'ont pas de question à vous poser...

\*

\* \*

*La Commission procède ensuite à l'audition de M. Thierry Wickers, président du Conseil national des barreaux, ancien bâtonnier de Bordeaux, accompagné de M. Alain Pouchelon, président de la Conférence des bâtonniers, de M. Jean-Yves Le Borgne, vice-bâtonnier de Paris, de M. David Levy, directeur du pôle juridique au Conseil national des barreaux, et de Mme Françoise Louis, responsable des relations institutionnelles.*

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Je remercie nos invités d'avoir accepté de contribuer à l'évaluation de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

**M. Thierry Wickers, président du Conseil national des barreaux.** Vous nous avez adressé un certain nombre de questions dans le but d'évaluer la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de la question prioritaire de constitutionnalité. Il est assez rare d'évaluer un dispositif aussi rapidement après sa mise en œuvre et je ne suis pas sûr que certaines décisions de jurisprudence n'aient pas conduit à hâter le processus. Reste que nous sommes encore dans une période transitoire. Même si un certain nombre de questions prioritaires de constitutionnalité étaient en quelque sorte latentes devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, nous n'avons pas encore une vision précise et exhaustive de ce qui va se passer devant les juridictions de fond, où l'évolution se produit à un rythme différent. Il ne faut donc pas tirer des conclusions définitives du fait que le Conseil constitutionnel est aujourd'hui saisi avant tout de questions posées par les deux hautes juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. On n'observerait sans doute pas ce phénomène si la première évaluation du dispositif avait été entreprise plus tard – ce qui ne signifie pas qu'une telle évaluation n'était pas nécessaire.

Vous nous demandez quelle est notre appréciation de la procédure mise en place pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par les juridictions de fond, qu'elles relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Autant que l'on puisse en juger au bout de seulement quelques mois, cette procédure est globalement satisfaisante. Le dispositif mis en œuvre permet d'identifier la question prioritaire de constitutionnalité et de la traiter rapidement, surtout il permet de dégager le traitement de cette question de celui du fond du dossier, tout en conservant à la procédure le caractère contradictoire auquel les avocats sont très attachés.



Toutefois, nous constatons sur le terrain que la procédure que vous avez fixée n'est pas toujours suivie par les juridictions de fond. Ainsi, nous observons, notamment dans les juridictions judiciaires, le développement d'une pratique consistant à joindre l'incident au fond, le juge refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité pour traiter le litige de façon globale. Or une telle pratique est radicalement contraire à la lettre de la loi. Le texte lui-même – qui est parfaitement clair – n'est pas en cause : c'est la pratique des juridictions qu'il convient de faire évoluer. Il serait sans doute nécessaire que l'information ne s'arrête pas au magistrat référent de chaque juridiction, mais que le Conseil constitutionnel puisse avoir connaissance de toutes les questions prioritaires de constitutionnalité qui sont posées et de la façon dont elles sont mises en œuvre sur le terrain. En effet, à long terme, le fonctionnement du dispositif dépendra de la façon dont les juridictions de fond, et pas seulement le Conseil d'État et la Cour de cassation, se saisiront des questions prioritaires de constitutionnalité.

Vous nous demandez également quels sont les honoraires pratiqués par les avocats pour une procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Il serait surprenant de voir une profession communiquer ce qui me paraît relever d'une entente, c'est-à-dire un barème fixant une fourchette d'honoraires. Je ne sais si M. Le Prado a renouvelé cet exploit, mais pour l'avoir fait il y a quelques années, plusieurs barreaux ont été lourdement sanctionnés par l'ancienne DGCCRF. Or les règles n'ont pas changé depuis : la profession d'avocat est une profession libérale et elle n'a pas la possibilité d'imposer ou même de suggérer des tarifs sous peine d'être sanctionnée par l'Autorité de la concurrence. Je ne peux donc vous livrer d'éléments chiffrés. Les règles habituelles de fixation des honoraires s'appliquent à la question prioritaire de constitutionnalité. Ils dépendent notamment de la complexité de l'affaire et de la situation de fortune du client, y compris lorsqu'il bénéficie de l'aide juridictionnelle. En tout état de cause, la mise en œuvre de la réforme est trop récente pour que l'on puisse faire des observations pertinentes en ce domaine.

Vous nous avez aussi interrogés sur ce que nous pensions du mécanisme de filtrage des demandes. Il est vrai que lorsque nous étions venus devant vous avant le vote de la loi organique, nous vous avons fait part de nos doutes et de nos inquiétudes sur le sujet. Il convient de bien distinguer le filtrage exercé par les juridictions de fond et celui effectué par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Au niveau des juridictions de fond, tribunaux de première instance et cours d'appel, la présence d'un filtre était nécessaire pour éviter un déferlement de questions prioritaires de constitutionnalité. Le dispositif est satisfaisant : le filtre est opérationnel, et les critères retenus relativement simples. Je ne crois pas nécessaire de les modifier.

**M. Alain Pouchelon, président de la Conférence des bâtonniers.** Derrière les propos d'ordre technique tenus par le président du Conseil national des barreaux se profile un problème politique : voulons-nous, ou non, une cour suprême ? Après la décision du Président de la République de faire voter un système de question préalable de constitutionnalité, et compte tenu du filtrage exercé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, peut-on maintenir notre organisation administrative et judiciaire sans se poser cette question essentielle, dont dépendent l'organisation de la demande de droit et le financement de cette organisation ? Je crois pour ma part qu'un grand débat doit avoir lieu sur ce sujet, auquel les avocats devront prendre part.

**M. Jean-Yves Le Borgne, vice-bâtonnier de Paris.** Il me semble que les juridictions de tête de ligne que sont la Cour de cassation et le Conseil d'État craignent de passer au second plan dans l'organisation de la justice. Cependant, une telle crainte ne me

paraît pas justifiée dans la mesure où le Conseil constitutionnel est le juge de la loi, pas le juge de l'affaire. Les préconisations qui peuvent résulter de sa décision ont une influence sur les affaires en général, mais elles n'en ont que peu sur le cas qui a suscité cette décision. Il s'agit donc d'un système, si ce n'est platonique, du moins d'après-coup : la juridiction saisie au fond a la possibilité – et elle ne s'en prive pas – de trancher l'affaire, quitte à renvoyer le problème soulevé sur le terrain constitutionnel devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État et, le cas échéant, si la question lui est transmise, devant le Conseil constitutionnel. La décision prise par le Conseil au sujet de la garde à vue est à cet égard significative : il juge inconstitutionnels les principaux textes qui la régissent, mais précise que ce constat n'aura pas d'effet sur les affaires en cours. La loi devra être modifiée avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011 et cette modification n'aura d'effets que pour l'avenir. Je ne crois donc pas qu'il faille craindre une concurrence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, même si je n'aurai pas la naïveté de penser qu'une telle perspective n'existe pas dans les esprits, car le Conseil comme la Cour ont le souci de conserver un certain leadership dans le système.

C'est donc là que se pose la question de l'opportunité du système actuel. Faut-il maintenir, dans l'ordre judiciaire comme dans l'ordre administratif, le pouvoir souverain de transmettre ou de ne pas transmettre ? Jusqu'à présent – mais nous ne parlons que d'une très courte période –, on n'a pas observé d'élément particulièrement significatif trahissant une réticence à appliquer la réforme. On peut cependant interpréter l'arrêt du 16 avril 2010 de la Cour de cassation, par lequel celle-ci saisissait la Cour de justice de l'Union européenne de la conformité de la loi organique au droit européen, comme une façon de mettre des bâtons dans les roues de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, la Cour de cassation n'a pas toujours défendu avec autant de passion le principe de la suprématie du droit européen sur le droit national...

Quelque chose n'est donc pas satisfaisant dans l'organisation du filtrage, même si celui-ci est nécessaire dans un système pyramidal tel que le nôtre : il faut en effet éviter que les questions prioritaires de constitutionnalité ne se déversent sur le bureau du Conseil constitutionnel. Mais faut-il vraiment que ce tri soit effectué par ceux qui pourraient voir dans la transmission de la question une façon biaisée d'imposer une décision, voire un changement de jurisprudence, c'est-à-dire un moyen de les déposséder de leurs pouvoirs naturels ? Pour l'instant, on ne peut que suspecter un tel état d'esprit, sans véritablement l'observer. Je me méfie de la suspicion, qui conduit à tirer de faits anodins des conclusions épouvantables. Mais un vrai problème pourrait se poser à l'avenir. Il ne serait sans doute pas absurde de prévoir la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, d'être informé de toutes les questions prioritaires de constitutionnalité dont une juridiction initiale serait saisie, et de lui permettre, si d'aventure la Cour de cassation ou le Conseil d'État ne transmettait pas cette question, de s'en saisir d'autorité. C'est à ce prix que le contrôle de constitutionnalité prendra un véritable sens.

Faut-il craindre une domination jurisprudentielle d'un Conseil constitutionnel constitué en cour suprême, en lieu et place de la Cour de cassation et du Conseil d'État ? Je ne le crois pas. Ainsi, si la décision relative à la garde à vue entraîne, à terme, l'abrogation d'un certain nombre de textes, on peut observer – avec, pour certains, une pointe de déception – que le Conseil est resté très prudent dans les indications qu'il donnait au législateur. Il y a là une forme de sagesse : la construction de la loi appartient au législateur, mais sa sanction relève du Conseil constitutionnel. Il serait donc regrettable que la liberté nouvelle qu'incarne la question prioritaire de constitutionnalité soit entravée par la mauvaise humeur de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, ou par leur volonté de conserver un pouvoir qui fut un jour souverain. Si d'aventure une question opportune, intéressante, mettant en jeu des problèmes fondamentaux, venait à être écartée pour des motifs dont je ne peux préjuger, et si le Conseil

constitutionnel était amené à considérer comme une anomalie l'absence de transmission de cette question, il serait souhaitable qu'il puisse s'en emparer de lui-même. Même si l'hypothèse est par nature marginale, et si nous n'avons pas observé une telle situation depuis six mois, il convient de prévoir le moyen de surmonter le blocage que pourrait entraîner je ne sais quelle situation psycho-juridique.

**M. Thierry Wickers.** M. Pouchelon et M. Le Borgne ont largement abordé le thème de votre deuxième série de questions, c'est-à-dire le fonctionnement de la question prioritaire de constitutionnalité devant les deux juridictions les plus élevées, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Sur le plan statistique, la consultation du site du Conseil constitutionnel montre que l'essentiel des dossiers en attente ont été transmis par ces deux juridictions. Même si, comme nous l'avons tous souligné, nous ne disposons que d'un faible recul, la question se pose de savoir si la procédure mise en place pour l'examen à ce niveau des questions prioritaires de constitutionnalité est satisfaisante.

Il convient de distinguer entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, dont les pratiques sont différentes. Pour cette dernière, on a pu observer dès le mois de mars un désaccord entre la formation spécialisée et la chambre criminelle. Cette difficulté de fonctionnement a notamment concerné les arrêts du 2 et du 19 mars, si bien que la question du maintien de la formation spécialisée a pu se poser.

Vous nous demandez si le filtre des juridictions suprêmes est opérationnel, et si, au-delà du mécanisme d'information qui existe déjà à ce niveau, il ne faudrait pas prévoir un mécanisme d'appel des décisions, prises par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Le dispositif fixé par la loi organique pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution avait, selon moi, deux objectifs. Le premier consistait à éviter les requêtes dilatoires et inutiles et prévenir tout risque d'engorgement du Conseil constitutionnel. Mais dès lors qu'un filtre existe au niveau des juridictions inférieures, il ne me paraît pas indispensable d'en placer un autre au niveau de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Le deuxième objectif était d'associer les deux hautes juridictions au nouveau mécanisme de constitutionnalité afin de s'assurer de leur pleine collaboration dans ce domaine – mais je ne suis pas certain qu'il ait été vraiment atteint. Dès lors, aucune des deux raisons ayant conduit à la mise en place d'un filtre à ce niveau ne me semble aujourd'hui pertinente.

L'examen des motivations des décisions du Conseil d'État montre que celui-ci fait preuve de neutralité et évite de donner l'impression d'un pré-jugement sur la constitutionnalité. La juridiction administrative transmet donc les questions prioritaires de façon saine, dans le respect de la compétence du Conseil constitutionnel. Mais, s'agissant de la Cour de cassation, les choses sont incontestablement plus compliquées. Sans tomber dans la suspicion, il me semble que sa jurisprudence traduit une méfiance beaucoup plus importante. La Cour tend en effet à rechercher des éléments d'inconstitutionnalité évidents et manifestes, donc susceptibles de justifier le renvoi au Conseil constitutionnel. Contrairement au Conseil d'État, elle ne se satisfait pas d'une inconstitutionnalité éventuelle. Une telle appréciation est nécessairement restrictive, puisqu'elle revient, pour la Cour, à se livrer à un pré-contrôle de constitutionnalité.

Une telle dérive s'observe nettement dans la jurisprudence. Ainsi, dans sa décision du 19 mai 2010, la Cour s'interroge sur la situation dans laquelle une question prioritaire de constitutionnalité ne porterait pas directement sur une disposition législative mais sur l'appréciation de celle-ci par le juge dans sa jurisprudence habituelle. Une telle question peut

en effet se poser, car le juge, dans le cadre de son pouvoir souverain, peut être amené à lire un texte d'une autre façon que celle envisagée par le législateur. Or la Cour de cassation a jugé que si la question posée déduisait l'inconstitutionnalité, non du texte même d'une disposition législative, mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, il n'y avait pas lieu de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Cela pose selon moi un véritable problème : l'interprétation d'une disposition doit pouvoir également faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, sans quoi des dispositions législatives pleinement conformes à la Constitution pourraient faire l'objet d'une pratique totalement non conforme. Une telle dérive ne doit donc pas perdurer.

La réponse consistant à supprimer la formation spécialisée de la Cour de cassation ne serait pas de nature à régler le problème. De même, il ne paraît pas utile de modifier les critères de filtrage. La solution serait donc plutôt de retenir la suggestion du président Hiest et de prévoir la possibilité d'un appel devant le Conseil constitutionnel des décisions de refus. Le Conseil aurait ainsi une influence directe sur la jurisprudence relative à la transmission des QPC.

Votre question suivante concernait l'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne et l'articulation entre la question de constitutionnalité et la question de conformité au droit de l'Union européenne – c'est-à-dire la question de conventionalité appliquée au seul droit européen. Le souhait du législateur était de donner une véritable autonomie à la question prioritaire de constitutionnalité et de faire en sorte qu'elle soit tranchée avant la question de conventionalité, de façon à redonner une cohérence à la hiérarchie des normes, notamment s'agissant de la place qu'occupe notre Constitution. La difficulté d'articulation juridique est apparue dès l'arrêt prononcé le 16 avril 2010 par la Cour de cassation, mais elle me semble un peu artificielle : ce n'était pas nécessairement à partir de l'article 88-1 que l'on pouvait imaginer la position de la Cour. Quoi qu'il en soit, l'arrêt du 22 juin 2010 a éclairci les choses en validant le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité sous certaines conditions – en particulier, la juridiction nationale doit avoir la possibilité de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Or, dans son arrêt du 29 juin, la Cour de cassation a déclaré qu'elle n'avait pas, à l'heure actuelle, la possibilité de mettre en œuvre de telles mesures. Il est donc clair que vous serez amenés à compléter le dispositif pour répondre au reproche fait par la Cour et assurer le respect de la décision prise le 22 juin par la Cour de justice de l'Union européenne.

**M. Dominique Perben.** Je souhaite réagir à vos deux propositions – la première consistant à adopter la proposition de loi présentée par Jean-Jacques Hiest, la seconde à donner au Conseil constitutionnel un droit d'évocation. Si on prévoit un mécanisme d'appel des décisions des hautes juridictions sur la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité, le risque est que la partie ayant soulevé la question se pourvoie systématiquement en appel, ce qui entraînerait une charge supplémentaire et quelque peu inutile pour les juges. De ce point de vue, le droit d'évocation serait peut-être plus efficace, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'y aurait probablement recours que dans les cas où il jugerait probable, après un examen sommaire du dossier, qu'une décision d'annulation devrait être finalement prononcée.

En tout état de cause, comment analysez-vous chacune de ces deux solutions ?

**M. Claude Goasguen.** Je remercie MM. les bâtonniers de leur contribution à notre réflexion sur ce sujet. On peut en effet estimer qu'il s'agit d'une période intermédiaire, le

système étant appelé à évoluer. Encore faut-il lui laisser un peu de temps pour fonctionner avant de tirer des conclusions et de chercher à le modifier.

S'agissant du droit d'évocation, je crois que nous devons faire très attention. On a parlé de « cour suprême », mais j'ai aussi le souvenir des cours souveraines. Nous devons veiller à ce que le Conseil constitutionnel, déjà gorgé de pouvoirs considérables en matière législative, ne puisse, en plus, effectuer un contrôle de la jurisprudence. Vous avez opéré, monsieur le vice-bâtonnier, une distinction utile entre le fond de l'affaire et la loi, le Conseil étant seulement juge de cette dernière. Mais – et la Cour de cassation l'a bien compris – à partir du moment où le Conseil se ferait juge de la jurisprudence, il serait aussi amené à juger du fond. Dans une telle hypothèse, ses pouvoirs dépasseraient même ceux d'une cour suprême, et il deviendrait alors nécessaire de se pencher sur la question de sa composition.

Il ne vous a pas échappé que plusieurs anciens parlementaires faisant partie de nos amis siégeaient au Conseil constitutionnel. Or, en matière de garde à vue, le Conseil a mis en cause des dispositions qui avaient été votées avec chaleur par les mêmes amis ! À terme, cela finira par poser un problème, au point que l'on pourrait être poussé à donner un caractère plus judiciaire et administratif à la composition du Conseil, qui à l'origine n'était pas prévu pour cela.

Il est vrai que la Cour de cassation – contrairement au Conseil d'État – appréhende avec une certaine mauvaise humeur le principe de la question prioritaire de constitutionnalité. À cet égard, la proposition de Jean-Jacques Hiest est intéressante. Mais on peut penser que la Cour verrait d'un œil très critique l'institution d'un droit d'évocation qui, en tout état de cause, introduirait un bouleversement considérable de notre système politique et de notre système judiciaire. Comme nous le confirmera probablement son premier président, Vincent Lamanda, je ne vois pas la Cour de cassation accepter aussi facilement d'être dominée par une cour suprême, ni *a fortiori* par une cour souveraine – qui de surcroît mettrait en cause le pouvoir du Parlement.

**M. Thierry Wickers.** Il va sans dire que le débat a également des connotations politiques, mais je me garderai d'entrer sur ce terrain.

Il est incontestable que le droit d'évocation d'une juridiction et le droit d'appel d'une partie répondent à deux philosophies totalement différentes. Le premier renvoie au système des juridictions anglo-saxonnes – que l'on parle de la toute récente juridiction suprême du Royaume-Uni ou de la Cour suprême des États-Unis. Les Anglo-saxons emploient, pour désigner une telle procédure, l'expression *cherry-picking* : on choisit une cerise et on la croque. Lors d'un débat sur le fonctionnement des cours suprêmes, j'ai été frappé de constater que parmi les conditions de recevabilité d'un « pourvoi » au Royaume-Uni, il y avait l'opportunité pour le juge de juger au moment où le problème se pose. Autrement dit, même si toutes les autres conditions juridiques sont réunies, le juge peut renoncer à trancher un problème s'il a le sentiment que le moment n'est pas favorable. C'est une philosophie totalement différente de la nôtre et cela ne manque pas d'avoir des effets sur la juridiction titulaire du pouvoir d'évocation. C'est pourquoi il vaudrait mieux se montrer plus modestes et, au risque de générer un contentieux supplémentaire – mais les avocats sont là pour l'empêcher : l'effet mécanique de toute intervention d'un conseil professionnel auprès d'une partie est de dissuader les recours fantaisistes –, opter plutôt pour un mécanisme d'appel, qui répondrait mieux à la logique de notre système. Même si la question prioritaire de constitutionnalité est un procès particulier, elle reste, au moins au départ, la chose des parties engagées dans l'instance.

**M. Jean-Yves Le Borgne.** Pour ma part, je soutiens le droit d'évocation. Nous ne sommes pas dans un système où la saisine d'une juridiction – qu'elle soit initiale ou supérieure – par une partie entraîne systématiquement l'examen du problème. Ce qui caractérise la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, c'est que la transmission est seulement possible. Or si, par exemple, une décision de la Cour de cassation de ne pas transmettre pouvait faire l'objet d'une procédure d'appel, nous serions dans un système où la transmission ne serait que facultative et liée à l'opportunité. Les Anglo-saxons ont sans doute des formules un peu lapidaires, mais entre le *cherrypicking* et le choix de la Cour de cassation, y a-t-il vraiment une différence ? Le principe est le même !

Ainsi, je pense que le Conseil constitutionnel aurait légitimité à déterminer si l'interprétation de la loi entre ou non dans le champ de son action. Si une loi peut être interprétée au point de lui faire dire ce que certains mauvais esprits considèrent comme le contraire de sa lettre, ce n'est pas parce que la loi est mauvaise, mais parce qu'elle est insuffisante et laisse une trop grande marge d'interprétation. Donc, l'évocation, c'est-à-dire l'appréciation par le Conseil constitutionnel du sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité n'ayant pas l'aval des juridictions têtes de file « inférieures » – ce dernier qualificatif m'a échappé –, pourrait être le moyen de mieux faire fonctionner le système de filtrage. Et si le Conseil constitutionnel, comme dans l'arrêt relatif à la garde à vue, continue à faire preuve de sagesse en se contentant d'indiquer pourquoi la norme existante est insuffisante ou contraire aux grands principes, sans pour autant dicter le contenu de la loi qui doit être adoptée en remplacement, nous resterons dans un système où les pouvoirs sont équilibrés. Le contrôle du Conseil constitutionnel ne s'exercerait pas sur le législateur – il lui laisse au contraire une vaste capacité d'invention – mais il pourrait le cas échéant s'exercer sur une interprétation abusive de la loi.

**M. Claude Goasguen.** L'interprétation est ce qui fait le charme de notre système juridique !

**M. Jean-Yves Le Borgne.** C'est un charme auquel tous les justiciables ne sont pas sensibles ; tout dépend du côté où on se place. Ainsi, en matière de prescription, les délais sont précis, connus, clairs et respectés. Mais à partir du moment où le point de départ de ce délai est un curseur sur lequel le juge peut agir, parce que la loi n'indique pas à partir de quel moment on doit computer le délai, on peut affirmer que la loi est insuffisante. Et cela pose, du point de vue de la sécurité juridique comme de celui du traitement égalitaire des justiciables, un problème sur lequel le Conseil constitutionnel pourrait être amené à se pencher. Dans cette hypothèse, le Conseil ne préciserait pas quelles doivent être les modalités de prescription, mais il rappellerait que celles-ci doivent être suffisamment claires pour que le justiciable ne soit pas livré à l'aléa des interprétations.

Il ne s'agit pas de priver la Cour de cassation de ses pouvoirs – s'agissant du Conseil d'État, son caractère strictement juridique le met à l'abri de certaines pulsions. C'est justement la dimension de souveraineté dans l'appréciation de la loi, c'est-à-dire dans l'interprétation, qui fait toute la difficulté de l'intervention du juge judiciaire. Et si le juge constitutionnel se voit privé du droit de contrôler cette interprétation, vous risquez d'être amenés, en tant que législateur, à intervenir à tout propos. Or il ne serait pas sain que des conflits de pouvoirs conduisent le législateur à contredire les interprétations du juge judiciaire. Une solution équilibrée serait que le juge constitutionnel, s'il estime que l'interprétation de la loi est allée trop loin, puisse indiquer que le texte qui doit la contraindre et la guider est lui-même insuffisant.

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Je vous remercie, messieurs, pour vos interventions.

\*

\* \*

*La Commission procède ensuite à l'audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, accompagné de M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux.*

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Nous avons le plaisir de recevoir maintenant M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, ainsi que M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux.

**M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État.** Je tiens tout d'abord à remercier votre Commission d'avoir souhaité nous entendre pour cette première évaluation de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

Dès l'origine, la juridiction administrative a été associée, dans le cadre de ses attributions constitutionnelles comme dans celui des consultations effectuées depuis le lancement des travaux du « comité Balladur », à l'élaboration de cette réforme majeure. Avec le Conseil constitutionnel, concerné au premier chef, mais aussi avec la Cour de cassation, elle est aujourd'hui un acteur résolu de son application. Je suis donc particulièrement heureux qu'elle soit associée aujourd'hui à l'évaluation de la question prioritaire de constitutionnalité, la QPC, et puisse ainsi apporter sa contribution à « la réconciliation entre l'esprit public et les institutions, entre la société et les pouvoirs publics », pour reprendre les mots du président Warsmann.

Dans cet exposé liminaire, je me propose tout d'abord de dresser un état des lieux de la QPC, du point de vue de la juridiction administrative, six mois après l'entrée en vigueur de la loi organique. J'esquisserai ensuite un bilan de l'application de cette réforme par le Conseil d'État et les juridictions qui en relèvent. J'en viendrai, enfin, aux questions rémanentes que l'application de la loi organique peut encore poser. Je crois pouvoir répondre ainsi à l'ensemble du questionnaire que vous avez bien voulu nous transmettre préalablement.

L'état des lieux qui peut être dressé à ce stade de l'application de la QPC par les juridictions administratives revêt une double dimension, quantitative et qualitative.

Sur le plan quantitatif, au 26 août 2010 les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel avaient enregistré 507 questions prioritaires de constitutionnalité – 346 pour les tribunaux administratifs et 161 pour les cours administratives d'appel ; 71 de ces questions avaient alors été transmises au Conseil d'État. Nous ne connaissons pas le nombre des questions prioritaires de constitutionnalité soumises aux juridictions administratives spécialisées, en l'absence de recensement sur ce point, mais il est probablement très modeste. A l'heure actuelle, seules deux QPC ont été transmises au Conseil d'État par ces juridictions, l'une par le Conseil national de l'ordre des sages-femmes, l'autre par la Cour régionale des pensions de Poitiers.

Sous réserve d'une certaine marge d'incertitude, il n'existe qu'un seul cas dans lequel la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par l'une des juridictions

relevant du Conseil d'État n'a pas débouché sur un sursis à statuer de cette juridiction. Il s'agit d'une requête en matière de droit au logement opposable, contentieux dans lequel le tribunal administratif doit statuer dans un délai de deux mois, en application de l'article R. 778-1 du code de justice administrative. En l'espèce, l'absence de sursis à statuer correspond bien à l'une des hypothèses prévues au troisième alinéa de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Le sursis à statuer paraît en revanche s'être appliqué à toutes les autres QPC, y compris dans le domaine du contentieux des étrangers.

De même, bien que notre recul soit à ce jour très insuffisant, il n'existe pas, à notre connaissance, de cas dans lequel le refus de transmettre une question aurait été contesté à l'occasion d'un recours contre la décision réglant le litige. Nous avons en tout cas la certitude qu'aucun recours de ce type n'est actuellement pendant devant le Conseil d'État, en particulier lorsque des questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées, devant les tribunaux administratifs, dans des litiges qui ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation.

Toujours au 26 août dernier, le Conseil d'État avait été saisi directement de 104 QPC. Et sur l'ensemble des QPC qui avaient été traitées à cette date – au nombre de 130, tous modes de saisine confondus –, le Conseil d'État en a transmis 33 au Conseil constitutionnel, par 30 décisions juridictionnelles, la différence s'expliquant par la jonction de certaines affaires. Parmi ces 33 questions, 12 avaient été transmises par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel et 21 directement soumises au Conseil d'État. Ce dernier a donc transmis au Conseil constitutionnel 25,4 % des QPC sur lesquelles il a statué. A ces 33 questions renvoyées, il conviendrait d'en ajouter 18 faisant l'objet d'un sursis à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel sur des questions analogues déjà transmises. Devant le Conseil d'État, il n'existe aucun cas dans lequel le renvoi d'une QPC ne s'est pas accompagné d'un sursis à statuer.

Il me paraît également utile de préciser que l'essentiel des QPC enregistrées au Conseil d'État concerne la matière fiscale, qui représente environ 35 % du total. Le droit social et le droit des collectivités territoriales constituent les deux autres principaux domaines dans lesquels des questions prioritaires de constitutionnalité sont posées – respectivement, environ 17 % et 10 % des questions enregistrées. La place du contentieux fiscal est encore plus déterminante au niveau des cours et des tribunaux administratifs : 64 % des QPC enregistrées et 54 % des questions transmises au Conseil d'État portent sur cette matière.

Quant au délai moyen de jugement des questions prioritaires de constitutionnalité, il s'est établi devant le Conseil d'État, tous modes de saisine confondus, à 51 jours. Le délai minimum de traitement d'une QPC a été d'un jour, le délai maximum de 2 mois et 28 jours.

La représentation des parties devant le Conseil d'État en matière de QPC a été assurée par des avocats à la Cour dans 41,2 % des cas ; les questions présentées par le ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ont représenté 34,5 % du total ; celles présentées sans ministère d'avocat, 24,3 %.

Parmi les critères retenus par le Conseil d'État pour écarter une QPC, le plus usité est, de loin, celui tiré de l'absence de caractère sérieux de la question, puisqu'il motive environ 75 % des refus de transmission. Il se conjugue avec celui de l'absence de caractère nouveau, lequel ne pourra être que rarement employé compte tenu de l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009. Le critère tiré de ce que la disposition contestée ne doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les



motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel a pu également être utilisé, mais dans une bien moindre mesure – environ 6 % des refus de transmission. Il en va de même de la condition d'applicabilité de la disposition au litige, qui ne constitue que rarement un fondement de refus de transmission – ce critère ne représente qu'environ 10 % des cas. Il arrive par ailleurs que des QPC soient écartées en raison d'un incident de procédure – désistement ou non-lieu, par exemple.

Sur le plan qualitatif, je ne procéderai pas à une analyse approfondie des décisions rendues mais j'insiste sur le fait qu'au cours des quatre mois d'application « visible » de la loi organique, en excluant donc les mois de mars et d'août, une part non négligeable des questions qui avaient été soulevées, notamment par la doctrine, mais aussi par les juges, lors de la préparation du projet de loi organique et après son adoption, ont été résolues et que des éléments de réponse importants ont commencé d'être apportés à celles qui demeurent pendantes.

Tout d'abord, le champ d'application du dispositif a été précisé. Ainsi, la notion de « disposition législative » prévient d'interroger le Conseil constitutionnel, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle en vue de son application dans un litige, ou, cela va de soi, sur la constitutionnalité de dispositions réglementaires. S'agissant de la notion des « droits et libertés que la Constitution garantit », ont été tranchées, par exemple, les questions délicates de savoir si l'incompétence négative du législateur entre dans le champ de cette procédure, ou si une loi autorisant la ratification d'un traité est susceptible de faire l'objet d'une QPC. La question de savoir si une QPC peut porter sur une loi abrogée, mais en vigueur à la date du litige, a également été résolue par deux décisions, l'une du Conseil constitutionnel et l'autre du Conseil d'État dans l'affaire *Guibourt*, toutes deux rendues le 23 juillet 2010.

Dans son interprétation des critères de transmission des QPC, le Conseil d'État s'est attaché à retenir une lecture pleinement conforme à la lettre et à l'esprit de la loi organique. La condition d'applicabilité de la disposition au litige est ainsi appréciée de manière large, indépendamment de l'appréciation qui pourrait en être faite dans les contentieux classiques. Par exemple, il a été jugé qu'une disposition susceptible d'être *interprétée* comme régissant la situation à l'origine d'un litige est « applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ». Selon une logique similaire, le Conseil d'État a confirmé le caractère cumulatif des deux critères tirés de ce que la disposition contestée n'a pas été déclarée conforme à la Constitution, ni dans les motifs, ni dans le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, tout en estimant que l'existence d'une déclaration préalable de conformité s'apprécie indépendamment du motif de cette déclaration. L'appréciation du caractère nouveau de la question se fait, quant à elle, selon une grille d'analyse directement issue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a précisé la nature alternative de ce critère et en a donné une interprétation restrictive.

Je soulignerai, pour achever cet état des lieux, que le Conseil d'État s'attache, dans la motivation de ses décisions de transmission au Conseil constitutionnel, à faire preuve d'un certain laconisme, afin d'éviter tout pré-jugement de la question de constitutionnalité elle-même. Les refus de transmission sont, en revanche, davantage motivés. Le Conseil d'État veille aussi, dans un but de sécurité juridique et d'efficacité du dispositif, à renvoyer au Conseil constitutionnel des questions portant sur des ensembles cohérents de dispositions, alors même que certaines d'entre elles pourraient n'être pas immédiatement applicables au litige.

J'en viens au bilan.

A l'aune de ces différents éléments, l'appréciation que l'on peut porter sur les premiers mois d'application de l'article 61-1 de la Constitution est, à nos yeux, particulièrement positive. L'état des lieux que je viens de dresser souligne la pertinence des choix faits par le législateur organique. Je le souligne d'autant plus volontiers que des solutions assez ou même substantiellement différentes avaient pu être évoquées ou proposées, y compris par moi-même, lors des consultations qui ont précédé la révision de la Constitution et l'adoption de la loi organique.

En l'état actuel, le dispositif mis en place permet d'atteindre les trois objectifs assignés par le législateur organique.

Le premier de ces objectifs était d'« assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique ». Le mécanisme du double filtre et les critères de renvoi des questions au Conseil constitutionnel qui ont été retenus permettent, à l'évidence, d'œuvrer efficacement en ce sens.

Ce premier objectif ne peut être atteint qu'à la condition que le juge constitutionnel soit effectivement saisi des seules véritables questions de constitutionnalité qui se posent à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. Cela implique qu'il puisse pleinement remplir son office en la matière, sans être submergé par des questions qui n'en relèvent clairement pas. Il en résulte un devoir de coopération loyale entre les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridictions et le Conseil constitutionnel, impliquant de transmettre toutes les dispositions législatives suscitant un doute raisonnable quant à leur conformité à la Constitution, et d'écarter les autres. Le Conseil d'État s'est résolument inscrit dans cette perspective en prenant le risque, avant que ne se cristallise la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de lui renvoyer un peu trop de questions plutôt que trop peu. À cet égard, je constate qu'un nombre important de questions de constitutionnalité délicates, en lien avec des droits et libertés particulièrement sensibles, ont été transmises au Conseil constitutionnel et tranchées par lui. On peut penser, par exemple, aux questions liées à la cristallisation des pensions et à l'interdiction de se réclamer d'un préjudice du fait de sa naissance. Je me garderai bien sûr de négliger les importantes questions soumises par la Cour de cassation et concernant notamment la garde à vue, les juridictions maritimes ou la peine d'inéligibilité.

Je constate par ailleurs que, si le nombre de questions transmises au Conseil constitutionnel au cours du dernier semestre par les deux ordres de juridictions a été particulièrement important, et assez supérieur aux prévisions qui pouvaient être faites, le double filtre instauré par la Constitution et la loi organique a permis de rejeter un nombre non négligeable de questions indigentes ou manifestement dénuées de fondement, ce qui a favorisé le bon accomplissement de la mission dévolue au Conseil constitutionnel. Ce double filtre et les conditions dont il est assorti permettent en outre, et c'est un point important à mes yeux, de conserver une certaine solennité à la saisine du juge constitutionnel, ou autrement dit de ne pas rendre anodine la contestation de la loi. Ce mécanisme concilie, d'une part, le respect de l'autorité de la loi et l'impératif de sécurité juridique et, d'autre part, l'objectif d'assurer la constitutionnalité de notre ordre juridique.

Certes il est possible qu'à terme, la jurisprudence constitutionnelle sur l'interprétation des critères et des conditions de renvoi des questions, ainsi que sur la portée des normes constitutionnelles de fond, conduise le Conseil d'État, en régime de croisière, à réduire le nombre des saisines par rapport au flux soutenu observé depuis le mois d'avril. La

vérification progressive de la constitutionnalité du « stock » de législation en vigueur à la date du 1<sup>er</sup> mars dernier contribuera aussi à cette évolution. L'important n'est pas le volume, mais la pertinence des saisines du Conseil constitutionnel et la garantie que les lois appliquées dans notre pays sont bien conformes à la Constitution. À cet égard, les décisions de conformité rendues par le Conseil constitutionnel ne revêtent pas moins de portée et de signification que les décisions de non-conformité, dès lors qu'elles viennent purger des contestations sérieuses portant sur la validité de dispositions législatives.

Il reste que certaines questions relatives au champ d'application de la QPC devront encore être précisées ou résolues. Je pense en particulier, mais pas seulement, à l'invocation de l'incompétence négative du législateur, dont les critères d'appréciation, après une première décision très nette rendue en matière fiscale, doivent encore être précisés dans d'autres matières. Je pense également à la possibilité de transmettre une question portant sur la contrariété entre les droits et libertés que la Constitution garantit et *l'interprétation* d'une disposition législative par le juge. Sur ce sujet, le Conseil d'État a déjà pris position, dans les décisions *Mortagne* du 25 juin 2010 et *SCI la Saulaie* du 16 juillet 2010, en jugeant indissociable la loi de son interprétation par la jurisprudence.

Cela étant, on ne peut qu'être très favorablement impressionné par la capacité du dispositif conçu par le législateur organique à remplir le premier objectif qui lui était assigné, en s'autoréglant de manière satisfaisante dans un délai extrêmement bref.

Le deuxième objectif, qui consistait à « permettre au citoyen de faire valoir des droits constitutionnels » et de se réappropriier la plus haute norme de notre ordre juridique, est à nos yeux lui aussi en voie d'être atteint.

Une crainte plusieurs fois exprimée au cours des réflexions qui ont précédé la révision de la Constitution et le vote de la loi organique concernait l'effet d'éviction qu'aurait pu avoir le droit international sur la procédure de la question de constitutionnalité, du fait de l'équivalence que l'on rencontre fréquemment dans la définition des droits et libertés garantis par ces deux sources juridiques et dans la protection apportée par elles et, par ailleurs, d'une pratique plus ancienne du maniement des sources européennes et internationales par les justiciables et les avocats devant les juridictions – depuis 1975 dans l'ordre judiciaire et depuis 1989 dans l'ordre administratif. Les chiffres que j'ai rappelés – 610 QPC posées devant l'ensemble des juridictions administratives depuis le 1<sup>er</sup> mars – mettent en évidence que cet effet d'éviction n'a pas eu lieu et que les justiciables sont bien résolus à s'approprier les droits et libertés que la Constitution garantit.

Ont bien sûr concouru à ce succès la force expressive des décisions du Conseil constitutionnel, ainsi que l'efficacité – par leur effet *erga omnes* – des décisions de non-conformité, lesquelles ont pour effet d'abroger les dispositions non conformes à la Constitution, le cas échéant avec un effet différé et des mesures transitoires.

À cela s'ajoute le fait que plusieurs décisions importantes rendues par le Conseil constitutionnel ont très clairement mis en évidence la volonté des justiciables et la nécessité juridique de clarifier, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des questions qui auraient pu, de prime abord, être regardées comme ayant été déjà résolues par l'application du droit international. Tel était le cas, par exemple, de la question portant sur l'application rétroactive de la loi du 4 mars 2002 et des questions relatives au régime de cristallisation des pensions des anciens combattants, sur lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà été amenée à statuer ou était appelée à le faire. Au-delà de cette

exigence de clarification, les justiciables et leurs conseils prennent conscience que le champ des droits et libertés garantis par notre Constitution est plus large que le champ protégé par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : des dispositions « insaisissables » au regard de ces derniers peuvent être à bon droit critiquées au regard de notre loi fondamentale. J'observe d'ailleurs que les trois principaux domaines juridiques dans lesquels nous voyons poser des QPC – le droit fiscal, le droit social et le droit des collectivités territoriales – font partie de ceux dans lesquels le droit européen a une influence limitée.

Parallèlement à cette logique d'appropriation de la Constitution par les citoyens, les premiers mois d'application de l'article 61-1 ont permis d'approfondir certaines dynamiques au sein de la juridiction administrative.

D'une part, l'objectif d'efficacité que nous nous sommes fixé nous a conduits à perfectionner, dans le cadre de la mise en œuvre de la QPC, certains instruments que nous avons déjà mis en place dans le but de rationaliser le traitement des flux contentieux. Je pense notamment au dispositif qui permet, au sein de la juridiction administrative, le regroupement des affaires posant des questions analogues. Ce système permet de ne mener à son terme complet qu'une seule des affaires et de régler ensuite, au regard de la solution retenue, toutes celles qui sont restées en suspens. On évite ainsi que la même question soit étudiée par plusieurs juridictions et que le Conseil constitutionnel se trouve saisi de questions multiples portant sur des sujets identiques.

D'autre part, l'organisation qui a été retenue au Conseil d'État et dans les autres juridictions administratives, consistant à laisser les formations de jugement ordinaires assurer le filtrage des questions posées dans les matières qu'elles sont accoutumées à traiter, contribue de manière certaine à la dynamique d'efficacité et, en même temps, à l'appropriation du droit constitutionnel par chacun des membres de la juridiction.

Largement et bien utilisée, la QPC a eu pour effet de placer la Constitution au cœur du débat contentieux devant les juridictions administratives, en conduisant les justiciables ainsi que les juges à s'approprier la clef de voûte de notre ordre juridique.

Quant au troisième objectif auquel doit tendre le dispositif de la QPC, qui est d'« assurer la prééminence de la Constitution » dans notre ordre juridique, il requiert au préalable une articulation sereine entre la norme constitutionnelle et le droit international, en particulier le droit de l'Union européenne. Cette articulation est aujourd'hui réalisée à bien des égards, même si le processus qui y a conduit n'a pas été exempt d'incertitudes et d'interrogations, voire de tensions.

J'en arrive aux questions suscitées par l'application de la loi organique.

Celle qui concerne la conciliation du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec les exigences liées à l'application du droit de l'Union européenne, en particulier la condition d'effectivité de ce droit, telle qu'elle est interprétée par la Cour de justice depuis son arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, avait été évoquée à plusieurs reprises au cours des réflexions menées lors de l'élaboration de la loi organique et, en premier lieu, dans l'avis rendu par le Conseil d'État le 2 avril 2009, lorsqu'il a été oralement saisi en séance de la priorité à donner, au regard d'un même droit garanti, au moyen de constitutionnalité sur celui de conventionalité.

Si des incertitudes pouvaient encore subsister à la lecture du texte de la loi organique tel qu'il a été adopté, elles ont été réglées de manière satisfaisante par la décision du Conseil

constitutionnel du 12 mai 2010, à laquelle a fait écho celle du Conseil d'État du 14 mai de la même année, puis par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 juin 2010. Cet important arrêt n'a pas marqué une rupture, mais plutôt un approfondissement de la jurisprudence de la Cour de justice et n'a donc pas constitué une surprise. Sa lecture ne prête pas, selon moi, à hésitations ou à interrogations.

La rédaction retenue par la Cour est certes prudente, mais cette attitude s'explique aisément par un souci légitime de ne pas se placer en position d'arbitrer une divergence d'interprétation entre plusieurs cours suprêmes d'un même État au sujet d'une norme interne. La signification de l'arrêt n'en reste pas moins dépourvue d'ambiguïté : la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, telle qu'elle a été interprétée par la décision du 12 mai 2010, ne peut qu'être compatible avec le droit de l'Union.

Il en résulte que la question de constitutionnalité est bien prioritaire aussi longtemps que l'obligation d'assurer le plein effet du droit de l'Union n'y fait pas obstacle. Le juge français peut donc saisir la Cour de Luxembourg de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire à tout moment de la procédure, notamment avant la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ou à l'issue de celle-ci. Il peut – selon les termes de l'arrêt de la CJUE du 22 juin – « adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » et « laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause s'il la juge contraire au droit de l'Union ».

Par un *obiter dictum*, la Cour a en outre réglé l'hypothèse particulière dans laquelle un grief d'inconstitutionnalité serait dirigé contre une loi transposant correctement une directive de l'Union. Un tel grief pourrait revenir à mettre en cause la validité de la directive elle-même au regard d'un principe matériellement identique protégé par l'ordre juridique de l'Union. Or il appartient à la seule Cour de justice de porter une telle appréciation dans cet ordre juridique. Dans une pareille hypothèse, la question de la validité de la directive revêtirait, selon la Cour, un caractère préalable. Une articulation raisonnable de cette solution avec le mécanisme de la QPC pourrait conduire le juge interne, administratif ou judiciaire, à s'inspirer directement de la logique suivie par le Conseil d'État dans son arrêt *Arcelor Atlantique et Lorraine* du 8 février 2007, et à poser simultanément une QPC sur la loi au Conseil constitutionnel et une question préjudicielle à la Cour de justice sur la question de la validité de la directive, sous réserve de s'être assuré au préalable de l'équivalence des protections apportées par le droit interne et par le droit de l'Union et, au besoin, en requalifiant le moyen présenté par le justiciable.

Une deuxième question suscitée par l'application de la loi organique porte sur le point de savoir s'il est nécessaire de permettre au Conseil d'État, comme d'ailleurs à la Cour de cassation, de prendre des mesures provisoires ou conservatoires lorsqu'il est saisi d'une QPC. Cette question a pu naître d'une certaine lecture de l'arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2010 mais, devant le juge administratif, elle n'a pas véritablement d'objet. Lorsque le Conseil d'État statue en tant que juge du fond, il peut d'ores et déjà – tout comme les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel – prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessitées par l'urgence, y compris, le cas échéant, dans l'objectif d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Statuant comme juge de cassation, le Conseil d'État pourrait régler cette question par la voie jurisprudentielle en reconnaissant à son juge des référés la compétence de prendre de telles mesures.

Conviendrait-il, en dernier lieu, d'instaurer un mécanisme d'appel des décisions par lesquelles les cours suprêmes refuseraient de renvoyer des QPC au Conseil constitutionnel ? Un tel mécanisme pourrait certes être considéré comme apportant un supplément de régulation au système de la QPC. Pourtant, même si nous ne disposons que d'un modeste recul, le caractère très positif du bilan de l'application de la loi organique ne plaide pas pour la mise en place, en tout cas à bref délai, d'une telle voie de recours. Elle aurait en effet pour conséquence de neutraliser le filtre des cours suprêmes, en permettant à tous les justiciables insatisfaits de saisir le Conseil constitutionnel. Ce dernier se trouverait alors submergé de toutes les demandes fantaisistes ou manifestement infondées que le mécanisme du filtre a justement pour objet et pour effet de lui épargner.

De même, nous ne proposons pas, à ce stade, de modifier les critères du filtre tels qu'ils ont été définis par la loi organique. Les avantages éventuels d'un assouplissement du second filtre, celui des cours suprêmes, paraissent en effet bien aléatoires au regard de ses inconvénients : il pourrait en résulter un sérieux alourdissement, tout à fait inutile, de la charge du Conseil constitutionnel. Selon les données disponibles, à peine plus de 5 % des affaires de QPC traitées par les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs sont transmises par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel. Autrement dit, 95 % sont rejetées. Ce constat plaide en faveur du double filtre, assorti de critères plus restrictifs à la seconde étape – comme c'est aujourd'hui le cas : en l'état, le « taux de sélection » des QPC s'élève à environ 22 % au premier filtrage et à 24 % au second. Au total, les règles fixées par la loi organique me paraissant d'une grande pertinence, il me semble que le réglage très fin qui reste à assurer dans l'application pourrait être mieux assuré par les juges que par une retouche immédiate des dispositions en vigueur.

En conclusion, le système mis en place par la loi organique du 10 décembre 2009 fonctionne bien. Il a, certes, suscité de virulentes controverses au cours du deuxième trimestre, mais il a produit des résultats importants et même spectaculaires, tant par le nombre que par l'importance des questions posées et résolues, lesquelles portaient sur des enjeux majeurs. Au regard de ces résultats et de la capacité d'autorégulation dont le dispositif créé par le législateur organique a fait preuve, il n'existe pas, en l'état, de motif déterminant de procéder à une modification de la loi. À en juger par le nombre et l'importance des interrogations qui étaient formulées il y a six mois et auxquelles une réponse a été apportée, on peut gager que celles qui subsistent en trouveront également une dans les six prochains mois. Si tel n'était pas le cas, ou si de nouvelles questions apparaissaient, il serait alors temps, un an après l'entrée en vigueur du dispositif, d'utiliser la voie législative pour apporter les solutions nécessaires.

**M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État.** La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité a constitué, depuis le mois de mars dernier, un travail très important et très stimulant pour la section du contentieux.

Il s'agit d'un travail important : nous nous situons dans la fourchette haute des prévisions initiales. Celles-ci étaient naturellement difficiles à réaliser, mais nous nous attendions à des chiffres moins élevés que ceux évoqués par le vice-président. Cela démontre l'appropriation de la procédure par les justiciables et leurs conseils. Il est possible que le nombre de dossiers décroisse légèrement à l'avenir car un effet d'appel a pu se produire, provoquant la contestation de textes que, jusque là, il n'était pas possible de contester ; en outre, la jurisprudence que le Conseil constitutionnel a commencé d'établir va désormais fixer un cadre. Cela dit, la procédure n'est applicable que depuis quelques mois. Nous y verrons plus clair après une année complète d'application du dispositif. J'ajoute que la tâche s'est

révélée d'autant plus lourde que les délais sont brefs : il a fallu assurer une instruction accélérée et réaliser un travail immédiat sur les dossiers présentés.

Ce fut un travail passionnant pour les membres de la section du contentieux : il convenait de donner de premières interprétations, d'établir la manière dont les décisions devaient être rédigées, tout en se tenant à l'écoute du Conseil constitutionnel.

Les procédures retenues me paraissent tout à fait adaptées. Je voudrais souligner, en particulier, l'intérêt du mémoire distinct prévu par le législateur organique : il est important que la question de la constitutionnalité soit séparée du fond du dossier. C'était un choix très judicieux. En ce qui concerne l'utilisation des procédures de droit commun, nous avons très vite constaté – et nous n'avons d'ailleurs jamais éprouvé d'hésitation sur ce point – que pour statuer rapidement et avec sûreté sur une question de constitutionnalité, il importait de bien connaître l'environnement juridique du dossier : il est essentiel pour le bon fonctionnement de la procédure et pour le respect des délais que les questions de droit fiscal, par exemple, soient traitées par les formations du Conseil d'État compétentes en matière fiscale, ou que les questions relatives au droit du travail le soient par les sous-sections qui ont l'habitude d'en traiter.

Ma dernière observation portera sur la gestion des séries, en usage depuis longtemps devant les juridictions administratives. Ce mécanisme, qui permet des échanges très nombreux et très réguliers entre le Conseil d'État, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, a pu être mis en application, avec de très bons résultats, pour les questions prioritaires de constitutionnalité. De très nombreuses questions ont, en effet, été posées simultanément devant un assez grand nombre de juridictions, en particulier dans le domaine fiscal : la contestation d'une loi fiscale est souvent le fait de grands cabinets qui, intervenant à l'échelle nationale, posent la même question à un grand nombre de tribunaux administratifs. Il aurait été tout à fait déraisonnable que chacun de ces tribunaux l'examine et prenne une décision elle-même susceptible de contestation en appel. Notre mécanisme de gestion des séries a permis d'effectuer des regroupements, afin de ne traiter qu'un ou deux dossiers têtes de file et, le cas échéant, d'en saisir le Conseil constitutionnel.

**M. Jacques Alain Benisti.** Je comprends mal les craintes exprimées par le président Sauvé concernant la QPC. Je pense en particulier à la décision relative à la garde à vue. Si une disposition législative porte réellement atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, les articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel apporteront les protections nécessaires.

**M. Claude Goasguen.** Plus que sur les questions transmises, j'aimerais en savoir davantage sur les refus de transmettre. Sur quels éléments vous fondez-vous ? C'est l'un des aspects essentiels de la jurisprudence en cours de formation.

**M. Charles de La Verpillière.** Vous avez indiqué que la question de savoir si l'incompétence négative du législateur pouvait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité avait été tranchée. Pourriez-vous nous apporter des précisions ?

**M. Jean-Marc Sauvé.** Sur ce dernier point, le Conseil d'État a transmis une QPC portant sur la loi de 1966 qui, en bref, délègue au pouvoir réglementaire le soin de fixer le régime de déduction en matière de TVA. Cette incompétence négative évidente constituait-elle une atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ? Ayant un doute, nous avons renvoyé la question au Conseil constitutionnel. Dans sa décision *SNC Kimberly Clark* du 18 juin 2010, il a répondu, en l'espèce, par la négative. Les termes de la motivation du

Conseil constitutionnel conduisent toutefois à se demander si, dans d'autres cas, par exemple en matière de procédure pénale, une incompétence négative ne pourrait pas constituer une telle atteinte. Le cas échéant, nous devons donc solliciter le Conseil constitutionnel, afin qu'il puisse préciser sa jurisprudence.

S'agissant des refus de transmettre les QPC, nous avons appliqué avec rigueur la lettre et l'esprit de la loi organique. Qu'il s'agisse d'apprécier si une disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution, ou si elle est applicable au litige, ou encore si la question est nouvelle et présente une difficulté sérieuse, nous n'avons pas entendu exercer un contrôle occulte de constitutionnalité des lois. J'ai utilisé tout à l'heure une formule qui ne figure dans aucune décision du Conseil d'État mais qui en résume assez bien l'esprit : le « doute raisonnable ». À partir du moment où un tel doute existe, nous transmettons la question au Conseil constitutionnel. Par conséquent, lorsque nous rejetons une question au motif qu'elle est dépourvue de caractère sérieux, c'est qu'elle n'est vraiment pas sérieuse.

Monsieur Benisti, comprenez bien que nous ne formulons aucune critique sur les termes de la loi organique, dont je célèbre en tous points la pertinence et les mérites. À nos yeux, pas une ligne ne mérite d'être modifiée. Il nous apparaît néanmoins que la régulation du système pourrait être parachevée dans les mois qui viennent.

**M. Bernard Stirn.** Les refus de transmettre, effectivement nombreux, donnent lieu de la part du Conseil d'État à des décisions motivées, établissant pourquoi, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le grief d'inconstitutionnalité n'a pas un caractère sérieux.

Les dossiers les plus nombreux dont nous avons été saisis invoquaient la méconnaissance du principe d'égalité devant l'impôt. Même si l'on peut avoir une hésitation dans certains cas, il existe désormais une jurisprudence très nourrie du Conseil constitutionnel sur ce sujet : d'où de très nombreux arrêts par lesquels nous avons jugé qu'il n'existait pas de difficulté sérieuse. D'autres cas portaient sur la question de savoir si la loi garantissait le droit à un recours effectif : souvent, nous avons été amenés à constater que le grief n'était pas sérieux. Nous avons aussi été conduits plusieurs fois à conclure que le grief du caractère disproportionné des sanctions encourues n'était pas sérieux. Nous nous sommes appuyés, dans tous les cas, sur des jurisprudences bien établies du Conseil constitutionnel.

Enfin, dans les cas où nous avons transmis les QPC, j'observe que le Conseil a plus souvent jugé que la loi était conforme à la Constitution que l'inverse, ce qui montre que le filtre n'est pas très serré. J'ajoute que la différence entre les deux filtres est assez nette : en première instance, ce sont avant tout les recours fantaisistes qui sont éliminés ; puis, pour examiner si la question est sérieuse, le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent entrer davantage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Il me reste à vous remercier.

\*

\* \*



*Elle procède enfin à l'audition de M. Guy Carcassonne, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.*

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** J'ai maintenant le plaisir de souhaiter la bienvenue à M. Guy Carcassonne, professeur de droit public à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense.

**M. Guy Carcassonne, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense.** C'est toujours un plaisir et un honneur d'être auditionné par votre commission. Je m'efforcerai de répondre aux questions que vous avez bien voulu m'adresser.

Première question : « Quel regard portez-vous sur l'usage par les juridictions suprêmes des différents critères de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité qui ont été prévus par le législateur organique ? »

Lors des travaux du comité Balladur, auquel j'ai eu la chance d'appartenir, puis des débats relatifs à la loi organique, nous avons été un certain nombre à redouter que le filtre ne devienne un bouchon. Pour être tout à fait honnête, mes suspicions se dirigeaient plutôt du côté du Conseil d'État ; la suite a démontré combien j'avais tort car celui-ci, depuis le premier jour, joue parfaitement le jeu de la réforme. Malheureusement, je ne suis pas sûr que l'on puisse en dire autant de la Cour de cassation : elle a pris des décisions dont on dira si l'on veut être poli qu'elles peuvent surprendre, si l'on veut être franc qu'elles sont choquantes, si l'on est rigoureux qu'elles provoquent la consternation.

S'agissant de la loi Gayssot, ses défenseurs comme ses adversaires constatent unanimement depuis sa promulgation qu'elle pose, à l'évidence, un problème grave au regard de la liberté d'expression. Prétendre qu'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point ne présente pas un « caractère sérieux » n'est pas sérieux. Je ne comprends pas, et je ne crois pas être le seul juriste dans ce cas, comment la Cour de cassation a pu balayer le sujet – à vrai dire sans la moindre argumentation réelle, mais en invoquant seulement le fait que les divers éléments qui figurent dans la loi Gayssot ont une définition juridique indiscutable, ce que personne ne songeait à contester. Quelle que soit la réponse que pourrait donner le Conseil constitutionnel, comment nier que le fait d'imposer par la loi une vérité historique, dont le non-respect est passible de sanctions pénales, pose un problème de compatibilité avec la liberté constitutionnelle d'expression ?

De même, dans une série d'autres arrêts, la Cour de cassation a considéré que ce qui était en cause n'était pas la loi contestée, mais l'interprétation qu'elle-même donnait de la loi, ce qui lui paraissait un motif suffisant pour ne pas renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Stupeur, là encore ! Comment, en effet, distinguer la loi et son interprétation ? Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les fameuses « réserves d'interprétation » existent depuis de très nombreuses années, précisément parce que l'interprétation est consubstantielle au texte et qu'une interprétation peut le tirer vers l'inconstitutionnalité. Par définition, les interprétations données par la Cour de cassation, ou par le Conseil d'État, sont des interprétations autorisées. Or une loi qui autorise une interprétation inconstitutionnelle est elle-même inconstitutionnelle ; il va de soi que le juge constitutionnel doit trancher.

Troisième motif de surprise, enfin : la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions concernant des lois déjà abrogées, au motif que l'article 61-1 a vocation à déboucher sur l'abrogation. Or une loi abrogée n'a pas pour autant, si elle

est inconstitutionnelle, cessé de nuire. De surcroît, techniquement, même si la loi est déjà abrogée, la décision que le Conseil constitutionnel est appelé à prendre est bien une décision d'abrogation, abrogeant à une date différente de celle que le législateur avait cru devoir retenir.

Tout cela conduit à ce que des justiciables, dont le nombre commence à être conséquent et pourrait devenir impressionnant avec le temps, se trouvent purement et simplement frustrés d'un droit qui leur a été reconnu par la Constitution. Cette frustration est suffisamment grave pour mériter que le législateur se saisisse du problème, au moins pour y réfléchir. Je suis donc ravi que ce soit le cas.

Cela m'amène à votre deuxième question. « Le filtre des juridictions suprêmes est-il selon vous un mécanisme opérationnel ? » Sur le principe, je n'ai aucun doute. « Serait-il amélioré par une modification des critères ? » Je ne le crois pas. Ces critères, sagement pensés, fruit du travail commun de l'Assemblée nationale et du Sénat, sont tout à fait satisfaisants. « Ou bien conviendrait-il de prévoir un mécanisme d'appel des décisions des cours suprêmes sur le renvoi des QPC devant le Conseil constitutionnel ? » Le président de la commission des Lois du Sénat, M. Jean-Jacques Hyest, a déposé sur ce point une proposition de loi. Tout en regrettant beaucoup que l'on doive en arriver là, je ne verrais que des avantages à ce qu'une telle disposition soit adoptée.

J'ai néanmoins essayé de réfléchir à une formule susceptible d'aboutir au résultat souhaité, mais de manière moins dérogoire, moins traumatisante pour l'ensemble juridictionnel français. J'ai pris la liberté de la libeller sous la forme d'une proposition d'amendement que je me permettrai de vous remettre. Elle consisterait à créer au profit du Conseil constitutionnel une sorte de pouvoir d'évocation. Actuellement, l'article 23-7 de l'ordonnance organique dispose que le Conseil constitutionnel « reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité » ; je suggère qu'en outre, le Conseil constitutionnel lui-même puisse, lorsque cela lui paraît indispensable, demander à la Cour de cassation ou au Conseil d'État une nouvelle délibération – de la même manière que l'article 10 de la Constitution donne au Président de la République la possibilité de demander au Parlement une nouvelle délibération sur une loi. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation ou le Conseil d'État n'aurait à statuer que sur les deux premiers critères de renvoi au Conseil constitutionnel – l'applicabilité du texte au litige et le fait que la loi n'ait pas déjà été formellement déclarée conforme à la Constitution –, sans se préoccuper du troisième critère – le caractère sérieux du moyen. Mon premier objectif est que le Conseil constitutionnel soit en mesure d'attirer vers lui des contentieux dont il estime qu'ils appellent une intervention de sa part – pas nécessairement pour censurer la loi car, bien sûr, ce peut être pour confirmer la conformité de la loi à la Constitution. D'autre part, ce dispositif aurait à mes yeux la vertu de ne conduire personne à empiéter sur les prérogatives de quiconque mais, au contraire, de faire en sorte que nul ne puisse empiéter sur les prérogatives d'un autre. Un mécanisme de ce type, qui ne pose aucun problème de compatibilité avec la Constitution, permettrait de « déboucher le filtre » chaque fois que nécessaire. Pour l'optimiste que je suis, il est possible que la simple perspective de l'adoption d'un tel dispositif suffise à produire des effets miraculeux.

Troisième question : « Quelle lecture faites-vous de l'arrêt du 22 juin 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne ? ». Dans son arrêt Melki, la CJUE, sans surprise, a conclu à la parfaite compatibilité de l'article 61-1 et de la loi organique avec le droit communautaire. Néanmoins deux questions demeurent.

La première est épineuse. Elle concerne le cas où, sur une loi assurant la transposition fidèle et impérative d'une directive communautaire, seraient simultanément posées une question préjudicielle à la CJUE et une QPC au Conseil constitutionnel. Ce dernier serait, dans cette hypothèse, extrêmement mal à l'aise : s'il venait à déclarer cette loi contraire à la Constitution, cela reviendrait à déclarer aussi que la directive est contraire à la Constitution, pouvoir que le Conseil constitutionnel ne détient pas puisqu'il est le monopole de la CJUE. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a pas la possibilité de poser une question préjudicielle, tout simplement à raison du délai dans lequel est enfermée sa décision – un mois dans le cadre de l'article 61 et trois mois pour l'article 61-1, en vertu de la loi organique. Pour sortir de cette difficulté, il existe une solution simple : s'en remettre à la jurisprudence. D'aucuns suggèrent que la loi organique soit modifiée pour permettre au Conseil constitutionnel, dans ce cas qui ne peut être qu'exceptionnel et qui ne s'est jamais produit à ce jour, de ne pas respecter le délai de trois mois. Personnellement, je pense qu'une telle modification serait à la fois dangereuse et superflue : dangereuse, parce qu'elle pourrait inciter à toutes sortes de manœuvres dilatoires ; superflue, comme le note Francis Donnat dans un article du *Dalloz* du 8 juillet 2010, car il est possible de considérer, par une lecture combinée des articles 61-1 et 88-1, que le Conseil constitutionnel, dans ce cas précis, n'est pas tenu au respect du délai de trois mois et peut donc poser la question préjudicielle : c'est en effet la seule solution concevable ne portant atteinte ni à la Constitution ni aux traités européens. Si une question préjudicielle était posée à la CJUE, le Conseil constitutionnel serait conduit à surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la Cour et, une fois que celle-ci aurait été rendue, il pourrait reprendre son travail dans des conditions normales.

Quatrième question : « Considérez-vous qu'il serait nécessaire de permettre aux juridictions suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires lorsqu'elles sont saisies d'une QPC ? » Ma réponse est « oui » puisque, apparemment, c'est un problème – dont la matérialité me laisse cependant perplexe : je ne sais pas que la Cour de cassation, dans son histoire, ait été souvent conduite à prendre des mesures conservatoires ou provisoires, mais sans doute mon imagination est-elle atrophiée. Cela peut arriver, soit : le prévoir dans la loi organique éviterait donc de se poser des questions qui peuvent paraître un peu oiseuses.

Cinquième question : « La procédure mise en place pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel vous semble-t-elle satisfaisante ? » Oui. Je trouve que les parties ont le loisir de s'exprimer comme il convient et que les avocats se sont très vite accoutumés à le faire avec beaucoup de pertinence. Je veux en outre souligner le très remarquable travail du Secrétariat général du Gouvernement, qui défend imperturbablement la loi, avec peut-être plus ou moins de plaisir selon les cas mais toujours de manière extrêmement solide.

Sixième question : « Dans les premières décisions d'abrogation, le choix par le Conseil constitutionnel entre abrogation immédiate et *in futurum* vous semble-t-il pertinent ? » Oui, rien de choquant ne m'a sauté aux yeux.

De manière générale, je trouve que les décisions consécutives à des QPC apportent beaucoup. J'aurais dû commencer mon propos en soulignant le succès que cette procédure a d'ores et déjà rencontré. Telle ou telle décision peut appeler des critiques de ma part, mais peu importe ; seul compte le fait que, indubitablement, nous sommes entrés dans une nouvelle ère le 1<sup>er</sup> mars 2010, grâce au travail du constituant et du législateur organique. Il serait désolant que le déploiement de cette nouveauté soit contrarié par la persistance de comportements difficilement compréhensibles.

**M. Jacques Valax.** Plutôt que de donner au Conseil constitutionnel un pouvoir d'évocation, pourquoi ne pas aller jusqu'à conférer au citoyen le droit de le saisir directement ? Y a-t-il une impossibilité juridique ?

**M. Philippe Vuilque.** Votre proposition d'un pouvoir d'évocation me semble intéressante, un mécanisme d'appel n'étant peut-être pas souhaitable. Mais dans le cas où, le Conseil constitutionnel lui ayant demandé une nouvelle délibération, la Cour de cassation maintiendrait sa position, n'y aurait-il pas conflit entre les deux institutions ? Comment en sortirait-on ?

**M. Christian Vanneste.** Comment expliquez-vous la différence de pratique entre le Conseil d'État et la Cour de cassation ?

S'agissant de la loi Gayssot, la position de la Cour de cassation me paraît assez juste. M. Badinter avait très justement fait remarquer qu'on ne pouvait pas comparer la loi Gayssot et la loi Taubira : la seconde vise à dire la vérité historique, tandis que la première se réfère à une décision judiciaire du plus haut niveau, le tribunal de Nuremberg, ce qui lui donne tout son poids.

**M. Claude Goasguen.** Pourriez-vous développer vos explications sur les lois déjà abrogées ?

Par ailleurs, je suis pour ma part assez défavorable à un droit d'évocation. Si cette idée devait être approfondie, ne faudrait-il pas attendre un peu ? Sans doute faudra-t-il faire évoluer le système dans les années qui viennent, mais commençons par le laisser fonctionner ; une telle modification serait un bouleversement considérable de notre ordre politique et de notre ordre judiciaire, dont il faut mesurer les conséquences du côté de la Cour de cassation.

**M. Pierre Morel-A-L'Huissier.** Une haute juridiction possédant un pouvoir d'évocation ne statue-t-elle pas d'elle-même ? Peut-on également qualifier ainsi une demande de nouvelle délibération ?

**M. Étienne Blanc.** Trois solutions s'offrent à nous : le *statu quo*, l'appel et l'évocation.

La mise en place d'un mécanisme d'évocation aurait des conséquences qui dépasseraient la loi organique : en renforçant considérablement les pouvoirs du Conseil constitutionnel, nous irions vers la mise en place d'une sorte de cour suprême. Qu'en pensez-vous ?

Dans le cadre d'un mécanisme d'appel, ne serait-il pas possible, pour se prémunir du risque d'engorgement du Conseil constitutionnel, de mettre en place au niveau du Conseil lui-même un filtre, consistant en l'examen de la recevabilité des appels – dont certains apparaîtraient ainsi manifestement infondés ?

**M. Guy Carcassonne.** Monsieur Valax, j'avais moi-même défendu, au sein du comité Balladur, l'idée d'un contrôle diffus, signifiant que n'importe quel juge pourrait exercer un contrôle de constitutionnalité et qu'ensuite, sa décision pourrait remonter devant le Conseil constitutionnel, à l'instar de ce qui existe dans d'autres systèmes juridiques. Je persiste à penser que ce régime possède des vertus mais je me suis volontiers laissé convaincre par les objections de mes collègues du comité Balladur, notamment le souci impérieux d'éviter qu'un doute excessif et éventuellement infondé sur la constitutionnalité de la loi ne porte atteinte en permanence à l'autorité de celle-ci. De même, a été écartée l'idée

que tout juge puisse de lui-même saisir le Conseil constitutionnel : dans le monde très médiatisé où nous vivons, n'importe quelle juridiction, sur n'importe quel sujet, aurait pu créer l'événement en saisissant le Conseil constitutionnel ; cela aurait conduit à une instabilité sans doute nuisible à la dignité de la loi. J'ajoute que, pour instituer un recours direct, il faudrait évidemment commencer par une nouvelle révision de la Constitution.

Monsieur Vuilque, dans le mécanisme que je propose, la Cour de cassation ou le Conseil d'État n'aurait à se prononcer, dans le cadre d'une nouvelle délibération, que sur les deux premiers critères, très raisonnablement objectifs. Premièrement, la loi s'applique-t-elle au litige ? Deuxièmement, a-t-elle déjà été formellement déclarée contraire à la Constitution ? Dans une affaire concernant la loi Gayssot, si la Cour de cassation constatait que ces deux critères sont réunis, le renvoi au Conseil constitutionnel serait automatique. Du fait de la disparition du troisième critère, le risque d'une querelle persistante me paraît donc matériellement inexistant.

Monsieur Vanneste, il ne m'a pas échappé que la loi Gayssot diffère de la loi Taubira et qu'elle se réfère au jugement du tribunal de Nuremberg. Le problème n'est pas pour autant réglé car il n'est que déplacé : au cas de la vérité historique par détermination de la loi s'ajoute celui de la vérité historique par détermination d'une juridiction. N'importe qui a le droit de critiquer les arrêts de n'importe quelle juridiction, même celle de Nuremberg. N'importe qui est en droit de considérer que les faits sur lesquels une juridiction fonde sa décision sont inexacts. Il y a une vérité judiciaire, dont la juridiction a le monopole ; mais personne n'a le monopole de la vérité historique. Qu'il s'agisse de vérité historique ou d'autre chose – et nul besoin de préciser que mon propos n'est pas inspiré par une sympathie envers les négationnistes –, dire à quelqu'un que ce qu'il croit ne peut pas être publié sous peine de sanctions pénales pose, à tout le moins, un problème sérieux au regard de la liberté d'expression. J'ignore si le Conseil constitutionnel aurait censuré la loi Gayssot ou s'il la censurera un jour, mais il faut au moins que la question lui soit posée.

Monsieur Goasguen, il y a quelque chose d'étrange, c'est vrai, à utiliser la QPC, procédure destinée à obtenir une abrogation, à propos d'une loi déjà abrogée ; mais prenons un exemple simple. Une loi est adoptée en 2005 puis abrogée en 2008. Bien entendu, elle continue à produire ses effets pour tous ceux qui y ont été soumis. Certains d'entre eux considèrent qu'elle est contraire à la Constitution et posent une QPC. Le Conseil d'État transmet sans hésiter ; la Cour de cassation, non. Refuser le renvoi revient à dire que le moyen, c'est-à-dire l'abrogation, fait oublier la fin poursuivie par l'article 61-1, c'est-à-dire la protection des droits et libertés que la Constitution garantit. Si le Conseil constitutionnel, saisi, constate que la loi est inconstitutionnelle, l'abrogation prononcée par le législateur en 2008 va se trouver avancée dans le temps, vraisemblablement à 2005.

**M. Claude Goasguen.** Ce n'est pas ce qu'a fait le Conseil constitutionnel à propos de la garde à vue.

**M. Guy Carcassonne.** Sur ce sujet, il a laissé au législateur le soin de prendre les décisions qu'il estimera judicieuses.

S'agissant de « l'évocation », je devrais peut-être retirer le mot car ce n'est qu'une image. Dans la proposition d'amendement que j'ai rédigée, il est question de « nouvelle délibération », formule qui évite les malentendus. Cela dit, je peine un peu à vous suivre lorsque vous annoncez « un bouleversement considérable de notre ordre politique et de notre ordre judiciaire ». Ce serait en tout cas un bouleversement infiniment moindre que celui qui

consisterait à instituer un véritable appel, auprès du Conseil constitutionnel, des décisions de la Cour de cassation ou du Conseil d'État.

**M. Claude Goasguen.** Sur ce point, je suis d'accord.

**M. Guy Carcassonne.** Je conviens bien volontiers avec vous que la réforme est jeune et qu'il faut lui laisser le temps de fonctionner. Mais les données du problème sont connues, les protagonistes ne sont que trois – le Conseil d'État, la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel – et leurs attitudes respectives sont claires. Quelque décision que vous preniez, je n'imagine pas que vous soyez conduits à vous exprimer par un vote avant le mois d'octobre, au plus tôt. Si, d'ici là, nous avons la très vive satisfaction de voir le filtre fonctionner dans l'esprit voulu par le législateur, personne ne s'en plaindra et nul ne ressentira plus l'envie ou le besoin de modifier le droit existant. Dans le cas contraire, en revanche, il faudra examiner cette éventualité.

Monsieur Morel-À-L'Huissier, celui qui évoque est en effet normalement conduit à statuer lui-même. C'est la raison pour laquelle je viens de retirer ce terme. On pourrait plutôt parler de possibilité d'attirer, la décision restant formellement prise par la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Une procédure de ce type ferait-elle du Conseil constitutionnel une cour suprême ? Cette question de M. Blanc renvoie à celle de M. Vanneste : comment expliquer ce qui s'est produit ? J'ai du mal à expliquer ce qui me paraît inexplicable, mais je peux tenter quelques conjectures. Avant même la révision de la Constitution et l'adoption de la loi organique, j'ai eu le sentiment que certains, en particulier du côté de la Cour de cassation, percevaient l'existence même d'un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois comme un chemin conduisant fatalement à la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême, et donc comme une agression. Peut-être est-ce pour cela qu'ils ont réagi comme ils l'ont fait, mais je crois que c'est une erreur profonde. Les rôles de chacune de ces trois hautes juridictions sont très clairement identifiés, aucune d'entre elles n'est placée en surplomb des deux autres. Le Conseil d'État a de bonnes relations avec le Conseil constitutionnel – et je ne crois pas qu'il soit moins ombrageux quant à son image et son autorité que ne l'est la Cour de cassation. Le mécanisme que je propose n'est certainement pas susceptible de faire du Conseil constitutionnel une cour suprême : il ne vise qu'à garantir le plein respect des intentions légitimes et fécondes que vous avez exprimées lorsque vous avez adopté l'article 61-1 puis la loi organique, au profit des citoyens. Sur le principe, je suis d'accord avec l'idée qu'il faut laisser passer un peu de temps, mais si le temps s'écoule dans de mauvaises conditions, des justiciables sont frustrés d'un droit que leur reconnaît la Constitution.

Quant à l'idée d'organiser un filtre en matière d'appel, elle ne pose aucun problème. Si une procédure d'appel était instituée, j'imagine que le Conseil constitutionnel créerait aussitôt en son sein une instance chargée d'examiner la recevabilité des dossiers transmis.

**M. le président Jean-Luc Warsmann.** Merci beaucoup pour ces échanges.

\*

\* \*

*La séance est levée à 12 heures 30.*

### **Membres présents ou excusés**

*Présents.* - M. Jacques Alain Bénisti, M. Étienne Blanc, M. Claude Bodin, M. René Dosière, M. Guy Geoffroy, M. Claude Goasguen, M. Philippe Goujon, M. Charles de La Verpillière, M. Pierre Morel-A-L'Huissier, M. Yves Nicolin, M. Dominique Perben, M. Jean-Jacques Urvoas, M. Daniel Vaillant, M. Jacques Valax, M. André Vallini, M. Christian Vanneste, M. Michel Vaxès, M. Patrice Verchère, M. Jean-Sébastien Vialatte, M. Philippe Vuilque, M. Jean-Luc Warsmann

*Excusés.* - Mme Brigitte Barèges, Mme Danielle Bousquet, M. Julien Dray, M. Philippe Gosselin, Mme Marietta Karamanli, Mme Sylvia Pinel, M. Bernard Roman

*Assistait également à la réunion.* - M. Jérôme Cahuzac