



DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU

DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES

Paris, le 24 février 2010

Circulaire

Date d'application : 1^{er} mars 2010

Le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des libertés

à

**Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation
Monsieur le Procureur Général de ladite Cour**

**Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents des Cours d'appel
Mesdames et Messieurs les Procureurs Généraux près lesdites Cours
(Métropole et Outre-Mer)**

**Messieurs les Présidents des Tribunaux Supérieurs d'appel,
Messieurs les Procureurs de la République près lesdits Tribunaux**

POUR INFORMATION

**Monsieur le Directeur de l'Ecole Nationale de la Magistrature
Monsieur le Directeur de l'Ecole Nationale des Greffes
Monsieur le Président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce**

N° NOR : JUSC1006154C

N° CIRCULAIRE : CIV/04/10

Référence de classement : C3/1-5-5 bis/EdL

O B J E T : Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution
Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

Mots clés : *Conseil constitutionnel ; Cour de cassation ; Question prioritaire de constitutionnalité ; procédure civile ; procédure pénale.*

Titre détaillé : Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.

Publication : La présente circulaire sera publiée au bulletin officiel et diffusée sur l'intranet de la Direction des affaires civiles et du sceau et de la Direction des affaires criminelles et des grâces et le Web justice.

MODALITES DE DIFFUSION

Diffusion assurée par le Ministère de la Justice et des Libertés
En 1 exemplaire aux chefs de la Cour de cassation et, par messagerie, aux chefs des cours d'appel à charge pour eux d'en assurer la diffusion à tous les magistrats et juges de toutes les juridictions de droit commun et d'attribution de leur ressort,
ainsi qu'aux magistrats du parquet et aux chefs de greffe.

Sommaire

INTRODUCTION ET PRESENTATION SYNTHETIQUE DE LA REFORME.....	4
1. L'OBJET DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE	6
1.1. La contestation d'une disposition législative	6
1.2. La norme constitutionnelle invoquée à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité.....	8
1.3. Une condition obstacle : la disposition ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances.....	10
2. LA PROCEDURE APPLICABLE A LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE POSEE DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES.....	11
2.1. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.....	12
2.2. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité	15
2.3. Le recours contre la décision statuant sur la transmission question prioritaire de constitutionnalité.....	28
2.4. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation	31
3. LA PROCEDURE APPLICABLE A LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE POSEE DEVANT LES JURIDICTIONS PENALES.....	33
3.1. Le champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité	33
3.2. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.....	34
3.3. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité	37
3.4. La décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité	39
3.5. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation	42
4. LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LA COUR DE CASSATION	43
4.1. La procédure aux fins de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité	43
4.2. Les règles propres à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'un pourvoi en cassation.....	46
5. LES DISPOSITIONS FINALES.....	47
5.1. L'entrée en vigueur de la réforme	47
5.2. L'application de la réforme outre-mer	47
TABLE DES MATIERES.....	50

Introduction et présentation synthétique de la réforme

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit dans la Constitution du 4 octobre 1958 un article 61-1 disposant que : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* » (loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République).

La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution détermine les conditions d'application de cette réforme. A cet effet, elle complète l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (ci-après OO) par un chapitre II bis consacré à la question prioritaire de constitutionnalité.

Ces dispositions sont complétées par un décret n° 2010-148 du 16 février 2010, qui précise la procédure applicable devant les juridictions administratives, civiles et pénales, et un décret n°2010-149 du même jour, organisant la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

Pour permettre le contrôle par le Conseil constitutionnel, par voie d'exception, des dispositions législatives promulguées, la réforme instaure un dispositif en trois étapes.

La première étape se déroule devant toute juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. A l'occasion d'une instance en cours, une partie peut désormais soulever un moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Ce moyen est qualifié par la loi organique de question prioritaire de constitutionnalité.

Lorsqu'une telle question est posée devant une juridiction judiciaire, il incombe à celle-ci de statuer sans délai sur sa transmission à la Cour de cassation. Cette transmission doit être ordonnée dès lors que la disposition législative contestée est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites, qu'elle n'a pas déjà, sauf changement des circonstances, été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel et que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Cette transmission impose, en principe, à la juridiction initialement saisie de sursoir à statuer sur le fond de l'affaire.

La deuxième étape se déroule devant la Cour de cassation, qui est chargée de se prononcer sur le renvoi au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité transmises par une juridiction judiciaire ou soulevées à l'occasion d'un pourvoi en cassation. La Cour de cassation se prononce dans un délai de trois mois suivant sa saisine. Si elle estime n'y avoir lieu à un tel renvoi, elle en informe la juridiction devant laquelle la question a été soulevée, pour permettre à celle-ci de statuer sur l'affaire.

Enfin, troisième étape, lorsque la Cour de cassation renvoie la question au Conseil constitutionnel, celui-ci statue sur la conformité à la Constitution de la disposition législative en cause. La décision du Conseil constitutionnel revêt une portée générale, qui excède l'affaire au cours de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée. La disposition déclarée inconstitutionnelle est abrogée et la disposition déclarée constitutionnelle ne pourra plus faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, sauf « changement des circonstances » (voir n°1.3.2, p. 11).

La présente circulaire a pour objet de présenter l'application de cette réforme devant les juridictions judiciaires. Après une présentation de l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité (1), sont successivement abordés l'examen de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par les juridictions civiles (2) et pénales (3), puis l'examen du renvoi de la question par la Cour de cassation (4).

Les dispositions relatives à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel feront l'objet d'une circulaire distincte.

1. L'objet de la question prioritaire de constitutionnalité

1.1. *La contestation d'une disposition législative*

Il appartiendra à la jurisprudence du Conseil constitutionnel de préciser la portée exacte de la notion de « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Au vu, notamment, des débats parlementaires ayant précédé la révision constitutionnelle puis l'adoption de la loi organique, il est néanmoins possible de distinguer les éléments suivants.

1.1.1. Ce qui est inclus dans le champ

Toute disposition de forme législative, votée par le Parlement et promulguée par le Président de la République, peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. En outre, il convient de préciser le statut des ordonnances, ainsi que celui des lois du pays de la Nouvelle-Calédonie.

Cas des lois antérieures à 1958. Entrent dans le champ de la nouvelle procédure les lois adoptées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958.

Il résulte clairement des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 que le constituant a entendu que toutes les dispositions législatives antérieures à 1958 et non expressément abrogées pourraient être visées par une question prioritaire de constitutionnalité. Cette volonté correspond à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la nouvelle procédure, qui a notamment pour objet de purger l'ordre juridique des lois contraires à la Constitution¹.

Cas des lois promulguées depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de la Vème République. Elles entrent, naturellement, dans le champ de la nouvelle procédure. Le fait qu'elles seraient intervenues en dehors du domaine attribué à la loi par l'article 34 de la Constitution est, à cet égard, sans incidence : ces dispositions conservent leur caractère législatif tant que le Gouvernement n'a pas procédé à leur modification par décret, après constatation par le Conseil constitutionnel de leur caractère réglementaire, selon la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

Cas des lois organiques. S'agissant des lois organiques dont l'intervention est prévue par certaines dispositions de la Constitution, elles doivent, avant leur promulgation, être soumises au Conseil constitutionnel, qui en contrôle l'ensemble des dispositions (article 46 de la Constitution). Pour autant, cette circonstance ne permet pas de les exclure, par principe, du périmètre de la question prioritaire de constitutionnalité : en effet, les justiciables peuvent invoquer un changement des circonstances, de droit ou de fait, pour solliciter le réexamen par le Conseil constitutionnel de dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution (voir 1.3.2).

Cas des ordonnances organiques prises sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution. S'agissant des ordonnances organiques prises par le Gouvernement, en 1958 et

¹ Voir, en ce sens, rapport de M. Jean-Luc Warsmann, pour la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1898, p. 8

1959, pour mettre en place les institutions de la Vème République, l'ancien article 92 de la Constitution leur a expressément conféré force de loi. Elles doivent, dès lors, être regardées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 et pourront ainsi faire l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité². Elles n'ont, d'ailleurs, jamais été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Cas des ordonnances des articles 38 et 74-1 de la Constitution. Dès lors qu'elles ont été ratifiées par le législateur, les ordonnances de l'article 38 acquièrent rétroactivement valeur législative (voir, par exemple, CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres*, n° 199072). Il en est de même des ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution, propres aux collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et à la Nouvelle-Calédonie.

Cas des lois du pays de la Nouvelle-Calédonie. L'article 3 de la loi organique du 10 décembre 2009 a expressément prévu que les dispositions d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

1.1.2. Ce qui est exclu du champ :

Certains actes votés par le Parlement ne peuvent pas être contestés par la voie de la nouvelle procédure. Ainsi, ni les règlements des assemblées, ni les résolutions mentionnées aux articles 34-1 et 88-4 de la Constitution, ni les avis prévus à l'article 88-6 ne sont des dispositions législatives. Ils ne peuvent donc faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Les actes réglementaires du Gouvernement n'entrent pas dans le champ de l'article 61-1. Le contrôle de leur conformité à la Constitution continue de relever du Conseil d'Etat³.

En particulier, tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par le législateur, les dispositions des ordonnances prises sur le fondement des articles 38 ou 74-1 de la Constitution et qui relèvent du domaine de la loi demeurent, formellement, des actes réglementaires ; elles ne peuvent, en conséquence, faire l'objet de la nouvelle procédure (à l'inverse des lois de ratification et des ordonnances ratifiées, voir 1.1.1).

De la même manière, les décrets-lois intervenus avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la V^{ème} République ne sont pas, en principe, des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution : pris par le Gouvernement sur la base d'une habilitation donnée par le Parlement, il s'agit d'actes réglementaires (voir CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*). Il n'en va autrement que s'ils ont postérieurement été ratifiés ou modifiés par une loi, ou même simplement repris tels quels ou visés dans une loi.

² *Idem*, p. 45

³ Sous réserve des dispositions de l'article 111-5 du code pénal attribuant compétence aux juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs, y compris réglementaires, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis.

1.2. La norme constitutionnelle invoquée à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité

Généralités. En vertu de l'article 61-1 de la Constitution, le moyen doit se fonder sur une atteinte aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Certaines des normes figurant dans la Constitution ne pourront être invoquées, à l'appui des questions prioritaires de constitutionnalité : en particulier, il ne sera pas possible de soutenir que la disposition législative contestée a été prise en méconnaissance de règles constitutionnelles à caractère procédural, telles que celles précisant les conditions d'élaboration et d'adoption de la loi. Doit toutefois être distinguée l'hypothèse dans laquelle serait invoquée « l'incompétence négative » du législateur, c'est-à-dire le fait pour le Parlement de « reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁴, lorsque cette insuffisance de la loi aura privé le justiciable du bénéfice d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garanti. Il appartiendra au Conseil constitutionnel de se prononcer sur cette question, qui n'a pas été tranchée lors des débats parlementaires⁵.

Il n'en demeure pas moins que les normes constitutionnelles susceptibles d'être invoquées par les justiciables sont très larges, puisqu'il s'agit de l'ensemble des droits et libertés figurant dans le « bloc de constitutionnalité ». Les justiciables pourront, en principe, se prévaloir de l'ensemble des droits et libertés en vertu desquels le Conseil constitutionnel assure le contrôle de constitutionnalité *a priori*, dans le cadre de la procédure de l'article 61⁶.

Droits et libertés garantis par des dispositions de la Constitution elle-même. Seront ainsi invocables les droits et libertés protégés par des dispositions de la Constitution elle-même, tels que l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion, le respect de toutes les croyances et le principe de laïcité (article 1er), ou encore l'interdiction de toute détention arbitraire et le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle (article 66).

Droits et libertés garantis par le Préambule de la Constitution. Figurent également au nombre des droits et libertés pouvant être invoqués par les justiciables ceux qui sont énoncés dans les textes cités par le Préambule de la Constitution, aux termes duquel « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 constitue une source particulièrement riche de normes invocables par les justiciables dans le cadre de la nouvelle procédure. En effet, elle proclame un certain nombre de droits et libertés individuels auxquels le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, donne une portée adaptée à l'époque contemporaine. Outre le principe d'égalité, énoncé à l'article 1^{er}, peuvent être cités la liberté

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 29.

⁵ Voir le rapport de M. Warsmann, p. 46-47 ; rapport de M. Hugues Portelli, rapporteur pour la Commission des lois du Sénat, n° 637, p. 40.

⁶ Rapport de M. Warsmann, p. 22.

d'opinion et de communication (articles 10 et 11), les principes fondamentaux de la procédure pénale tels que la non-rétroactivité des lois, la présomption d'innocence, le principe de légalité des délits et des peines, la nécessité des peines (articles 7 à 9), ou encore le droit de propriété (article 17).

Préambule de la Constitution de 1946

Le préambule de la Constitution de 1946 comporte également l'affirmation de droits et libertés qui pourront être invoqués par les justiciables. D'une part, elle proclame une série de principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps », dont la jurisprudence constitutionnelle a précisé la portée. Il s'agit notamment du droit de grève, de la liberté syndicale ou encore du droit d'asile. D'autre part, elle fait référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Le Conseil constitutionnel a progressivement dégagé les critères permettant d'identifier ces principes auxquels il a reconnu valeur constitutionnelle : il s'agit de principes affirmés par une législation intervenue sous un régime républicain antérieur à l'entrée en vigueur du Préambule de 1946 et qui n'ont connu aucune exception au fil des différentes lois successives. Figurent notamment parmi ces principes la liberté d'association (Cons. Const., 15 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC), les droits de la défense (2 décembre 1976, déc. n° 76-70 DC) ou encore la liberté de l'enseignement (23 novembre 1977, déc. n° 77-87 DC).

Charte de l'environnement de 2004

La Charte de l'environnement a été adossée à la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005. Le Conseil constitutionnel a reconnu que l'ensemble des droits et devoirs énoncés dans la Charte avait valeur constitutionnelle (19 juin 2008, déc. n° 2008-564 DC). Parmi les droits et libertés que pourront invoquer les justiciables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité figure, par exemple, l'obligation pour les autorités publiques d'adopter des mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation d'un dommage dont la réalisation, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement (article 5).

Cas des objectifs à valeur constitutionnelle. Il n'est pas certain que les objectifs à valeur constitutionnelle⁷, dégagés par le Conseil constitutionnel, puissent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel n'en a pas fait application, à ce jour, pour censurer les dispositions législatives soumises à son contrôle, mais plutôt pour fonder la compétence du législateur et contrôler la conciliation entre de tels objectifs et certains principes constitutionnels. C'est ainsi que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle qui justifie certaines limites posées par la loi au droit de propriété (Cons. Const., 29 juillet 1998, déc. n° 403 DC). Ces objectifs ne paraissent pas constituer, en eux-mêmes, des droits dont pourraient se prévaloir les justiciables⁸. Il conviendra par conséquent d'être attentif à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point.

⁷ Au nombre desquels figurent notamment la sauvegarde de l'ordre public, le pluralisme des courants d'expression socio-culturels ou encore la bonne administration de la justice.

⁸ Voir, en ce sens, rapport précité de M. Hugues Portelli, p. 40.

1.3. Une condition obstacle : la disposition ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances

1.3.1. Le principe : la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel

Quelle que soit la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée, celle-ci ne peut être transmise à la Cour de cassation ou renvoyée par la Cour au Conseil constitutionnel que si la disposition contestée « *n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* » (2° de l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, s'agissant des juridictions relevant de la Cour de cassation ; article 23-4 s'agissant de la Cour de cassation).

Ne doivent être prises en compte, pour apprécier si cette condition est remplie, que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son office de juge de la constitutionnalité de la loi, que ce soit sur le fondement de l'article 61 ou désormais de l'article 61-1 de la Constitution, et non pas, par exemple, les décisions qu'il rend pour le déclassement de dispositions ayant forme législative.

La précision selon laquelle la disposition contestée ne doit pas avoir été déclarée conforme, non seulement dans le dispositif, mais également dans les motifs d'une décision du Conseil constitutionnel, vise à tenir compte d'une évolution de la jurisprudence du Conseil. Jusqu'en 1993, le Conseil constitutionnel faisait figurer dans le dispositif de ses décisions un article déclarant conformes à la Constitution l'ensemble des dispositions dont il ne prononçait pas la censure. Pour autant, il ne se livrait pas à un contrôle exhaustif de ces dispositions ; seules les violations graves et manifestes de la Constitution étaient relevées d'office⁹.

La pratique du Conseil a évolué : il limite aujourd'hui la déclaration de conformité, dans le dispositif de ses décisions, aux seuls articles discutés devant lui et examinés dans les motifs desdites décisions.

La rédaction du 2° de l'article 23-2 a donc pour objectif de permettre le contrôle de constitutionnalité, par la voie de la nouvelle procédure, de dispositions certes déclarées conformes dans le dispositif de décisions du Conseil constitutionnel intervenues avant 1993, mais qui n'ont pas été expressément examinées dans les motifs de ces décisions.

⁹ C'est ce qu'exprime le « considérant-balai » qui concluait habituellement les motifs des décisions du Conseil, aux termes duquel, « *en l'espèce, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen* ». Cette formule n'avait pas pour objet de conférer un brevet de constitutionnalité à ces « *autres dispositions* », mais uniquement d'indiquer qu'elles n'étaient pas entachées d'une inconstitutionnalité manifeste, ce qui n'exclut pas qu'elles soient contraires à un principe constitutionnel n'ayant pas été invoqué par les requérants.

1.3.2. L'exception : le changement des circonstances autorisant la question prioritaire de constitutionnalité

Exceptionnellement, en raison du changement des circonstances, qu'il s'agisse des circonstances de droit ou des circonstances de fait, il pourra être justifié de poser à nouveau la question de la constitutionnalité d'une loi au Conseil constitutionnel, alors même que celui-ci l'aurait déjà déclarée conforme à la norme suprême, dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.

Comme le Conseil constitutionnel l'a lui-même précisé à l'occasion de l'examen de la loi organique du 10 décembre 2009 (3 décembre 2009, déc. n° 2009-595 DC¹⁰), la réserve du « changement des circonstances » vise « *les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée* » ; en revanche, il ne s'agit nullement de prendre en compte les circonstances propres au cas d'espèce qui a donné lieu à l'instance au cours de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée.

Ainsi, parmi les changements dans les circonstances de droit, l'adoption, en 2005, de la Charte de l'environnement, au rang de norme constitutionnelle, est susceptible d'avoir une incidence sur la constitutionnalité de lois qui avaient été déclarés conformes par le Conseil constitutionnel avant son entrée en vigueur.

Au titre des changements dans les circonstances de fait pouvant appeler à réexaminer une question tranchée de longue date, dans un autre état de la société, il est possible de mentionner les changements intervenus dans les domaines marqués par une évolution rapide des techniques, comme la bioéthique ou les technologies de l'information et de la communication, ou encore les évolutions démographiques, s'agissant par exemple d'une loi procédant à la délimitation de circonscriptions électorales.

2. La procédure applicable à la question prioritaire de constitutionnalité posée devant les juridictions civiles

Préliminaire : champ d'application : La présente partie expose les règles s'appliquant aux instances dont les juridictions civiles sont saisies. Ces règles sont prévues, outre par la loi organique, par le nouveau titre V bis inséré dans le livre premier du code de procédure civile et comprenant les articles 126-1 à 126-12.

Conformément à l'article 749 du code de procédure civile, ces dispositions du code de procédure civile s'appliquent devant toutes les juridictions civiles. On peut notamment citer, sans exhaustivité : le tribunal de grande instance, en ce compris les juges et juridictions spécialisés de ce tribunal (juge des enfants, juge aux affaires familiales, juge de l'exécution, juge des libertés et de la détention en matière civile, juge de l'expropriation, commission d'indemnisation des victimes d'infraction, etc.), le tribunal d'instance (y compris le juge des tutelles), le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal des affaires de sécurité sociale, le tribunal du contentieux de l'incapacité, la cour nationale de l'incapacité et de l'assurance des accidents du travail, la cour d'appel.

¹⁰ Voir également le commentaire de cette décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel.

En revanche, sont exclues du champ de la réforme non seulement les commissions administratives et les autorités administratives indépendantes, mais aussi les tribunaux arbitraux, dès lors qu'ils ne constituent pas des juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Pour ceux-ci, une question prioritaire de constitutionnalité ne pourra être posée qu'à l'occasion d'une instance en recours contre leur décision ou leur sentence, portée devant une juridiction judiciaire¹¹.

Enfin, une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée dans toute instance en cours devant une juridiction judiciaire civile, qu'elle soit contentieuse ou gracieuse, au fond ou provisoire.

2.1. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité

2.1.1. L'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité

2.1.1.1. Une faculté ouverte à toutes les parties à un procès civil

En exigeant que la question prioritaire de constitutionnalité soit soulevée « à l'occasion d'une instance » et en précisant que cette question constitue un moyen (Constit., art. 61-1 ; OO, art. 23-1), qui vient donc nécessairement au soutien d'une prétention, le Constituant et le législateur organique réservent aux seules parties à une instance le droit de poser une telle question et interdisent qu'une instance ait pour seul objet de poser une question prioritaire de constitutionnalité.

Si seules les parties peuvent soulever une question prioritaire de constitutionnalité, toute partie peut le faire, dès lors que ce moyen vient au soutien de ses prétentions. Si le défendeur ou la partie intervenante sera le plus souvent amené à poser une question prioritaire de constitutionnalité, le demandeur peut également soulever une telle question. Le ministère public, lorsqu'il est partie à une instance, peut aussi soulever une question prioritaire de constitutionnalité.

2.1.1.2. L'interdiction pour le juge de relever d'office une question prioritaire de constitutionnalité

En revanche, le Constituant a souhaité que la question prioritaire de constitutionnalité soit un nouveau droit dont la mise en œuvre sera laissée à la seule appréciation des parties, ce qui conduit l'article 23-1 de l'ordonnance de 1958 à préciser que la question ne peut être relevée d'office par une juridiction. Cette exclusion vaut pour toutes les juridictions et quelle que soit la procédure, par exemple en matière gracieuse. L'article 23-5 de l'ordonnance de 1958 prévoit d'ailleurs la même interdiction pour la Cour de cassation.

¹¹ Voir en ce sens, rapport de M. Jean-Luc Warsmann, préc., p. 41 à 44.

La juridiction n'ayant pas le pouvoir de relever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, elle ne peut pas modifier dans sa substance la question posée, par exemple en examinant la disposition contestée au regard d'un droit ou d'une liberté constitutionnels qui ne seraient pas invoqués par l'auteur de la question.

Sur la possibilité en revanche pour la juridiction de reformuler la question prioritaire de constitutionnalité, cf. n°2.2.3.3, p. 24.

2.1.2. L'exigence d'un écrit distinct et motivé

La question prioritaire de constitutionnalité doit être présentée par écrit (1), dans un acte distinct (2) et motivé (3). Cette triple exigence a pour but de permettre un traitement rapide de la question prioritaire de constitutionnalité, conformément au souhait du législateur organique. Sa méconnaissance est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen (OO, art. 23-1), qui doit être relevée d'office par le juge devant lequel la question est posée (CPC, art. 126-2).

2.1.2.1. Un écrit.

L'obligation de présenter par écrit le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est prévue par l'article 23-1 de l'ordonnance de 1958. Cette disposition transversale s'applique donc non seulement aux procédures écrites mais également aux procédures orales.

Lorsque la procédure est écrite, la question prioritaire de constitutionnalité devra être présentée par des conclusions répondant au formalisme applicable à la procédure considérée : c'est ainsi que devant le tribunal de grande instance, ces conclusions devront respecter les prescriptions des articles 753 et 815 du code de procédure civile.

Lorsque la procédure est orale, cet écrit ne sera soumis à aucun formalisme particulier (en dehors de l'exigence de motivation, cf. infra). L'exigence d'un écrit n'a pas pour effet de déroger aux règles générales régissant les procédures orales. Ainsi, la partie ne pourra se contenter d'adresser ses écritures à la juridiction, mais devra se présenter à l'audience pour se référer à cet écrit. Cette exigence résulte de la disposition, déclinée pour chaque juridiction, en vertu de laquelle, lorsque la procédure est orale, la référence que les parties font à leurs prétentions est notée au dossier ou consignée dans un procès-verbal (voir par exemple, CPC, art. 843 pour le tribunal d'instance, art. 871 pour le tribunal de commerce ; C. trav., art. R. 1453-4 pour le conseil de prud'hommes). La question prioritaire de constitutionnalité étant un moyen venant au soutien d'une prétention, elle doit être présentée conformément aux règles de procédure applicables à l'instance considérée.

2.1.2.2. Un écrit distinct

L'exigence d'un écrit distinct a pour objet de permettre à la juridiction d'identifier rapidement la présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité, de façon à la traiter sans délai. Cette exigence permet également de répondre à l'obligation faite à la juridiction de joindre, à l'appui de la décision transmettant ou renvoyant la question, les écritures des parties portant sur cette question. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée du 3 décembre 2009,

relève en effet que « n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis ».

2.1.2.3. Un écrit motivé

L'acte écrit doit contenir la motivation venant au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité. Il ressort de la jurisprudence portant sur les actes de procédure devant être motivés (par exemple, CPC, art. 82 pour le contredit, art. 574, pour l'opposition), que le moyen doit être articulés. On peut en déduire qu'outre l'indication de la disposition législative contestée, le moyen devra permettre d'identifier à quel droit ou liberté constitutionnellement garanti cette disposition est susceptible de porter atteinte. Sans que l'exigence de motivation n'impose un argumentaire détaillé, il sera cependant nécessaire que l'écrit permette de comprendre en quoi, pour l'auteur de la question, la disposition législative contrevient à la norme constitutionnelle invoquée.

2.1.3. Le moment auquel la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée

La question prioritaire de constitutionnalité peut en principe être présentée à tous les stades d'un procès. La loi organique précise ainsi que la question peut être soulevée, y compris pour la première fois, en appel ou en cassation (OO, art. 23-1 et 23-5).

La question prioritaire de constitutionnalité ne peut pas pour autant être soulevée à tout moment d'une instance.

D'une part, en application de l'article 61-1 de la Constitution, l'instance à l'occasion de laquelle la question est posée doit être « *en cours* ». Ce critère doit être compris par référence aux concepts procéduraux mis en œuvre par le code de procédure civile. L'instance qui fait l'objet d'une interruption (CPC, art. 369 et s.) ou d'une suspension (CPC, art. 377 : la suspension résulte d'un sursis à statuer, d'une radiation ou d'un retrait du rôle) n'est pas en cours. La question ne peut donc être posée qu'après la reprise de l'instance dans les conditions prévues par les dispositions du code de procédure civile.

D'autre part, la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une prétention autonome mais un moyen, dont le régime suit celui applicable à la prétention au soutien de laquelle il vient.

C'est pourquoi, en principe, une question prioritaire de constitutionnalité ne pourra plus être soulevée après la clôture des débats ou, pour la procédure écrite, la clôture de l'instruction, sauf à rouvrir les débats ou rabattre la clôture, dans les conditions prévues par le code de procédure civile. *Pour le cas particulier des instances en cours lors de l'entrée en vigueur de la réforme, cf. n° 5.1, p. 47.*

En outre, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité vient au soutien d'une prétention devant être soulevée à un stade particulier de l'instance, elle devra également être présentée à

ce stade de l'instance ; tel sera par exemple le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité venant au soutien d'une exception de procédure, qui doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir (CPC, art. 74).

2.2. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité

2.2.1. Le juge compétent pour examiner la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

L'article 126-3 du code de procédure civile pose le principe que le juge qui statue sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité est celui qui connaît de l'instance au cours de laquelle cette question est soulevée. C'est ainsi, par exemple, que la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée dans une procédure au fond du tribunal de commerce sera tranchée par la formation collégiale de ce tribunal chargée de statuer sur l'affaire.

De même, le juge des référés est compétent pour en connaître lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure de référé.

Toutefois, deux séries d'atténuations ou d'exceptions sont prévues.

D'une part, le juge ou le conseiller de la mise en état, instruisant les affaires relevant d'une procédure écrite respectivement devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, ainsi que le magistrat de la cour d'appel chargé d'instruire les affaires jugées selon une procédure orale, pourront statuer sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, à moins qu'ils ne préfèrent, lorsque la question le justifie, renvoyer l'affaire à la formation de jugement. *Sur la procédure, cf. n°2.2.2.4, p. 18.* On relèvera que cette disposition ne concerne pas les autres procédures qui connaissent d'un juge rapporteur, par exemple devant le tribunal de commerce ou le conseil de prud'hommes : pour ces juridictions, seule la formation de jugement est compétente pour connaître de la question prioritaire de constitutionnalité.

D'autre part, devant les juridictions échevinales que sont le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal des affaires de sécurité sociale, le tribunal du contentieux de l'incapacité et la cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, il est donné compétence au président de la formation de jugement pour statuer sur la transmission (CPC, art. 126-3). A la différence du cas précédent, il s'agit d'une compétence qui n'est pas partagée avec la formation de jugement. Cette disposition interdira de statuer par un même jugement sur le refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité et le fond ; si la juridiction souhaite entendre les plaidoiries au fond et mettre l'affaire en délibéré dans son entier, il sera nécessaire d'établir deux décisions, une première consacrée à la transmission de la question et, en cas de refus de transmission, une seconde sur le fond de l'affaire.

2.2.2. L'instruction de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

2.2.2.1. L'obligation de statuer sans délai sur la transmission de la question

Le juge doit statuer « *sans délai* » sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité (OO, art. 21-3). Cette exigence peut, à la lumière des débats parlementaires, être comprise comme imposant au juge de statuer dès que les éléments dans le débat lui permettent d'apprécier si les conditions mises à la transmission sont remplies et d'user en tant que de besoin des pouvoirs dont il dispose pour permettre cet examen sans retard. L'examen « *sans délai* » de la transmission de la question n'impose donc pas de statuer immédiatement ; l'ordonnance organique impose d'ailleurs elle-même de communiquer l'affaire au ministère public avant de statuer sur la question. En revanche, il ressort des débats parlementaires que l'examen ne saurait être différé.

C'est pourquoi la question prioritaire de constitutionnalité ne pourra être « jointe au fond », comme le sont habituellement les incidents d'instance, les exceptions de procédure ou les fins de non-recevoir, qu'à la condition que cela ne retarde pas son examen par la juridiction.

En pratique, si la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée alors que l'instruction ou les débats sur le fond doivent encore se poursuivre, la juridiction devra statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité par une décision autonome et préalable, après des débats consacrés à cette question et, le cas échéant, aux incidents d'instance, exceptions de procédure ou fins de non-recevoir de nature à mettre fin à l'affaire (sur l'examen des incidents, exceptions et fins de non-recevoir, cf. ci-après n° 2.2.2.4, p. 18 ; sur la faculté et les conditions selon lesquelles une juridiction peut rétracter une décision de refus de transmission rendue avant d'examiner le fond de l'affaire, n° 2.2.3.4, p. 27). Il pourra également être débattu des points qui devraient être immédiatement tranchés, pour éviter des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie (OO, art. 23-3, al. 4).

Ce n'est que dans le cas contraire, où l'affaire est en état d'être jugée au fond, que la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité pourra être débattue et examinée en même temps que le fond de l'affaire. Ce cas concernera par exemple une question soulevée à un stade avancé des débats ou dans une procédure rapide, soit qu'elle se caractérise par l'urgence, soit qu'elle ne nécessite pas d'instruction complémentaire. A noter toutefois que le fait que les débats porteront sur l'affaire dans son entier n'autorisera pas pour autant la juridiction, si elle transmet la question, à statuer sur le fond de l'affaire, la transmission de la question s'accompagnant en principe d'un sursis à statuer dans l'attente de la décision sur la question prioritaire de constitutionnalité (OO, art. 23-3, al. 1^{er}). *Sur les cas dans lesquels le juge pourra ou devra statuer immédiatement sans surseoir, n° 2.2.3.3, p. 24.*

2.2.2.2. L'ordre d'examen des questions

Le législateur organique a choisi d'utiliser l'expression de « question prioritaire de constitutionnalité » pour manifester :

- d'une part, que la question doit être examinée sans délai, de sorte que son temps d'examen, le cas échéant, par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel s'impute sur le temps de la procédure et ne la retarde pas ;
- d'autre part, qu'elle doit être examinée avant une éventuelle exception d'inconventionnalité.

1° S'il appartient en principe à la juridiction de respecter l'ordre normal d'examen des questions qui lui sont soumises, il ne doit toutefois pas en résulter un retard dans la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.

Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité se rapporte à un incident d'instance, une exception de procédure ou une fin de non recevoir, elle devra très logiquement être examinée avant le fond de l'affaire.

Inversement, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est afférente au fond de l'affaire, le juge, en principe, examinera préalablement les exceptions de procédure de nature à mettre fin à l'instance et les fins de non recevoir, sauf si cet examen devait retarder la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.

2° Lorsqu'une disposition législative est contestée tant au regard de sa conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution qu'au regard des engagements internationaux de la France, la juridiction doit se prononcer en premier lieu sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité (OO, art. 23-2, al. 5). Cette règle concerne tant le droit de l'Union européenne que les conventions internationales auxquelles la France est partie ; elle jouera notamment en cas d'invocation par une partie d'un droit ou d'une liberté garantis tant par la Constitution que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit trouver à s'appliquer que la question de conventionalité émane d'une partie ou qu'elle soit relevée d'office par le juge.

Cette priorité donnée à la Constitution impose au juge de statuer d'abord sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité. S'il refuse de transmettre cette question, le juge statue alors sur la question de conventionalité. S'il la transmet, le juge sursoit en principe à statuer, y compris sur la question de conventionalité ; le schéma procédural est alors le suivant :

- si la disposition est déclarée non-conforme à la Constitution, elle est abrogée. La question de la compatibilité de la loi avec une convention internationale ne se pose plus, ce qui ne prive pas le juge de l'obligation de veiller au respect des conventions, le cas échéant en assurant leur application directe;
- si la disposition n'est pas déclarée non-conforme à la Constitution – soit que la Cour de cassation ne renvoie pas la question au Conseil constitutionnel, soit que celui-ci déclare la disposition conforme à la Constitution – le juge statue sur la question de conventionalité.

En ce qui concerne, plus particulièrement, le droit de l'Union européenne, la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation ne fait pas obstacle, le cas échéant, à ce que la formation de jugement saisisse la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, si les conditions en sont remplies.

2.2.2.3. L'hypothèse de non transmission des questions sérielles

Dans le cas où la question de la constitutionnalité d'une disposition législative se posera dans une série de litiges analogues, il sera le plus souvent sans intérêt pour le juge du fond de transmettre plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité à la Cour de cassation, puisque celle-ci et, le cas échéant, le Conseil constitutionnel procèdent à un contrôle objectif de la disposition contestée, détachable du litige lui-même.

Pour apporter une solution pragmatique à ces questions sérielles, l'article 126-5 du code de procédure civile permet au juge, sous certaines conditions, de ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause une disposition législative dont la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel – sur renvoi de cette dernière ou du Conseil d'Etat – est déjà saisi.

Deux conditions doivent être remplies.

En premier lieu, la juridiction doit être en mesure de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la Cour de cassation ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel (voir n° 2.2.3.3, p. 24).

En second lieu, la contestation doit être fondée sur les mêmes motifs que la précédente question prioritaire de constitutionnalité transmise, c'est-à-dire invoquer le même droit ou la même liberté constitutionnels par une argumentation juridique comparable.

Pour permettre aux juridictions de mettre en œuvre cette disposition, la Cour de cassation diffusera sur ses sites internet et intranet la liste des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui auront été transmises, ainsi que celles qu'elle aura renvoyées au Conseil constitutionnel, avec la précision de la disposition contestée et du droit ou de la liberté constitutionnels invoqués.

En cas d'absence de transmission pour ce motif, le juge sursoit à statuer sur le fond de l'affaire, jusqu'à ce qu'il soit informé de la décision de la Cour de cassation ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel.

2.2.2.4. L'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité

Généralités. Le juge statue sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité selon les règles de procédure qui lui sont applicables (CPC, art. 126-4), sous réserve des précisions suivantes.

Dès que la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée, la juridiction communique l'affaire au ministère public, s'il n'est pas déjà partie à l'affaire, pour lui permettre de faire connaître son avis (OO, art. 23-1). La communication précise la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée (CPC, art. 429). Si l'affaire présente un caractère d'urgence immédiate, le ministère public sera invité par la juridiction à se joindre à l'audience en cours.

La juridiction statue après avoir entendu ou appelé les parties à l'instance (CPC, art. 126-4).

Dans les procédures contradictoires, la question sera donc débattue à l'audience, dans des conditions fixées par la juridiction, qui devront lui permettre de respecter l'exigence d'un examen sans délai de la transmission de la question. A cette fin, il appartient à la juridiction d'user des pouvoirs dont elle dispose, conformément à la mission qui lui est donnée de veiller au bon déroulement de l'instance (CPC, art. 3). Pour mémoire, le renvoi d'une affaire à une audience ultérieure relève du pouvoir discrétionnaire du juge en dehors des cas où il s'impose pour recueillir l'avis du ministère public.

En procédure orale, ainsi qu'il a été indiqué, la question prioritaire de constitutionnalité sera évoquée à l'audience, après la remise d'un écrit distinct et motivé (n° 2.1.2.1, p. 13) ; l'affaire sera alors soit renvoyée à une prochaine audience, soit examinée sur le champ, sous réserve que le ministère public puisse faire connaître son avis.

Lorsque la procédure est écrite, il convient de distinguer selon qu'un magistrat de la mise en état a ou non été désigné. Dans l'affirmative, l'affaire doit être appelée à l'audience dans les conditions prévues par l'article 774 du code de procédure civile (voir ci-après sur le renvoi à la formation de jugement). En l'absence de désignation d'un magistrat de la mise en état, l'affaire est appelée à une audience dont la date est portée à la connaissance des parties par le greffe dans les conditions prévues par les articles 826 et 971 du code, régissant respectivement le tribunal de grande instance et la cour d'appel ; les parties sont avisées dans les mêmes conditions des délais impartis pour conclure sur la question prioritaire de constitutionnalité.

L'audition de la partie ou des parties s'impose en principe également dans le cas où la juridiction statue sur la demande sans débat, soit que l'affaire relève de la matière gracieuse, soit que la juridiction statue par ordonnance sur requête. Dans ces procédures, une question prioritaire de constitutionnalité ne pourra être posée avant toute décision de la juridiction que par l'auteur de la requête, qui est en effet la seule partie à l'instance. Il s'agira du cas dans lequel le requérant, craignant que sa requête ne se heurte à un rejet motivé par l'application d'une disposition législative, entendrait contester cette disposition. Selon le cas, l'audience sera exclusivement consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité, portera également sur les incidents d'instance, exceptions de procédure ou fin de non-recevoir (cf. n° 2.2.2.2, p. 16), voire, si l'affaire est en état d'être jugée au fond et que la juridiction l'estime utile, sera consacrée à l'entier litige. Dans tous les cas, les débats se dérouleront conformément aux règles ordinaires qui régissent le procès. Si le ministère public, partie jointe, est présent, il prend la parole en dernier pour faire connaître son avis ; à défaut ses conclusions écrites sont communiquées aux parties (CPC, art. 431, 443).

Les observations complémentaires de l'auteur de la question, ainsi que celles en réplique des autres parties sont présentées suivant les règles applicables à la procédure. Aussi, lorsque la procédure est écrite, les observations sont-elles présentées sous forme de conclusions établies et communiquées conformément aux règles de droit commun (TGI : CPC, art. 753, 815, 816). Si la procédure est orale, ces observations peuvent être présentées verbalement à l'audience ; la partie peut également se référer à ses écritures qui ne sont soumises à aucun formalisme ; les observations orales ou la référence aux écritures sont notées au dossier ou, le cas échéant consignées dans un procès-verbal (par ex. pour le TI, CPC, art. 843).

Une particularité, résultant du dernier alinéa de l'article 126-2 du CPC, doit toutefois être soulignée. Lorsque la procédure est écrite ou qu'une partie entend, dans une procédure orale, se référer à ses écritures, celles-ci doivent en outre être contenues « *dans un écrit distinct et motivé* ». Autrement dit, la partie devra établir des conclusions spécialement consacrées à la question prioritaire de constitutionnalité. A la différence de ce qui vaut pour la question elle-même, la sanction n'est toutefois pas l'irrecevabilité ou la nullité de ces écritures, qui sont donc en tout état de cause examinées, mais seulement l'impossibilité de joindre ces observations à la décision, si celle-ci ordonne la transmission la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation. Dès lors, la partie qui souhaite faire connaître ses observations à la Cour de cassation et, le cas échéant, au Conseil constitutionnel, sera tenue de le faire suivant les règles régissant les débats devant ces juridictions (pour la Cour de cassation, voir n° 4.1.1, p. 43). Ce formalisme est justifié, notamment, par la circonstance que, « *le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire 'distinct et motivé' ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis* » (Cons. Const., 3 décembre 2009, déc. n° 2009-595 DC, ct 27).

Cas du juge et du conseiller de la mise en état et du magistrat chargé d'instruire l'affaire devant la cour d'appel. Le deuxième alinéa de l'article 126-3 précise le régime procédural de l'examen de la question par le juge ou le conseiller de la mise en état ou le magistrat chargé d'instruire l'affaire devant la cour d'appel.

Cette disposition concerne les procédures écrites devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, ainsi que la procédure orale devant la cour d'appel.

Il est prévu que le magistrat chargé de la mise en état ou de l'instruction statue par ordonnance sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.

Toutefois, il dispose également de la faculté, si la question le justifie, de renvoyer l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité devant la formation de jugement du tribunal ou de la cour. Cette décision constitue une simple mesure d'administration judiciaire, qui n'est donc soumise à aucun formalisme, ni à aucune obligation de motivation. Le greffe en avise les parties, en leur précisant la date de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée devant la formation de jugement pour examiner la question prioritaire de constitutionnalité.

Le renvoi à la formation de jugement par le juge ou le conseiller de la mise en état ne s'accompagne pas nécessairement de la clôture de l'instruction, ce point étant également laissé à l'appréciation discrétionnaire du magistrat chargé de la mise en état.

Ce mécanisme très souple permettra au magistrat chargé de la mise en état ou de l'instruction de l'affaire devant la cour d'appel de choisir le traitement le plus efficace de la question. Il pourra ainsi, par exemple, préférer renvoyer les questions ayant un lien étroit avec l'examen du fond de l'affaire ou dont la complexité lui apparaîtrait justifier un examen collégial de la transmission. Dans ce cas, le magistrat pourra préférer ne pas clore la mise en état, si celle-ci doit être poursuivie. Au contraire, si le magistrat considère que son instruction est terminée, il pourra renvoyer la question en clôturant l'instruction et permettre ainsi à la formation de jugement de statuer sur l'entier litige, évitant d'allonger inutilement le traitement de l'affaire.

Cette dernière solution sera notamment utile dans l'hypothèse d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée tardivement au cours de la mise en état.

La décision de renvoi à la formation de jugement peut être prise à tout moment, y compris donc avant tout débat, auquel cas les parties en sont avisées par le greffe. Il sera également possible de décider d'un renvoi après avoir entendu les parties. Dans ce cas, notamment en l'absence d'ordonnance de clôture de l'instruction, les débats pourront ne pas être réitérés, si les parties ne s'opposent pas à ce que le magistrat chargé de la mise en état ou de l'instruction, s'il le souhaite, tienne seul l'audience en qualité de rapporteur, à charge d'en rendre compte à la formation de jugement dans son délibéré (CPC, art. 786 dans le cas du juge et du conseiller de la mise en état ; art. 945-1 pour le magistrat chargé d'instruire l'affaire devant la cour d'appel).

2.2.2.5. La mise en délibéré de l'affaire

Compte tenu du bref délai imparti par l'article 126-9 du code de procédure civile aux parties pour présenter leurs éventuelles observations devant la Cour de cassation, il est prévu qu'elles soient avisées, non seulement de la date à laquelle la décision sera rendue, mais également qu'elles devront, en cas de décision de transmission, se conformer aux dispositions de l'article 126-9 relatif à la présentation des observations devant la Cour de cassation (CPC, art. 126-4).

Cet avis est donné par tout moyen. Pour les parties comparantes – c'est-à-dire présentes ou représentées –, l'avis sera donné dans les conditions prévues par l'article 450 du code de procédure civile, c'est-à-dire en principe par le président lorsqu'il met l'affaire en délibéré. Toutefois, pour les parties non comparantes, le greffe leur adressera cet avis par lettre simple.

L'obligation de statuer sans délai devrait conduire à éviter toute prorogation du délibéré. Si une telle prorogation était faite, il conviendrait de veiller à adresser aux parties et au ministère public l'avis de prorogation prévu par le dernier alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

2.2.3. La décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

2.2.3.1. La forme de la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité

La juridiction statue sur la question prioritaire de constitutionnalité, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, par une ordonnance, un jugement ou un arrêt, sans que cette qualification ait, en tout état de cause, de conséquence sur le régime de cette décision (CPC, art. 126-4).

Les règles générales régissant la forme et le contenu des décisions de justice s'appliquent à l'établissement de cette décision (CPC, art. 454 à 456).

La décision sur la transmission de la question doit être motivée (OO, art. 23-2, al. 1^{er}). Cette motivation doit permettre d'apprécier en quoi les conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance organique pour procéder à la transmission de la question sont ou non regardées comme remplies.

2.2.3.2. Les conditions de la transmission de la question

Outre les conditions de recevabilité déjà évoquées (instance en cours, écrit distinct et motivé), qui seraient soulevées par une partie ou relevées d'office par le juge, l'article 61-1 de la Constitution définit la nature de la question et l'article 23-2 de l'OO du 7 novembre 1958 fixe trois conditions cumulatives qui déterminent sa transmission à la Cour de cassation.

Le préalable : La disposition législative est critiquée au regard des droits et libertés que la Constitution garantit (renvoi). A titre préalable, le juge doit s'assurer que la question entre dans le champ de la réforme, c'est-à-dire que la contestation porte sur une disposition législative, au regard d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. *Sur ce point, cf. 1.1 et 1.2.*

Il convient de relever que si cette condition préalable n'est pas remplie, la juridiction pourra cependant, sous certaines conditions, donner une suite à la contestation de la disposition. En effet, si le droit ou la liberté n'est pas garanti par la Constitution mais qu'il est jugé qu'en l'espèce la disposition contrevient au droit de l'Union européenne ou à une convention internationale à laquelle la France est partie, le juge, chargé de mettre en œuvre les engagements internationaux de la France, écartera l'application de la disposition contestée pour trancher le litige. Toutefois, il ne pourra statuer en ce sens qu'après avoir rejeté la demande de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, cf. n°2.2.2.2, p. 16. En outre, si la disposition critiquée ne peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité parce qu'elle présente en réalité un caractère réglementaire (par exemple parce qu'elle est issue d'une ordonnance non ratifiée), la contestation de sa conformité à la Constitution pourra s'il y a lieu conduire la juridiction à inviter les parties, à la demande de l'une d'elles, à saisir la juridiction administrative d'une question préjudicielle et à surseoir à statuer dans l'attente de la décision statuant sur cette question, comme pour toute contestation de la légalité d'un acte réglementaire. Le juge pourra de même, le cas échéant, faire directement application d'une disposition de la Constitution. La réforme est, en effet, dépourvue d'incidence sur le contrôle de constitutionnalité que les juridictions peuvent opérer sur des actes autres que des lois.

Les trois conditions de l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure. En matière civile, le juge doit s'assurer en outre que la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure (OO, art. 23-2, 1°).

Cette condition sera assurément remplie si le juge estime que, pour trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, il sera nécessaire de faire application de la disposition contestée.

Mais il ressort des débats parlementaires que la formule retenue par la loi organique est plus large et n'impose pas que la disposition commande l'issue de l'affaire¹². La condition pourra ainsi être considérée comme remplie alors même que la juridiction devrait se prononcer sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité avant d'avoir statué sur un incident d'instance, une exception de procédure ou une fin de non-recevoir (voir n° 2.2.2.2, p. 16).

A noter également que la présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité doit venir au soutien d'une prétention elle-même susceptible d'être examinée, faute de quoi la disposition législative contestée ne pourrait être considérée comme applicable au litige. C'est ainsi, par exemple, qu'une question qui viendrait au soutien d'une demande reconventionnelle ou additionnelle ne se rattachant pas aux prétentions originaires par un lien suffisant serait irrecevable (CPC, art. 70), de même qu'une question prioritaire de constitutionnalité venant au soutien d'une prétention irrecevable en appel comme nouvelle (CPC, art. 564).

On relèvera enfin que le refus de transmettre la question, avant toute décision sur le fond, au seul motif que la condition d'application au litige ou à la procédure n'est pas remplie, n'interdit pas à la juridiction, si elle entend, à l'occasion de l'examen du fond de l'affaire, faire application de la disposition considérée, de rétracter le refus de transmission et de procéder à cette transmission (cf. n° 2.2.3.4, p. 27).

2° La disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances (OO, art. 23-2, 2°) *Sur cette condition, cf 1.3.*

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Le contrôle dévolu au juge du fond se limite à s'assurer que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux (OO, art. 23-2, 3°). En effet, il appartient au seul Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution.

Pour bien comprendre la portée du contrôle devant être opéré par le juge du fond, on peut relever que le Conseil d'État ou la Cour de cassation doivent apprécier si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux (OO, art. 23-4), critère qui impose un examen plus approfondi de la pertinence de la question (cf. n° 4.1.2, p. 45). La notion de « caractère sérieux » est fréquemment définie comme « de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé ».

Quant au contrôle devant être opéré par les juges du fond, les travaux préparatoires font apparaître que : « Cette condition vise à écarter les questions fantaisistes dont l'objet n'a souvent qu'un caractère dilatoire »¹³. Par conséquent, si l'examen de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité par le juge du fond ne conduit pas à un véritable examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, elle impose néanmoins une analyse sommaire de la compatibilité de cette disposition avec les droits et libertés que la Constitution garantit.

¹² Voir rapport préc. de J-L Warsmann, p. 52.

¹³ Voir le rapport de M. Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, 29 septembre 2009, N° 637, p. 43.

Le juge pourra ainsi refuser de transmettre les questions dilatoires ou manifestement non fondées. En revanche, dès lors que l'hésitation est permise, il conviendra que la question soit transmise.

2.2.3.3. Les règles propres à la décision ordonnant la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

1°. Rédaction de la décision de transmission. La juridiction transmet la question prioritaire de constitutionnalité lorsque l'ensemble des conditions qui ont été exposées sont réunies, sauf à préférer ne pas transmettre la question dans le cas des affaires de série (cf. n° 2.2.3. p 18).

La question prioritaire de constitutionnalité transmise à la Cour de cassation doit ressortir clairement du dispositif de la décision. Il pourra donc être privilégié une reproduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans le dispositif, plutôt qu'une référence aux écritures de l'auteur de la question.

La reprise dans la décision de la question posée ne pourra être l'occasion de la modifier dans sa substance (cf. n° 2.1.1.2, p. 12). En revanche, le juge ayant pour office de porter une appréciation sur la question posée, il dispose nécessairement de la faculté de restituer à la question son exacte qualification, sans s'arrêter à la formulation retenue par la partie qui soulève la question. A titre d'illustration, cette « reformulation » ne pourra pas conduire à substituer à la disposition contestée une autre disposition, mais elle devrait autoriser le juge à énoncer le texte législatif contenant la règle explicitement contestée par la partie. De même, cette reformulation ne permettra pas au juge de suggérer un examen de la disposition contestée au regard d'un autre droit ou d'une autre liberté constitutionnels que celui ou celle invoqué par la partie, mais l'autorisera à préciser le texte ou le principe constitutionnel invoqué par la partie.

En outre, une reformulation s'imposera également lorsque la juridiction ne procède qu'à une transmission partielle d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette hypothèse correspondra notamment au cas dans lequel seule une partie de la question prioritaire de constitutionnalité, contestant plusieurs dispositions, répond aux conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance organique.

Enfin, il sera nécessaire que la décision identifie les écrits des parties devant être transmis à la Cour de cassation, sans qu'il soit pour autant nécessaire de les annexer : il s'agira de l'écrit distinct et motivé par lequel a été soulevée la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi que les éventuels écrits en réponse et en réplique et l'avis du ministère public, s'ils sont contenus dans des écrits eux-mêmes distincts et motivés (n° 2.2.2.4, p. 18).

2°. Le sursis à statuer : principe et exceptions. La décision qui transmet la question prononce également, en principe, un sursis à statuer, puisque la solution apportée à la question est en principe déterminante pour la poursuite de l'instance (OO, art. 23-3, al. 1^{er}).

Contrairement au droit commun, le sursis à statuer ne suspend pas en lui-même le cours de l'instruction (OO, art. 23-3, al. 1^{er}). Il est donc nécessaire que la décision prononçant le sursis précise les suites données à l'instance. Si aucun acte d'instruction n'est à prévoir et que les débats ne peuvent utilement se poursuivre dans l'attente de la décision de la Cour de cassation

ou du Conseil constitutionnel, la décision de transmission indique que le sursis à statuer suspend le cours de l'affaire et que l'instance sera poursuivie à la diligence de la juridiction, dès qu'elle sera informée de la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité (CPC, art. 378 et 379 ; sur l'information de la juridiction, cf n° 2.4, p. 31). Si la juridiction considère nécessaire de poursuivre l'instruction de l'affaire ou les échanges entre les parties, elle en précise les modalités. Lorsque, dans ce dernier cas, l'affaire est confiée au juge de la mise en état, celui-ci pourra ainsi reprendre l'instruction de l'affaire (le cas échéant après rabat de l'ordonnance de clôture, si le renvoi à la formation de jugement s'est accompagné de la clôture de l'instruction, cf. n°2.2.2.4, p. 18).

La juridiction qui sursoit à statuer peut en outre prendre les mesures provisoires ou conservatoires qui s'imposent dans l'attente de la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité (OO, art. 23-3, al. 1^{er}).

Un certain nombre d'exceptions au sursis à statuer sont toutefois prévues, pour tenir compte des cas de privation de liberté (a), d'urgence (b) ou de risque grave pour les parties (c).

a) *L'obligation de statuer sans attendre lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.* Le sursis à statuer est interdit lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à la mesure privative de liberté (OO, art. 23-3, al. 2).

Si les cas de la privation de liberté concernent essentiellement la matière pénale, deux relèvent de la matière civile : la rétention administrative des étrangers et l'hospitalisation sans consentement. Il ressort des travaux préparatoires que la notion de mesure privative de liberté doit être entendue strictement et ne saurait donc concerner toute mesure de contrainte, telle qu'une assignation à résidence en matière de droit des étrangers (sur la faculté de statuer sans surseoir dans cette matière, voir ci-après).

La juridiction qui transmet la question doit donc statuer immédiatement sur le sort de la mesure privative de liberté. Elle appliquera à cette fin les règles de droit en vigueur, y compris donc la disposition dont la constitutionnalité est contestée, sauf à l'écartier si elle est contraire aux engagements internationaux de la France. En effet, une fois que la juridiction a statué prioritairement sur la transmission de la question, en application de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958, la juridiction est à nouveau libre d'examiner les éventuelles exceptions d'inconstitutionnalité (cf. n° 2.2.2.2, p. 16).

b) *La faculté de statuer sans attendre dans les procédures d'urgence ou lorsqu'un délai est imparti pour statuer.* Le juge qui transmet une question de constitutionnalité est autorisé à statuer sans attendre la décision relative à cette question si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence (OO, art. 23-3, al. 3).

Se trouvent ainsi visées les procédures de référé ou empruntant la forme des référés.

Se trouvent également visés les cas dans lesquels le juge est tenu par un délai. Il s'agira par exemple du droit des étrangers, pour les cas dans lesquels le juge des libertés et de la détention doit statuer sur une mesure d'assignation à résidence (CESEDA, R. 552-10, le juge statue sans délai). On peut également citer le délai de dix jours qui est imparti pour statuer en matière électorale (par ex. : C. élec., art. R. 14, pour les élections politiques ; C. com., art. R. 723-27, C. trav., art. R. 1441-54 et R. 1441-176 pour les élections de juges consulaires et conseillers prud'homaux ; C. trav., art. R. 2143-5, R. 2314-29, R. 2324-25, R. 4613-12, pour

les élections professionnelles). Il s'agira également de certaines procédures en matière de droit des personnes et de la famille (par ex. : C. civ., art. 175-2 : le président du tribunal de grande instance statue dans les 10 jours de la contestation de la décision de sursis à la célébration du mariage, prise par le procureur de la République, ou de son renouvellement ; C. civ., art. 353 : le tribunal de grande instance statue dans un délai de 6 mois suivant la demande aux fins d'adoption dans le cadre d'un placement en vue d'une telle adoption plénière ; CPC, art. 1193 : l'appel en matière de placement provisoire doit être jugé dans les trois mois de la déclaration d'appel ; CPC, art. 1061-1 : le tribunal d'instance statue dans les 24 heures de la requête en matière de contestations de funérailles).

La faculté de statuer sans surseoir est laissée à l'appréciation du juge, ce dont on peut déduire qu'elle devrait relever de son pouvoir discrétionnaire de veiller au bon déroulement de l'instance. En pratique, le juge pourra avoir égard aux éventuelles demandes des parties sur ce point, apprécier le degré d'urgence de l'affaire et la nature des droits en cause, ainsi que la possibilité ou non, pour préserver ces droits, d'assortir sa décision de transmission de mesures provisoires ou conservatoires ou de se contenter de statuer sur les points strictement nécessaires. En outre, lorsqu'un délai lui est imparti, le juge ne devrait statuer immédiatement que si l'attente de la décision sur la question prioritaire de constitutionnalité devrait le conduire à dépasser ce délai.

Lorsqu'il est statué sans attendre, la juridiction rend un jugement sur le fond, qui la dessaisit de la contestation qu'il tranche. La notification de cette décision constitue le point de départ du délai de recours ouvert aux parties. Ce recours ne peut toutefois pas porter sur la transmission de la question, qui n'est susceptible d'aucun recours (cf. n° 2.3, p. 28).

b) La faculté de statuer sans attendre sur les points qui doivent être immédiatement tranchés. Lorsque le sursis risque d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité peut trancher les points qui doivent l'être immédiatement (OO, art. 23-3, al. 4). Cette disposition a un champ d'application plus vaste que la précédente, aucune condition tenant à un délai pour statuer ou à une procédure d'urgence n'étant posée. En l'occurrence, il s'agira en matière de contentieux de trancher au fond une partie des demandes présentées, ce qui différencie cette hypothèse des mesures simplement provisoires susceptibles d'être prises par la juridiction qui transmet la question.

Comme dans la précédente hypothèse, il s'agit d'une décision sur le fond qui dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche et est susceptible de recours immédiat de ce chef.

3°. L'envoi de la décision de transmission à la Cour de cassation, aux parties et au ministère public. La décision de transmission de la question est adressée par le greffe ou le secrétariat de la juridiction à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé ; sont joints à cet envoi les écrits distincts des parties et du ministère public sur la question prioritaire de constitutionnalité (OO, art. 23-2, dernier al.). Aucun formalisme particulier n'est requis. Toutefois, cette diligence devant être accomplie dans un délai légal et le délai imparti par la Cour de cassation pour statuer sur la transmission de la question courant à compter de la réception de la décision de transmission, il sera nécessaire de procéder à cet envoi suivant un moyen permettant d'en justifier l'envoi et la réception. En outre, des instructions élaborées par la direction des services judiciaires pourront préciser les modalités selon lesquelles il sera procédé à un envoi « documentaire » de la décision à la Cour de cassation.

La décision ordonnant la transmission de la question n'étant susceptible d'aucun recours, elle n'a pas à être notifiée. En revanche, le greffe ou le secrétariat de la juridiction en avise les parties et le ministère public (CPC, art. 126-7).

Cet avis est adressé sans délai, ce qui, dans le contexte de cet article, devra conduire à adresser l'avis dès le prononcé de la décision, dans la mesure où celui-ci fait courir le délai d'un mois pour présenter ses éventuelles observations devant la Cour de cassation.

Cette rapidité explique que l'avis soit adressé par tout moyen, sauf pour les parties qui n'ont pas comparu – n'étant ni présentes ni représentées –, auxquelles l'avis est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

S'agissant d'un simple avis, celui-ci n'est en aucune façon soumis au régime des notifications. Ainsi, même lorsqu'il est recouru à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la preuve de sa réception par le destinataire est sans effet sur la régularité de l'accomplissement de cette formalité et son efficacité. En outre, lorsque le destinataire de l'acte réside à l'étranger, il ne sera pas soumis aux règles régissant les notifications internationales ; si le destinataire n'a pas comparu, il sera recouru au dispositif postal équivalent à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour l'Etat dans le ressort duquel réside le destinataire. Enfin, les articles 677 et 678 du code de procédure civile, régissant la notification des jugements, ne trouvent pas à s'appliquer, de sorte que l'avis est adressé soit aux parties, soit au mandataire qui les représente.

L'avis a pour objet d'adresser aux parties et au ministère public la décision rendue. Celui qui est envoyé aux parties précise en outre que la décision n'est susceptible d'aucun recours et que les parties qui entendent présenter des observations devant la Cour de cassation doivent se conformer aux dispositions de l'article 126-9 du code de procédure civile, qui est reproduit, ainsi que le premier alinéa de l'article 126-11 de ce code, relatifs au délai pour faire connaître d'éventuelles observations et au ministère d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

2.2.3.4. Les règles propres à la décision refusant de transmettre la question

Le contenu de la décision. Le refus de transmettre la question est prononcé lorsque l'une au moins des conditions précédemment examinées n'est pas remplie. Il peut, selon le cas, être inclus dans une décision tranchant tout ou partie du litige, ou faire l'objet d'une décision exclusivement consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité.

Dans le premier cas, le régime applicable à la décision est celui de la décision au fond.

Dans le second, la décision mentionne qu'elle n'est susceptible de contestation qu'à l'occasion d'un recours contre une décision réglant tout ou partie du litige. Elle mentionne également les modalités de poursuite de l'affaire (rappel à une audience ultérieure, mesure d'instruction).

L'avis et la notification de la décision. Dans tous les cas, les parties et le ministère public sont avisés sans délai de la décision, par un avis adressé par tout moyen (sur ces règles, cf. n° 2.2.3.3, p. 24). L'avis aux parties précise que le refus de transmettre la question prioritaire de

constitutionnalité ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours réglant tout ou partie du litige (CPC, art. 126-7). Dans le cas particulier où la juridiction refuse de transmettre la question et statue au fond dans une même décision, l'avis fera ressortir que le refus de transmission ne peut être contesté que si le recours contre la décision a pour objet de contester la solution donnée au litige lui-même (OO, art. 23-2, dernier alinéa).

En tout état de cause, cet avis ne dispense pas de la notification de la décision, puisque celle-ci est susceptible de recours. La notification est faite par voie de signification, à moins que les règles applicables à la procédure considérée ne prévoient une notification en la forme ordinaire par le greffe.

La faculté de rétractation du refus de transmission. Le refus de transmission de la question a l'autorité de la chose jugée, ce qui dessaisit la juridiction du moyen tiré de la question prioritaire de constitutionnalité (CPC, art. 126-6). Toutefois, la juridiction qui entend, à l'occasion de l'examen de l'affaire, faire application de la disposition contestée peut rétracter ce refus de transmission précédemment rendu, s'il était exclusivement fondé sur la constatation que la disposition n'était pas applicable à l'affaire. Cette rétractation vient ainsi contrebalancer l'obligation de statuer sans délai.

La rétractation ayant pour seul objet de permettre la transmission de la question, elle ne peut être prononcée que si la juridiction constate dans sa décision que les autres conditions posées à la transmission de la question sont réunies. De façon plus générale, la décision de rétraction est une forme particulière de décision de transmission, qui est donc soumise aux règles régissant cette décision (cf., n° 2.2.3.3, p. 24). Inversement, la juridiction ayant l'obligation de motiver le refus de transmission, elle doit, si elle décide d'appliquer la disposition sans pour autant rétracter le refus de transmission, motiver ce refus de rétractation au regard des critères posés pour la transmission (cf. n° 2.2.3.2, p. 22).

La rétractation n'est pas conçue comme une procédure autonome, de sorte qu'elle n'a pas à être spécialement demandée par l'auteur de la question et que la juridiction peut d'office rétracter son refus et transmettre la question si les conditions sont réunies. En outre, la décision de rétractation n'a ni à être précédée, ni à être suivie d'une réouverture des débats puisque la rétractation intervient après que les parties ont débattu de l'affaire dans son entier. C'est pourquoi le second alinéa de l'article 126-6 du code de procédure civile prévoit que la rétractation est prononcée à l'occasion de l'examen du fond de l'affaire et s'accompagne de plein droit de la transmission de la question.

2.3. Le recours contre la décision statuant sur la transmission question prioritaire de constitutionnalité

Préliminaire : l'absence de recours contre la décision de transmission. La décision qui ordonne la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité n'est susceptible d'aucun recours (OO, art. 23-2, dernier alinéa). Au sens de la loi organique, cette interdiction de tout recours exclut y compris l'appel-nullité ou le recours en cassation, sachant au surplus que ce dernier n'aurait pas de sens puisque la décision a justement pour objet de transmettre la question à l'appréciation de la Cour de cassation.

Les développements qui suivent aux 2.3.1. et 2.3.2. ne concernent donc que le recours contre la décision qui refuse de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité. Sur le cas de la rétractation du refus de transmission, cf. n° 2.2.3.4, p. 27.

2.3.1. L'obligation de former la contestation à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige

La décision refusant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité n'est susceptible de contestation qu'à l'occasion d'un recours formé contre une décision réglant tout ou partie du litige (OO, art. 23-2, dernier alinéa). Cette notion se rapproche en matière civile de celle de décision sur le fond (CPC, art. 480), tout en étant plus restrictive. Elle peut ainsi être comprise comme une décision qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celle qui statue sur une exception de procédure tendant à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, un fin de non-recevoir ou un incident mettant fin à l'instance.

Lorsque la décision de refus de transmission règle également tout ou partie du litige, le refus peut immédiatement être contesté. En revanche, lorsque la décision est exclusivement consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité, aucun recours immédiat ne sera possible. Ainsi qu'il a été dit pour la décision de transmission, l'absence de recours immédiat au sens de la loi organique exclut y compris l'appel-nullité et le pourvoi.

En outre, la formulation retenue par la loi organique interdit que la contestation du refus de transmission soit présentée de façon autonome, mais impose qu'elle s'inscrive dans le recours formé contre la décision tranchant tout ou partie du litige. Cette absence de recours autonome explique que la contestation devra, selon le régime applicable à la décision tranchant tout ou partie du litige, être faite à l'occasion d'un appel, d'une opposition ou d'un pourvoi en cassation contre cette dernière décision.

Les développements qui suivent sont consacrés à l'appel. *Sur le pourvoi, cf. n° 4.2, p. 46.*

2.3.2. L'examen de la contestation à l'occasion du recours

2.3.2.1. La déclaration d'appel et la présentation de la contestation du refus de transmission

La contestation du refus de transmission est faite à l'occasion de l'appel contre le fond de la décision. Dès lors, lorsque le refus de transmission a été prononcé dans une décision autonome, cette décision doit être indiquée dans la déclaration d'appel et jointe à celle-ci, en plus de la décision sur le fond (CPC, art. 901, pour la procédure avec représentation obligatoire et 933, pour la procédure sans représentation obligatoire).

En outre, le moyen de question prioritaire de constitutionnalité doit être présenté dans un acte écrit, distinct et motivé (CPC, art. 126-2, al. 1^{er} ; sur ces conditions, cf. n° 2.1.2, p. 13). En l'occurrence, il s'agira pour l'appelant de conclure dans cet écrit distinct à la réformation de la

décision de première instance ayant refusé de transmettre la question et, en conséquence, à la transmission de cette question, et de présenter les motifs venant au soutien de ce moyen.

Dans la procédure avec représentation obligatoire, le moyen sera donc présenté dans des conclusions autonomes, qui devront être déposées au greffe dans le délai imparti à l'appelant : en application de l'article 915 du code de procédure civile, dans sa rédaction en vigueur, le dépôt doit intervenir, à peine de radiation, dans les quatre mois suivant la déclaration d'appel, sauf délai réduit ou prorogé par le conseiller de la mise en état ; en application du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, pour les appels formés à compter du 1^{er} janvier 2011, ce délai sera réduit à trois mois et sanctionné par la caducité de l'appel (CPC, art. 908 dans sa version issue du décret). En outre, à compter d'une date fixée par l'arrêté prévu par l'article 930-1 du code, issue de ce même décret, et au plus tard le 1^{er} janvier 2013, ces conclusions devront être remises par voie dématérialisée.

Dans la procédure sans représentant obligatoire, le moyen sera présenté dans des conclusions écrites, librement communiquées entre parties, et auquel son auteur se référera à l'audience (CPC, art. 946).

2.3.2.2. L'instruction de la contestation et l'arrêt de la cour

Formellement, la loi organique n'impose de statuer sans délai sur la question prioritaire de constitutionnalité qu'au juge saisi de ce moyen pour la première fois, de sorte que la cour d'appel n'est pas tenue de statuer sans délai sur la question. Celle-ci présente toutefois, à tous les stades de la procédure, un caractère prioritaire. En outre, si le refus de transmission doit être réformé en appel, la transmission devra intervenir avant toute décision sur le fond, sauf à statuer immédiatement dans les cas et conditions qui ont été précédemment exposés et auxquels il est renvoyé (cf. n° 2.2.3.3, p. 24).

Il sera donc opportun que le conseiller de la mise en état ou le magistrat chargé d'instruire l'affaire veille à ce que la question puisse faire l'objet d'un examen sans retard. Ces magistrats disposent à cet effet de la faculté de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité, à moins qu'ils ne préfèrent la renvoyer à la formation collégiale, dans les conditions qui ont été précédemment exposées (CPC, art. 126-3 ; cf. n° 2.2.2.4, p. 18).

Il convient également de renvoyer à la présentation qui a été faite des règles relatives aux débats sur la question prioritaire de constitutionnalité, qui n'appellent pas de développement propre à la cour d'appel. Notamment, il conviendra de communiquer l'affaire au ministère public, pour que celui fasse connaître son avis, à moins qu'il ne soit déjà partie à l'instance, soit qu'il soit mentionné dans la déclaration d'appel comme intimé, soit qu'il s'agisse d'une affaire communicable. En effet, le ministère public n'est pas, par le seul fait de la communication qui lui a été faite en première instance de la question prioritaire de constitutionnalité, partie à l'appel.

Dans le contexte de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire, applicable aux appels formés à compter du 1^{er} janvier 2011, les échanges entre les parties ont lieu dans un premier temps sans que le conseiller de la mise en état ne soit tenu d'intervenir, selon des délais fixés par le code de procédure civile ; les conclusions sont néanmoins remises au greffe, permettant au conseiller d'en prendre connaissance pour mettre l'affaire en état ;

dès remise des conclusions distinctes et motivés relatives à une question prioritaire de constitutionnalité, le conseiller de la mise en état sera donc mis en situation de faire communiquer l'affaire au ministère public et convoquer l'affaire à une audience pour débattre de la question.

Du fait de l'effet dévolutif de l'appel, la cour ou le magistrat chargé de la mise en état ou de l'instruction qui statue sur la contestation du refus de transmission se prononce sur cette transmission. Sa décision suit donc le régime qui a été présenté, notamment quant aux mentions figurant dans l'arrêt ou l'ordonnance, aux avis adressés aux parties et au ministère public et aux recours, à savoir le pourvoi ou l'opposition, selon le cas, en cas de refus de transmission, et l'absence de tout recours en cas de transmission.

L'appelant ne peut limiter son appel à la seule contestation du refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, de sorte que la cour d'appel est, par l'effet dévolutif, saisie du litige lui-même. Aussi, en cas de réformation de la décision de première instance et de transmission de la question, c'est la cour d'appel qui connaîtra de la poursuite de l'affaire, que la disposition contestée soit ou non déclarée inconstitutionnelle.

2.3.3. L'examen de l'appel contre la décision qui a statué sur le fond malgré la transmission de la question

Lorsqu'elle est saisie d'un appel contre la décision qui a statué sur le fond en même temps qu'elle transmettait la question ou sans attendre la décision de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel sur cette question, la cour d'appel doit surseoir à statuer ; comme la juridiction de première instance, elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence (OO, art. 23-3, al. 3) ; la cour d'appel qui décide de statuer sans attendre se prononce dans les mêmes conditions que la juridiction de première instance (à moins que dans l'intervalle le Conseil constitutionnel n'ait rendu une décision déclarant inconstitutionnelle la disposition contestée).

Les dispositions selon lesquelles il n'est pas sursis à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté sont également applicables pour le jugement de l'appel, de même que celles qui permettent de statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour les droits d'une partie.

En toute hypothèse, en matière civile, en cas de pourvoi, la Cour de cassation sursoit à toute décision sur le pourvoi dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel (OO, art. 23-3, dernier al.)

2.4. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation

Pour l'examen par la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est transmise : cf. n° 4.1, p. 43.

L'information de la décision sur la question prioritaire de constitutionnalité. La juridiction qui a transmis une question prioritaire de constitutionnalité et les parties à l'instance sont informées des suites données à cette transmission par l'envoi des décisions rendues par la Cour de cassation et, le cas échéant, par le Conseil constitutionnel : la décision de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé (OO, art. 23-7, al. 2) ; il en va de même de la décision du Conseil constitutionnel, qui est en outre communiquée à la Cour de cassation et publiée au Journal officiel (OO, art. 23-11, al. 1^{er} et 3). Pour mémoire, le Conseil constitutionnel statue dans les trois mois suivant sa saisine (OO, art. 23-10).

La poursuite de l'instance. Dès que la juridiction qui a transmis la question est informée de la décision statuant sur cette question, elle poursuit l'instance, suivant les règles qui lui sont applicables en cas de sursis à statuer. C'est ainsi, par exemple, que devant le tribunal de grande instance, les avocats des parties sont informés de la reprise selon les modalités prévues par l'article 826 du code de procédure civile. Devant le tribunal d'instance, le greffe avise les parties, verbalement ou par lettre simple, de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée (CPC, art. 842).

Lorsque l'affaire a été communiquée au ministère public aux seules fins de la question prioritaire de constitutionnalité, celui-ci ne participe pas à la poursuite de l'instance, à moins qu'il ne souhaite intervenir comme partie principale, pour la défense de l'ordre public (CPC, art. 423) ou comme partie jointe, lorsqu'il l'estime nécessaire (CPC, art. 426).

La poursuite de l'instance a lieu en tenant compte de la décision rendue par la Cour de cassation ou, en cas de renvoi, par le Conseil constitutionnel. Ainsi, en l'absence de renvoi de la question au Conseil constitutionnel ou en cas de rejet de cette question ou de déclaration de conformité par ce dernier, la juridiction qui connaît de l'affaire applique au litige, en tant que de besoin, la disposition qui était contestée.

La décision du Conseil constitutionnel qui déclare inconstitutionnelle la disposition législative contestée abroge cette disposition à compter de la publication de cette décision au Journal officiel ou d'une date ultérieure qu'elle fixe. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause (Constitution, art 62, al. 2). La juridiction qui connaît de l'affaire poursuit donc l'instance en se conformant à la décision du Conseil constitutionnel.

Les cas dans lesquels l'instance s'est éteinte avant toute décision sur la question prioritaire de constitutionnalité. Lorsque la juridiction, qui reçoit la décision de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel, a entre temps été dessaisie de l'affaire, la communication de cette décision est purement informative et n'a pas pour effet de la saisir à nouveau de l'instance.

Ceci concerne essentiellement le cas dans lequel la juridiction a transmis la question sans surseoir à statuer sur la prétention à laquelle elle se rapportait. Dans cette hypothèse, la partie qui a posé la question prioritaire de constitutionnalité ne peut, si elle entend préserver ses droits dans l'attente d'une décision sur la question, que former un recours, dans les délais de droit commun, contre la décision ayant statué sur le fond de l'affaire.

Le cas dans lequel la juridiction a été dessaisie de l'affaire avant retour de la décision sur la question recouvre également l'hypothèse dans laquelle l'instance s'est éteinte, pour quelque cause que ce soit, après la saisine du Conseil constitutionnel. En effet, si l'extinction de

l'instance principale entraîne, par voie de conséquence, celle de l'instance devant la Cour de cassation aux fins d'examen du renvoi de la question, il en va différemment après renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel : dès lors qu'il est saisi, ce dernier statue sur la question, nonobstant l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée (OO, art. 23-9). Cette solution s'explique par le caractère objectif de la décision du Conseil constitutionnel.

3. La procédure applicable à la question prioritaire de constitutionnalité posée devant les juridictions pénales

3.1. Le champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité

3.1.1. Les juridictions pénales relevant de la Cour de cassation

La question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant toutes les juridictions pénales relevant de la Cour de cassation, y compris pour la première fois en cause d'appel.

Elle peut donc être soulevée devant les juridictions d'instruction, de jugement, d'application des peines et de la rétention de sûreté ainsi que le rappelle l'article R.*49-21 du code de procédure pénale.

Sont donc concernées les juridictions suivantes :

- au stade de l'instruction :

le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, le juge des enfants, la chambre de l'instruction et le président de la chambre de l'instruction ;

- au stade du jugement :

la juridiction de proximité et le tribunal de police, le juge des enfants, le tribunal pour enfants et la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel, le tribunal correctionnel siégeant à juge unique ou en formation collégiale, la chambre correctionnelle de la cour d'appel,

- au stade de l'application des peines et des mesures de sûreté :

le juge de l'application des peines, le tribunal de l'application des peines et la chambre d'application des peines de la cour d'appel, les juridictions régionale de la rétention de sûreté et la juridiction nationale de la rétention de sûreté.

3.1.2. Une exception : la Cour d'assises

Le législateur organique a cependant tenu à apporter une exception à ce principe et a exclu les Cours d'assises du champ de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cette exclusion se justifie par la composition particulière de cette juridiction et le principe de continuité des débats en vertu duquel les débats ne peuvent être interrompus et doivent continuer jusqu'à ce que la cause soit terminée par l'arrêt de la cour d'assises.

Il demeure que la contestation d'une disposition législative peut être réglée avant l'ouverture du procès criminel puisqu'il est possible de soulever la question prioritaire de constitutionnalité au cours de l'instruction pénale.

En outre, ainsi qu'il est rappelé au dernier alinéa de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée en cas d'appel d'un arrêt de cour d'assises rendu en premier ressort.

A cette occasion, la question prioritaire de constitutionnalité, soulevée dans un écrit distinct et motivé, est jointe à la déclaration d'appel faite au greffe de la cour d'assises qui a rendu la décision attaquée. Elle est alors immédiatement transmise à la Cour de cassation, dont la chambre criminelle est chargée de désigner la cour d'assises d'appel, de telle sorte que la question prioritaire de constitutionnalité sera examinée avant l'ouverture des débats devant la cour d'assises statuant en appel.

3.2. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité

3.2.1. L'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité

Ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans le considérant 9 de sa décision du 3 décembre 2009, les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposent de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Cette faculté est donc ouverte à toutes les parties au procès pénal : la partie civile, la personne mise en examen, le prévenu, ainsi que la personne condamnée.

Cette faculté est également ouverte au témoin assisté qui, bien qu'il ne soit pas à strictement parler une partie à la procédure, bénéficie de certains droits de la personne mise en examen. Ainsi, le témoin assisté, quand il saisit la chambre de l'instruction d'une requête en nullité sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale, peut également soulever une question prioritaire de constitutionnalité.

Le ministère public, en sa qualité de partie au procès pénal, peut soulever une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴. En pratique, il lui appartiendra surtout de formuler des observations sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par une des parties. En effet, il devrait être exceptionnel que le ministère public chargé de requérir l'application de la loi soulève en même temps son inconstitutionnalité, en dehors de l'hypothèse de dispositions législatives anciennes tombées en désuétude.

En revanche, l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel précise qu'un juge ne peut relever d'office le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et donc formuler une question prioritaire de constitutionnalité.

Le constituant a en effet souhaité, comme en témoigne les débats parlementaires, que seuls les justiciables puissent poser une question prioritaire de constitutionnalité. Ceux-ci sont libres d'exercer ou non le droit que la Constitution leur a conféré et le juge ne saurait interférer dans ce choix.

3.2.2. Le moment auquel la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée

La question prioritaire de constitutionnalité ne peut être soulevée qu'à l'appui d'une demande, ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans le considérant 3 de sa décision du 3 décembre 2009.

Cela emporte pour conséquence, d'une part, que la question ne peut donc être soulevée seule et de façon indépendante au cours de la procédure, d'autre part, que son régime juridique suit celui des demandes à l'occasion desquelles la question est soulevée.

Dès lors, devant les juridictions d'instruction, la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée à l'appui des demandes formulées par les parties, par exemple une demande de mise en liberté ou une requête en nullité.

Devant les juridictions de jugement, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité vient au soutien d'une exception de procédure devant être soulevée à un stade particulier de la procédure, elle devra également être présentée à ce stade de la procédure. Ainsi, la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'appui d'une exception de nullité ou d'une exception préjudicielle doit être également soulevée avant toute défense au fond en application des articles 385 et 386 du code de procédure pénale.

En revanche, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité vient au soutien d'une demande qui peut être déposée à tout moment de la procédure, par exemple une demande de supplément d'information, elle pourra être soulevée à tout moment de la procédure.

¹⁴ Cette faculté, rappelée par le Premier Président et le Procureur Général près la Cour de cassation lors de leur audition à l'occasion des débats parlementaire, est expressément évoquée dans les rapports de la commission des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat (pages 10 du rapport n°1898 de la commission des lois de l'Assemblée nationale et page 38 du rapport n°637 de la commission des lois du Sénat).

Enfin, aux termes du premier alinéa des articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question peut être soulevée non seulement en première instance, mais aussi pour la première fois en appel ou en cassation.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 23-2, la cour d'appel peut également connaître de la question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'une partie conteste le refus de transmission de la question.

Cette contestation ne peut alors intervenir qu'à l'occasion d'un recours formé contre la décision de première instance ayant statué sur la demande au cours de la procédure. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité est un moyen de procédure soulevé à l'appui d'une demande et ne saurait donc faire l'objet d'un examen en appel indépendamment de l'appel sur la demande à l'occasion de laquelle ce moyen a été soulevé.

3.2.3. L'exigence d'un écrit distinct et motivé

La question prioritaire de constitutionnalité doit être présentée dans un écrit distinct et motivé.

Cette exigence résulte de la volonté de faciliter le traitement de la question et de permettre à la juridiction qui en est saisie de statuer sur sa transmission dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans le considérant 8 de sa décision du 3 décembre 2009.

Il en résulte que la question prioritaire de constitutionnalité ne peut figurer, par exemple, dans les observations écrites formulées en réponse au projet de réquisitoire définitif ou dans des conclusions de nullité déposées devant la juridiction de jugement, et ce même s'il s'agit d'une partie distincte de ces documents. En outre, elle doit figurer intégralement dans l'écrit distinct exigé.

Cet écrit distinct doit toujours être visé par le greffe.

L'article R.* 49-22 du code de procédure pénale précise qu'au cours de l'instruction, l'écrit distinct et motivé est déposé au greffe de la chambre de l'instruction et est alors visé par le greffier avec l'indication du jour du dépôt. Il peut également être déposé au greffe du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention ou du juge des enfants statuant en qualité de juge d'instruction. Il est alors également visé par le greffier avec l'indication du jour du dépôt puis est transmis sans délai au greffe de la chambre de l'instruction.

L'article R.* 49-24 du code de procédure pénale règle le cas de la question soulevée par une personne détenue. Celle-ci peut remettre l'écrit distinct et motivé au chef de l'établissement pénitentiaire lorsqu'elle peut déjà former une demande par déclaration auprès de ce dernier, par exemple une demande de mise en liberté en application de l'article 148-7 du code de procédure pénale ou une déclaration d'appel en application de l'article 503 du code de procédure pénale. Le chef de l'établissement pénitentiaire doit alors viser l'écrit, avec l'indication du jour du dépôt, et l'adresser sans délai, en original ou en copie, au greffe de la juridiction saisie de la demande.

L'article R.* 49-29 maintient cette exigence lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée en appel, qu'il s'agisse de la première fois ou de la contestation

d'un refus de transmission de la question soulevée en première instance à l'occasion d'un recours formé contre la décision de première instance ayant statué sur la demande au cours de la procédure.

L'exigence de motivation de l'écrit distinct emporte pour conséquence qu'il doit comporter la mention de la disposition législative contestée ainsi que les droits ou les libertés que la Constitution garantit auxquels la disposition contestée est susceptible de porter atteinte. Sans qu'on ne puisse exiger un argumentaire détaillé, il importe que la juridiction puisse comprendre en quoi, pour l'auteur de la question, la disposition législative attaquée contrevient à une norme constitutionnelle.

Aux termes l'article R.*49-21 du code de procédure pénale, le non respect de ce formalisme est sanctionné par l'irrecevabilité de la question. Il est également précisé que cette irrecevabilité doit être constatée d'office par la juridiction.

3.3. *L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité*

3.3.1. Le juge compétent pour examiner la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

Il résulte des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée est compétente pour statuer sur sa transmission ou non à la Cour de cassation.

Le seul tempérament apporté à ce principe concerne l'instruction puisque le troisième alinéa de l'article 23-1 réserve son examen à la juridiction d'instruction du second degré.

Ainsi, comme on l'a vu précédemment, la question peut être soulevée à l'appui d'une demande à tout moment au cours de l'instruction, que ce soit devant le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le juge des enfants mais, l'examen de la question est réservée à la chambre de l'instruction ou au président de celle-ci.

Cette solution se justifie par le fait que la chambre de l'instruction est la seule juridiction compétente, au cours de l'instruction, pour statuer sur la validité de la procédure, le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le juge des enfants ne disposant pas du pouvoir d'annuler un acte ou une pièce de la procédure.

Enfin, l'article R.* 49-23 du code de procédure pénale règle le cas de la question soulevée à l'appui d'un « référé-liberté » (article 187-1 du code de procédure pénale). Dans ce cas, le président de la chambre de l'instruction ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace peut également examiner la question. Ce dernier peut toutefois décider de renvoyer cet examen à la chambre de l'instruction lorsque la question le justifie.

3.3.2. L'instruction de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

Il résulte de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que la juridiction doit statuer « sans délai » sur la transmission de la question à la Cour de cassation.

Le sens de cette exigence peut, à la lumière des débats parlementaires, être compris comme imposant à la juridiction de statuer dès qu'elle sera à même d'apprécier les conditions de la transmission. Si cette exigence n'impose pas à la juridiction de statuer immédiatement, elle ne peut toutefois différer l'examen de la question.

En pratique, et dans l'intérêt des justiciables, l'instruction de la question doit donc intervenir dans les délais les plus brefs.

Le législateur organique a précisé¹⁵ que quand elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, la juridiction doit se prononcer en premier sur la question prioritaire de constitutionnalité.

Cette priorité d'examen se justifie par la volonté d'assurer la prééminence de la Constitution au sein de notre ordre juridique et par l'effet *erga omnes* de la déclaration d'inconstitutionnalité qui conduit à l'abrogation de la disposition législative contestée.

En revanche, il n'a pas été institué d'autres priorités d'examen au profit de la question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, l'obligation de statuer « sans délai » sur la transmission n'interdit pas à la juridiction d'examiner d'autres moyens de défense présentant un caractère préalable et de nature à mettre fin à la procédure sans examen au fond.

L'article R.* 49-25 détermine la procédure selon laquelle il est statué sur la question prioritaire de constitutionnalité par renvoi aux règles habituellement applicables devant la juridiction compétente.

Cette procédure d'examen est par principe contradictoire, et comprend donc les observations du ministère public et celles des parties, formulées oralement ou par écrit.

Si elles le sont par écrit, elles doivent figurer dans un écrit distinct et motivé afin d'en permettre l'examen par la Cour de cassation dans l'hypothèse d'une transmission de la question. A défaut, elles ne pourraient être transmises avec la décision transmettant la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation.

Toutefois, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la juridiction pourra se dispenser de recueillir les observations du ministère public et des parties lorsqu'il apparaîtra certain, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu à transmettre la question (CPP, art. R.* 49-25). Tel pourrait être notamment le cas de questions portant sur des critiques déjà examinées et rejetées par le Conseil constitutionnel, saisi lors de l'adoption de la loi, ou à

¹⁵ Article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

l'occasion d'une précédente question prioritaire de constitutionnalité, en l'absence de changement des circonstances.

3.4. La décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

Les règles générales régissant la forme et le contenu des décisions de justice s'appliquent. Ainsi, par exemple, le jugement ou l'arrêt pourra être qualifié de contradictoire, contradictoire à signifier ou défaut.

3.4.1. La motivation de la décision statuant sur la transmission

Quelle que soit la nature de la décision, de transmission ou non, le jugement ou l'arrêt doit être motivé au regard des trois conditions déterminées par le législateur organique à l'article 23-12 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

1° Les juridictions pénales doivent apprécier si la disposition législative contestée est applicable à la procédure ou constitue le fondement des poursuites.

Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire que la disposition législative contestée commande la validité de la procédure pour faire l'objet d'une transmission, il suffit qu'elle soit applicable à la procédure (contrôle du caractère opérant du moyen).

2° Pour l'appréciation de la condition selon laquelle la disposition législative contestée ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, il convient de se reporter à la première partie de la circulaire.

3° les juridictions pénales doivent également vérifier si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux pour déterminer son éventuelle transmission, à l'instar des juridictions civiles (voir n°2.2.3.2, p. 22).

3.4.2. La décision de transmission

Aux termes de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la juridiction de première instance ou d'appel qui décide de transmettre la question sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel.

Le législateur organique a, cependant, prévu un certain nombre de tempéraments et exceptions au principe du sursis à statuer.

En premier lieu, le sursis à statuer ne suspend pas le cours de l'instruction. Aussi, le juge d'instruction, informé d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'appui d'une demande formulée au cours de l'instruction, peut continuer d'informer et de procéder à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité.

En second lieu, il est fait exception au sursis à statuer en cas de privation de liberté, quand la juridiction est tenue de statuer dans des délais déterminés ou quand le sursis entraînerait des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie.

En effet, en application du deuxième alinéa de l'article 23-3 de l'ordonnance, la juridiction ne peut pas surseoir à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

Cette exception au sursis à statuer porte sur le contentieux de la détention provisoire, tant au cours de l'instruction qu'à la clôture de l'instruction lorsque le prévenu ou l'accusé est renvoyé en détention provisoire ou encore dans l'hypothèse d'un renvoi de comparution immédiate assorti du placement en détention provisoire du prévenu.

En revanche, en application du troisième alinéa de l'article 23-3 de l'ordonnance, la juridiction dispose d'une faculté de surseoir ou non lorsque la loi prévoit qu'elle doit statuer dans un délai déterminé.

Par exemple, la chambre de l'instruction aura la faculté de surseoir à statuer lorsqu'elle transmettra une question soulevée à l'appui d'une requête en nullité en application des dispositions de l'article 194 du code de procédure pénale.

La question prioritaire de constitutionnalité doit ressortir clairement du dispositif de la décision. La juridiction qui décide de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité a la possibilité d'en reformuler les termes. Dans cette hypothèse, la question reformulée doit figurer dans le dispositif de la décision. En toute hypothèse la décision de transmission est adressée à la Cour de cassation avec « les mémoires ou les conclusions des parties » aux termes du dernier alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation, et éventuellement le Conseil constitutionnel, seront donc destinataires dans tous les cas de la formulation initiale de la question.

Dans un objectif de simplicité et de rapidité, les parties sont informées de la décision de transmission par un simple avis du greffe, adressé sans délai et par tout moyen. Cet avis viendra compléter, pour les parties qui ont comparu, l'information qui leur aura été directement donnée par le tribunal à l'audience.

Cependant, il résulte du deuxième alinéa de l'article R.* 49-28 du code de procédure pénale que, pour les autres parties qui n'ont pas comparu, l'avis leur est adressé sans délai par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cela n'exclut pas que, dans le cas où la décision de transmission est qualifiée de contradictoire à signifier, la signification de cette décision intervienne ensuite, à l'occasion de la signification de la décision statuant sur l'affaire.

En outre, cet avis comprend les informations utiles aux parties, notamment le rappel des délais dans lesquels les parties pourront faire connaître leurs observations devant la Cour de cassation.

Enfin, il convient de rappeler qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel la décision de transmission est adressée à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties.

Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

3.4.3. L'hypothèse de non-transmission des questions sérielles

Il peut arriver qu'une juridiction soit saisie de questions prioritaires de constitutionnalité mettant en cause pour les mêmes motifs une disposition législative dont la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi.

Dans cette hypothèse, il sera le plus souvent inutile pour le juge du fond de transmettre à nouveau ces questions prioritaires de constitutionnalité à la Cour de cassation, puisque celle-ci procède à un contrôle objectif de la disposition contestée et ne s'intéresse pas à cette occasion au fond de l'affaire.

Aussi, il est prévu, à l'article R.* 49-26 du code de procédure pénale, que la juridiction n'est pas tenue de transmettre cette question.

Il convient toutefois que la contestation de la disposition législative soit fondée sur les mêmes motifs que pour les questions déjà transmises : ce sont donc les mêmes droits et libertés constitutionnelles qui doivent être invoquées aux termes d'une argumentation juridique de même nature pour fonder la contestation de la disposition législative attaquée.

Les juridictions pourront procéder à cette vérification en consultant, sur le site intranet de la Cour de cassation, la liste des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui auront été transmises.

Il est également précisé, qu'en cas de non transmission pour ce motif, la juridiction sursoit à statuer sur le fond jusqu'à ce qu'elle soit informée de la décision de la Cour de cassation ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel.

Aussi, lorsque la juridiction est tenue de statuer sans sursoir parce qu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ou que la juridiction envisage de le faire parce qu'elle est tenue de statuer dans un délai déterminé, elle ne peut faire application des dispositions relatives aux questions sérielles et doit transmettre la question à la Cour de cassation.

3.4.4. La décision de refus de transmission.

Cette décision intervient lorsque l'une au moins des conditions précédemment examinée n'est pas remplie.

Elle peut figurer dans la décision relative à la demande à l'appui de laquelle la question a été posée ou bien dans une décision spécifique consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité.

Dans tous les cas, l'avis aux parties précise, en application du troisième alinéa de l'article R.*49-28 du code de procédure pénale, que la question ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours formé contre une décision ayant statué sur la demande au cours de la procédure.

Aux termes de l'article R.*49-27 du code de procédure pénale, le refus de transmettre la question dessaisit la juridiction du moyen tiré de la question prioritaire de constitutionnalité.

Toutefois, la juridiction peut, si elle entend à l'occasion de l'examen de l'affaire faire application de la disposition législative contestée, rétracter ce refus de transmission lorsqu'il a été exclusivement motivé par la constatation que cette disposition n'était pas applicable à la procédure en cause ou ne constituait pas le fondement des poursuites et, ainsi, décider de transmettre la question.

Il résulte de ces dispositions que la juridiction peut d'office rétracter son précédent refus de transmission sans que l'auteur de la question ou une autre partie ne le lui demande.

En outre, le débat sur la question ayant déjà eu lieu, il n'est pas nécessaire pour la juridiction de rouvrir les débats pour se rétracter.

3.5. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation

La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation et, le cas échéant, au Conseil constitutionnel ne diffère pas de ce qui a été présenté au 2.3 de la circulaire. Il convient donc de s'y reporter.

En revanche, une attention particulière doit être portée à l'hypothèse d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel alors même que la décision pénale à l'occasion de laquelle cette question a été soulevée est devenue définitive.

En effet, il convient de rappeler, qu'aux termes de l'article 23-9 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, l'extinction pour quelque cause que ce soit de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question par le Conseil constitutionnel.

Bien évidemment, il s'agit d'une question largement théorique s'agissant d'une condamnation au fond.

En tout état de cause, il appartiendra au justiciable qui estime avoir été condamné sur le fondement d'une disposition inconstitutionnelle de faire appel s'il est condamné avant que le Conseil constitutionnel ne statue et, ensuite, de former un pourvoi s'il est condamné en appel avant que le Conseil constitutionnel ne statue. En effet, dans ce cas, la Cour de cassation

devra attendre la décision du Conseil constitutionnel en application des dispositions de l'article 23-3 alinéa 5. La Cour de cassation n'est en effet jamais tenue de statuer dans un délai déterminé quand elle est saisie d'un pourvoi sur une condamnation en appel. Dans ces conditions elle n'aura pas possibilité de se prononcer avant la décision du Conseil constitutionnel.

En revanche, en matière de détention provisoire, compte tenu des délais dans lesquels les juridictions du fond et la Cour de cassation sont tenus de statuer, il peut arriver que la décision soit devenue définitive avant que le Conseil constitutionnel ne déclare la disposition législative inconstitutionnelle.

Aussi, le Conseil constitutionnel, dans sa réserve d'interprétation figurant au considérant 18 de sa décision du 3 décembre 2009, prévoit que le justiciable conserve la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel lorsque ce dernier a été saisi de la question et a déclaré la disposition législative contestée inconstitutionnelle. Il en résulte que le justiciable pourra toujours déposer une demande de mise en liberté sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel.

4. La question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour de cassation

En application de la loi organique, la Cour de cassation peut être saisie d'une demande de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans deux hypothèses différentes :

1° soit sur transmission d'une question par le juge du fond (OO, art. 23-2 et 23-4) ; dans ce cas, la saisine de la Cour de cassation est la suite de la procédure examinée aux points 2 et 3 ;
2° soit dans une instance à l'occasion d'un pourvoi au cours laquelle est soulevé, y compris pour la première fois, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (OO, art. 23-5).

4.1. La procédure aux fins de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité

La Cour de cassation doit statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois mois suivant sa saisine. Pour garantir une telle célérité, la loi organique soumet l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité à une formation particulière présidée par le premier président de la Cour de cassation.

4.1.1. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par la formation statuant sur le renvoi

Le premier président est destinataire de l'ensemble des questions prioritaires de constitutionnalité transmises, selon le cas, par les juridictions judiciaires relevant de la Cour de cassation ou les chambres de la Cour de cassation (LO, art. 23-6, al. 1^{er}).

Dès qu'il reçoit une telle question, il avise le procureur général, pour que celui-ci puisse faire connaître son avis (OO, art. 23-6 ; CPC, art. 126-10).

Le premier président détermine en outre la ou les chambres spécialement concernées pour permettre de constituer la formation statuant sur le renvoi. En effet, la formation de la Cour de cassation chargée d'examiner les renvois, présidée par le premier président, est composée de l'ensemble des présidents des chambres et de deux conseillers de chaque chambre spécialement concernée, à moins que le premier président, considérant que la solution paraît s'imposer, ne renvoie la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président et d'un conseiller de la chambre spécialement concernée (OO, art. 23-6, al. 2 à 3 ; COJ, art. R. * 461-2 à R.* 461-5).

Les parties à l'instance principale peuvent produire des observations devant la formation de renvoi. En revanche, elles ne sont pas tenues de le faire. En effet, la Cour de cassation est saisie par les écritures des parties jointes à la décision de transmission, de sorte que les parties qui ont présenté leurs observations devant la juridiction saisie de l'instance principale dans un écrit distinct et motivé peuvent, si elles ne souhaitent pas les compléter, s'en contenter, sans comparaître devant la Cour de cassation.

Dans les matières dans lesquelles la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation, les observations que les parties entendent présenter doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

En matière civile, le ministère d'avocat aux conseils est obligatoire en toute matière, à la seule exception du contentieux électoral.

En matière pénale, tel est le cas sauf lorsque les observations émanent de la personne condamnée, de la partie civile en matière d'infraction à la loi sur la presse ou du demandeur en cassation lorsque la chambre criminelle est saisie d'un pourvoi en application des articles 567-2, 574-1 et 574-2 du code de procédure pénale.

En outre, ces observations doivent être remises à la Cour de cassation dans un délai d'un mois courant, selon le cas, à compter du prononcé de la décision ordonnant la transmission de la question ou de la communication du mémoire soulevant la question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion d'un pourvoi (CPC, art. 126-9 et 126-10 ; CPP, art. R.*49-30 et R.*49-31). Ce délai peut être réduit en cas d'urgence par le premier président ou son délégué, à la demande d'une partie ou d'office ; le greffe notifie cette décision aux parties (CPC, art. 126-11, al. 1^{er} et art. 126-12 ; CPP, R.*49-32 et R.*49-33).

En revanche, ce délai est hors du domaine d'application des articles 643, 644 et 1023 du code de procédure civile, relatifs aux augmentations de délais en cas d'éloignement, sachant au surplus que de telles augmentations seraient incompatibles avec le délai de trois mois imparti par le législateur organique à la Cour de cassation pour statuer sur le renvoi.

Le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité est examiné à l'issue d'une audience de la formation, dont la date est fixée par le premier président ; le procureur général en est avisé et les parties en reçoivent notification (CPC, art. 126-11, al. 2 et art. 126-12 ; CPP, R.*49-32 et R.*49-33).

En application des règles générales régissant la procédure devant la Cour de la cassation, auxquelles il n'est pas dérogé, le premier président désigne un conseiller de la formation en qualité de rapporteur, chargé de faire un rapport oral ; les débats ont lieu en audience publique, sous les réserves prévues par l'article 11-1 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 ; après le rapport fait à l'audience, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont entendus, s'il en font la demande, et le procureur général fait connaître son avis (CPC, art. 1012 à 1019 ; CPP, art. 602).

4.1.2. La décision statuant sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité

La formation statue sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité par un arrêt motivé, dans un délai de trois mois suivant la réception de la décision de transmission ou la remise du mémoire présenté à l'occasion d'un pourvoi. Si la Cour de cassation n'a pu se prononcer dans ce délai, l'affaire est transmise au Conseil constitutionnel (OO, art. 23-4, art. 23-5, al. 3, art. 23-7).

Le renvoi est décidé par la Cour de cassation lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- d'une part, la Cour de cassation vérifie, à l'instar de la juridiction ayant transmis la question, qu'il est soutenu qu'une disposition législative, qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances, porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit (cf. n° 1.1.1, p.6) et que la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou qu'elle constitue le fondement des poursuites ;
- d'autre part, la Cour de cassation s'assure que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux (OO, art. 23-4 et 23-5, al. 3). Le caractère sérieux correspond donc à un examen plus approfondi que celui effectué par le juge du fond ; quant au caractère nouveau, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009 est venu préciser que : *« le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel »* (décision n° 2009-595 DC, n° 21).

La décision de la formation de renvoi est publique (CPC, art. 1016, rappelant L 72-626, art. 11-2).

Elle est communiquée à la juridiction qui a transmis la question et notifiée aux parties, par le greffe, dans les huit jours de son prononcé (OO, art. 23-7, al. 2).

Lorsque la Cour de cassation renvoie la question au Conseil constitutionnel, elle joint à son arrêt les écritures des parties exclusivement consacrées à la question. Le Conseil constitutionnel est venu préciser que *« seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis »* (décision préc., considérant n°27), ce dont il ressort que sont transmis au Conseil constitutionnel non seulement les observations éventuelles ou les

mémoire spéciaux présentées devant la Cour de cassation, mais également les écritures jointes à la décision de transmission de la question rendue par la juridiction saisie de l'affaire¹⁶.

4.2. Les règles propres à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'un pourvoi en cassation

Une partie peut, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, soulever une question prioritaire de constitutionnalité, y compris pour la première fois. En revanche, comme les juridictions du fond, la Cour de cassation ne peut relever d'office une telle question (OO, art 23-5).

La partie qui soulève le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution le présente dans un mémoire distinct et motivé, à peine d'irrecevabilité. La question prioritaire de constitutionnalité étant un moyen venant au soutien d'une prétention, ce mémoire répond pour le surplus au régime applicable au pourvoi. Ainsi ce mémoire doit-il être remis et communiqué selon les modalités et dans les délais impartis à son auteur pour établir, selon le cas, le mémoire ampliatif ou le mémoire en réponse ou pour former un pourvoi incident.

Dès que ce mémoire est remis à la Cour, il est transmis au premier président pour que celui-ci puisse le soumettre à la formation chargée d'examiner les renvois au Conseil constitutionnel.

Parallèlement, les autres parties disposent d'un délai d'un mois pour remettre un mémoire en réponse au mémoire soulevant la question prioritaire de constitutionnalité ; ce mémoire est établi, remis et communiqué suivant les règles régissant le pourvoi (CPC, art. 126-10 ; CPP, art. R.*49-30).

En outre, la formation de la Cour de cassation saisie du pourvoi ne peut se prononcer sur un moyen contestant la conformité de la disposition considérée aux engagements internationaux de la France qui serait également invoqué par l'auteur de la question de constitutionnalité, avant que la formation de renvoi de la Cour de cassation ne se soit prononcée sur la question de constitutionnalité (OO, art 23-5).

Enfin, lorsque cette formation de renvoi saisit le Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité, la formation qui connaît du pourvoi sursoit à toute décision sur le pourvoi jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel ait statué (OO, art. 23-3, dernier al.). Toutefois, la Cour de cassation statue immédiatement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit un délai pour statuer, ce qui ne concerne que la matière pénale. La Cour de cassation peut également ne pas surseoir lorsqu'elle est tenue de se prononcer en urgence (OO, art. 23-5, al. 4).

¹⁶ En ce sens, voir Cahier du Conseil constitutionnel, préc., II, A, 2, c.

5. Les dispositions finales

5.1. *L'entrée en vigueur de la réforme*

L'article 61-1 de la Constitution, la loi organique du 10 décembre 2009 et le décret du 16 février 2010 entrent en vigueur le 1^{er} mars 2010. Cette réforme est applicable aux procédures en cours suivant un régime transitoire particulier (LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 5 ; décret n° 2010-148 du 16 février 2010, art. 7).

Dans les instances en cours lors de cette entrée en vigueur, une question prioritaire de constitutionnalité doit, pour être recevable, être présentée sous la forme d'un écrit distinct et motivé produit à compter du 1^{er} mars 2010.

Dans le cas particulier où l'instruction de l'affaire serait close lors de l'entrée en vigueur de la réforme, la présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité autorise la juridiction à rouvrir l'instruction dans les conditions suivantes :

D'une part, cette réouverture est laissée à l'appréciation de la juridiction, qui y procède si elle l'estime nécessaire.

D'autre part, la réouverture est faite pour les seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité. Elle n'autorise donc pas les parties à présenter de nouvelles prétentions ou de nouveaux moyens, sous réserve que la juridiction ne préfère rouvrir les débats ou l'instruction dans leur entier.

Enfin, cette règle ne concerne que les instances pour lesquelles l'instruction de l'affaire est close au 1^{er} mars 2010, sans que la juridiction ne soit déjà dessaisie par le prononcé de sa décision sur le fond. S'agissant d'une disposition purement transitoire, elle ne s'applique donc pas aux questions prioritaires de constitutionnalité qui seraient ultérieurement soulevées après clôture des débats ou de l'instruction : une fois que cette disposition aura épuisé ses effets, la réouverture éventuelle des débats ou le rabat de la clôture sera régie par le droit commun de la procédure.

En pratique, dans les procédures écrites avec une phase d'instruction préalable aux débats (tribunal de grande instance, procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel), cette règle transitoire autorise la juridiction à rabattre la clôture de l'instruction pour entendre les parties sur la question prioritaire de constitutionnalité. Dans les procédures orales sans phase d'instruction préalable, cette règle ne concernera que le cas des affaires mises en délibéré, pour lesquelles la juridiction disposera de la faculté de rouvrir les débats.

5.2. *L'application de la réforme outre-mer*

La réforme, qui met en œuvre la Constitution, s'applique sur l'ensemble du territoire de la République (pour le décret n° 2010-148 du 16 février 2010, art. 6).

La réforme est donc applicable dans tous les départements et toutes les collectivités d'outre-mer, ainsi qu'en Nouvelle Calédonie. Pour cette dernière, les lois de pays peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie, art. 107, al. 2, inséré par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 3).

La mise en œuvre de la loi organique du 10 décembre 2009 relève de la compétence de l'Etat. Il s'ensuit que les dispositions insérées dans le code de procédure civile s'appliquent y compris dans les collectivités normalement compétentes pour édicter les règles de procédure civile, à savoir la Polynésie française et la Nouvelle Calédonie.

Ainsi qu'il a été indiqué, les délais de distance ne trouvent pas à s'appliquer à l'instance aux fins de renvoi se déroulant devant la Cour de cassation (voir n° 4.1.1, p. 43)

* * *

La présente circulaire peut être consultée, avec un dossier documentaire, sur le site intranet de la direction des affaires civiles et du sceau.

De la même façon, vous trouverez, sur le site intranet de la direction des services judiciaires, un ensemble de documents permettant d'assurer la gestion du traitement de ce contentieux, notamment des instructions au greffe et les modes opératoires informatiques.

En outre, la Cour de cassation a mis en ligne un espace accessible depuis son intranet dédié à la question prioritaire de constitutionnalité, avec de nombreuses fiches pratiques à destination des juridictions, et son bureau du droit constitutionnel est disponible pour répondre aux questions des juridictions.

Le site internet du Conseil constitutionnel permet également d'accéder à de nombreuses informations utiles. L'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel y est présentée sous forme de tables analytiques ; les rubriques 4 « droits et libertés » et 5 « principe d'égalité » présentent ainsi de manière analytique et structurée, les principaux droits et libertés susceptibles d'être invoqués dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Un tableau recense les dispositions législatives déjà jugées conformes à la Constitution. En outre, à compter de l'entrée en vigueur de la réforme, le Conseil constitutionnel diffusera sur son site la liste des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui auront été renvoyées.

Enfin, la présente circulaire sera complétée par le secrétariat général (service de l'accès au droit à la justice et de l'aide aux victimes).

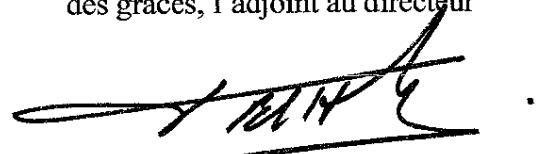
Vous voudrez bien informer la chancellerie, sous le double timbre de la direction des affaires civiles et du sceau et de la direction des affaires criminelles et des grâces, des difficultés que vous pourriez rencontrer dans la mise en œuvre de la présente circulaire.

La Directrice des affaires civiles et du
Sceau



Pascale FOMBEUR

Pour le Directeur des affaires criminelles et
des grâces, l'adjoint au directeur



Thierry POCQUET du HAUT-JUSSE

Table des matières

INTRODUCTION ET PRESENTATION SYNTHETIQUE DE LA REFORME.....	4
1. L'OBJET DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE	6
1.1. La contestation d'une disposition législative	6
1.1.1. Ce qui est inclus dans le champ	6
1.1.2. Ce qui est exclu du champ :	7
1.2. La norme constitutionnelle invoquée à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité.....	8
1.3. Une condition obstacle : la disposition ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances.....	10
1.3.1. Le principe : la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel	10
1.3.2. L'exception : le changement des circonstances autorisant la question prioritaire de constitutionnalité	11
2. LA PROCEDURE APPLICABLE A LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE POSEE DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES.....	11
2.1. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.....	12
2.1.1. L'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité.....	12
2.1.1.1. Une faculté ouverte à toutes les parties à un procès civil	12
2.1.1.2. L'interdiction pour le juge de relever d'office une question prioritaire de constitutionnalité ..	12
2.1.2. L'exigence d'un écrit distinct et motivé.....	13
2.1.2.1. Un écrit.....	13
2.1.2.2. Un écrit distinct	13
2.1.2.3. Un écrit motivé.....	14
2.1.3. Le moment auquel la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée	14
2.2. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité	15
2.2.1. Le juge compétent pour examiner la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité....	15
2.2.2. L'instruction de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.....	16
2.2.2.1. L'obligation de statuer sans délai sur la transmission de la question	16
2.2.2.2. L'ordre d'examen des questions.....	16
2.2.2.3. L'hypothèse de non transmission des questions sérielles	18
2.2.2.4. L'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité	18
2.2.2.5. La mise en délibéré de l'affaire	21
2.2.3. La décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.....	21
2.2.3.1. La forme de la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité.....	21
2.2.3.2. Les conditions de la transmission de la question	22
2.2.3.3. Les règles propres à la décision ordonnant la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité	24
2.2.3.4. Les règles propres à la décision refusant de transmettre la question	27
2.3. Le recours contre la décision statuant sur la transmission question prioritaire de constitutionnalité.....	28
2.3.1. L'obligation de former la contestation à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.....	29
2.3.2. L'examen de la contestation à l'occasion du recours	29
2.3.2.1. La déclaration d'appel et la présentation de la contestation du refus de transmission.....	29
2.3.2.2. L'instruction de la contestation et l'arrêt de la cour	30
2.3.3. L'examen de l'appel contre la décision qui a statué sur le fond malgré la transmission de la question	31

2.4. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation	31
---	-----------

3. LA PROCEDURE APPLICABLE A LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE POSEE DEVANT LES JURIDICTIONS PENALES..... 33

3.1. Le champ d’application de la question prioritaire de constitutionnalité	33
3.1.1. Les juridictions pénales relevant de la Cour de cassation	33
3.1.2. Une exception : la Cour d’assises	34
3.2. La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.....	34
3.2.1. L’auteur de la question prioritaire de constitutionnalité.....	34
3.2.2. Le moment auquel la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée	35
3.2.3. L’exigence d’un écrit distinct et motivé.....	36
3.3. L’examen de la question prioritaire de constitutionnalité	37
3.3.1. Le juge compétent pour examiner la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité....	37
3.3.2. L’instruction de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.....	38
3.4. La décision statuant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité	39
3.4.1. La motivation de la décision statuant sur la transmission	39
3.4.2. La décision de transmission	39
3.4.3. L’hypothèse de non-transmission des questions sérieelles	41
3.4.4. La décision de refus de transmission.....	41
3.5. La suite de la procédure en cas de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation	42

4. LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LA COUR DE CASSATION..... 43

4.1. La procédure aux fins de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité	43
4.1.1. L’examen de la question prioritaire de constitutionnalité par la formation statuant sur le renvoi	43
4.1.2. La décision statuant sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.....	45
4.2. Les règles propres à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l’occasion d’un pourvoi en cassation.....	46

5. LES DISPOSITIONS FINALES..... 47

5.1. L’entrée en vigueur de la réforme	47
5.2. L’application de la réforme outre-mer	47

TABLE DES MATIERES..... 50