

Rapport de Mr Jacques Antoine Robert,  
Membre du conseil de l'ordre

## La question prioritaire de constitutionnalité au regard du rôle de l'avocat

1.	L'introduction de la question d'inconstitutionnalité.....	2
1.1	Initiative de la question de constitutionnalité .....	2
	(A) Moment auquel le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé .....	2
	(1) Forme du moyen d'inconstitutionnalité .....	2
	(2) Articulation de la question de constitutionnalité avec celle de conventionalité .....	3
	(B) Questions en suspens.....	3
	(1) Les dispositions susceptibles d'être contestées .....	3
	(2) Les droits et libertés susceptibles d'être invoqués .....	4
	(3) La notion de « juridiction » .....	4
2.	Le cheminement de la question prioritaire de constitutionnalité .....	4
2.1	Les conditions de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité .....	4
	(A) La décision de transmission.....	5
	(B) La phase devant le Conseil constitutionnel .....	6

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un article 61-1 dans la Constitution qui instaure un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois. Selon cet article, en effet, « 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'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Cette réforme comporte ainsi trois aspects :

- tout d'abord, tout justiciable peut désormais soutenir devant le juge qu'une disposition législative applicable au litige porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

- ensuite, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont compétence pour décider si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question ;

- enfin, le Conseil constitutionnel a le pouvoir de trancher la question et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative jugée contraire à la Constitution.

La loi organique du 10 décembre 2009, qui s'appliquera à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010 aux procédures nouvelles et en cours, est venue déterminer les règles applicables devant les juridictions du fond, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation et, enfin, devant le Conseil constitutionnel. Elle fixe notamment les conditions de recevabilité de la question de constitutionnalité et précise les modalités et les délais de son examen.

La loi organique du 10 décembre 2009 n'a toutefois pas tout prévu, de nombreuses questions restant en suspens.

Cette réforme est l'occasion d'étendre le champ d'intervention des avocats. Elle les invite, en effet, de s'interroger, dans chaque dossier, sur l'éventuelle contrariété entre les dispositions législatives en cause et le bloc de constitutionnalité, et, dès lors, de porter une attention particulière à la jurisprudence constitutionnelle, afin de détecter les questions prioritaires susceptibles d'être soulevées.

## 1. **L'introduction de la question d'inconstitutionnalité**

### 1.1 **Initiative de la question de constitutionnalité**

L'initiative de la question prioritaire de constitutionnalité est réservée aux parties. L'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 prévoit, en effet, que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi ne peut être relevé d'office par le juge.

Le praticien devra, dès lors, être d'autant plus attentif à d'éventuelles contrariétés entre les dispositions législatives applicables et la Constitution.

#### (A) **Moment auquel le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé**

Le moyen peut être soulevé pour la première fois en appel (article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958) et en cassation (article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958), aussi bien qu'en première instance.

Néanmoins, la matière pénale est régie par des dispositions particulières, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ne pouvant être soulevé qu'à deux stades de la procédure pénale : d'une part, au cours de l'instruction qui précède le procès (la question sera alors portée devant la chambre de l'instruction), d'autre part, à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu en premier ressort par une cour d'assises ou du pourvoi en cassation formé contre un arrêt de cour d'assises rendu en appel. Il ne peut donc être soulevé devant la cour d'assises (article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958).

#### (1) **Forme du moyen d'inconstitutionnalité**

Le moyen doit être « présenté dans un écrit distinct et motivé » (article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958) ou dans un « mémoire distinct et motivé », lorsqu'il est présenté devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation (article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958). Ce formalisme est exigé à peine d'irrecevabilité du moyen.

Dans la pratique, il conviendra donc sans doute que ce moyen soit formulé dans un mémoire ou des conclusions spécifiques, distinct(es) de tout autre écrit : requête introductive d'instance, mémoire en défense, assignation, conclusions etc.

S'agissant de la motivation, il importera que l'auteur de la question ne se contente pas de soutenir que telle loi est contraire à la Constitution. Il importera de préciser quelle(s) disposition(s) de la loi est (sont) contraire(s) à quelle(s) disposition(s) de la Constitution et d'en justifier par référence, principalement, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La question se posera de la portée d'une éventuelle irrecevabilité. En d'autres termes, si le juge saisi constate qu'une question prioritaire de constitutionnalité n'est pas formulée par un « écrit distinct et motivé », pourra-t-il autoriser son auteur à régulariser sa question en la reformulant conformément à cette exigence de la loi organique ?

Devant les juridictions du fond, ces écrits distincts et motivés seront signés par un avocat ou un avoué en cas de procédure avec représentation obligatoire, et pourront être signés par les parties dans les autres cas.

Devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, ils seront signés par un avocat aux Conseils, dans le cas d'une procédure avec représentation obligatoire, et pourront l'être par les parties elles-mêmes ou par leurs avocats dans les autres cas.

## (2) **Articulation de la question de constitutionnalité avec celle de conventionalité**

Dans le cas où la disposition législative contestée paraîtra contraire à la fois au droit constitutionnel et au droit conventionnel, il appartiendra à l'avocat de conseiller son client quant au choix de la stratégie procédurale à adopter : soulever l'un ou l'autre des moyens, ou les deux moyens simultanément.

Pour ce faire, outre les chances de succès de chacun des moyens et la durée de chacune des procédures, divers éléments devront être pris en considération.

L'avocat devra tenir compte, tout d'abord, de ce que, en cas d'invocation concomitante de la Constitution et d'une convention internationale, le juge devra donner la priorité à l'examen du moyen tiré de la violation des droits et libertés garantis par la Constitution (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958).

Le choix devra également s'opérer en tenant compte de la méthode de contrôle. Le contrôle de conventionalité est, en effet, à la fois un contrôle de compatibilité et un contrôle concret de la manière dont la loi est appliquée. C'est ainsi qu'une loi, sans être inconventionnelle en son principe, peut faire l'objet d'une application disproportionnée. Le contrôle de constitutionnalité, quant à lui, est essentiellement un contrôle de conformité.

L'avocat doit savoir, en outre, que l'exception d'inconventionnalité et la question prioritaire de constitutionnalité n'aboutissent pas au même résultat. Lorsqu'une exception d'inconventionnalité est accueillie, la disposition légale ne disparaît pas ; le juge s'abstient simplement d'en faire application au litige. A l'inverse, la question de constitutionnalité pourra conduire à faire disparaître la disposition contestée. L'article 62, alinéa 2 de la Constitution dispose, en effet, qu'une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». Le but poursuivi par le justiciable (simple non-application de la loi en l'espèce ou abrogation de la loi) constituera ainsi un élément important dans le choix procédural de l'avocat.

A cet égard, la nature des personnes concernées pourra aussi jouer un rôle important. Certains acteurs économiques et sociaux – syndicats, groupements, associations de consommateurs, associations de défense – peuvent, en effet, avoir un intérêt à la disparition définitive de la norme contestée ou à la consécration, *erga omnes*, d'une interprétation qui leur est favorable ».

Il sera enfin tenu compte du fait que le moyen d'inconstitutionnalité peut toujours être soulevé pour la première fois en cause d'appel.

### (B) **Questions en suspens**

#### (1) **Les dispositions susceptibles d'être contestées**

Comme le précise l'article 61-1 de la Constitution, la question de constitutionnalité ne peut être soulevée qu'à l'encontre d'une « disposition législative ». La formule posera probablement des problèmes d'interprétation.

Sans doute englobe-t-elle les lois susceptibles d'être soumises à un contrôle *a priori* de constitutionnalité.

La véritable question sera de savoir si les lois qui ne relèvent pas du contrôle de constitutionnalité *a priori* pourront faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La réponse devrait être négative s'agissant des lois référendaires, ainsi que pour les lois autorisant la ratification d'un traité ou un accord international.

La réponse paraît plus incertaine s'agissant des actes de force législative émanant de l'exécutif, telles que les ordonnances de l'article 38 de la Constitution ou les dispositions prises par le président de la République dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 16 de la Constitution et qui portent sur des matières législatives, dont le Conseil constitutionnel refuse traditionnellement de connaître.

## (2) **Les droits et libertés susceptibles d'être invoqués**

Les principales difficultés relatives à la détermination des droits et libertés qui pourront être invoqués tiennent à l'identification de ceux-ci par rapport aux autres exigences constitutionnelles.

Le justiciable ne pourra invoquer que la violation des libertés et droits substantiels reconnus par la Constitution.

Cependant, tous les droits et libertés garantis par la Constitution pourront être invoqués, qu'ils figurent dans le texte constitutionnel à proprement parler ou dans les textes qui lui sont rattachés : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Charte de l'environnement, ou qu'ils prennent la forme de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

S'agissant de la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une disposition législative au regard des objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel, il semble que tout dépendra de la nature de l'objectif invoqué.

La question sera posée, enfin, de savoir si la carence du législateur pourra être invoquée au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'elle affecte les droits que la Constitution reconnaît aux justiciables.

## (3) **La notion de « juridiction »**

La question de constitutionnalité ne pourra être soulevée qu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. Dans la mesure où les critères de distinction entre les institutions juridictionnelles et les autres sont assez clairement établis, ce point ne devrait pas être source de trop de difficultés.

Il sera ainsi exclu, par exemple, que la question de constitutionnalité soit soulevée devant une instance arbitrale ou une autorité administrative indépendante, et, plus largement, devant toute juridiction qui ne relève pas du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, tel que le Tribunal des conflits ou le Conseil constitutionnel lui-même statuant en tant que juge électoral.

## 2. **Le cheminement de la question prioritaire de constitutionnalité**

La réforme a prévu un principe d'un double filtrage des questions de constitutionnalité, d'abord par la juridiction saisie du moyen, ensuite par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation.

### 2.1 **Les conditions de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité**

Les juridictions inférieures ne transmettront la question de constitutionnalité à la juridiction suprême dont elles relèvent que lorsque trois conditions seront réunies :

- la disposition législative contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances affectant la portée de la disposition législative critiquée (DC n°2000-595 du 3 décembre 2009) ;
- la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

S'agissant des conditions de la transmission de la question de constitutionnalité par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, elles sont identiques à celles précédemment évoquées, à l'exception de la troisième d'entre elles. A ce stade de la procédure, il est, en effet, exigé que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux (article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958).

Le Conseil constitutionnel a précisé qu'une question ne peut être nouvelle au seul motif que la disposition législative n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel. Selon lui, la nouveauté de la question suppose qu'il y ait lieu d'interpréter une disposition constitutionnelle dont il « n'a pas encore eu l'occasion de faire application » (DC n°2000-595 du 3 décembre 2009, cons. 21).

Il appartiendra ainsi à l'avocat, dans ses écritures, de démontrer que les conditions de transmission de la question de constitutionnalité sont remplies. Ainsi que l'a fait valoir C. HUGLO, « les avocats seront la première et essentielle clé du système : pas de saisine du Conseil constitutionnel sans transmission, pas de transmission sans pertinence des écritures sur la question prioritaire de constitutionnalité » (C. HUGLO, A propos de la question prioritaire de constitutionnalité : de nouvelles obligations aussi exigeantes qu'exaltantes pour les avocats, LPA 25 janvier 2010, p. 6).

Le juge prendra soin, avant de prendre sa décision, de mettre en mesure les autres parties de prendre position sur la question, conformément aux usages de la juridiction en cause.

Il est à noter que, lorsque les conditions énoncées seront remplies, la transmission de la question présentera un caractère obligatoire, tandis que lorsque les conditions ne seront pas remplies, le juge devra se refuser à la transmettre.

#### **(A) La décision de transmission**

Les juridictions inférieures devront statuer « sans délai » sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. La décision de transmission sera ensuite adressée à la juridiction suprême compétente dans les huit jours de son prononcé, avec les conclusions des parties (article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958). La question de savoir ce que pourra faire l'auteur de la question de constitutionnalité en cas de non-respect de ces exigences reste toutefois en suspens.

Les juridictions suprêmes disposeront d'un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission, ou de la présentation du moyen, lorsque celui-ci est invoqué pour la première fois devant elles, pour se prononcer sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958). A défaut de se prononcer dans ce délai, le Conseil constitutionnel sera directement saisi (article 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958). La loi organique du 10 décembre 2009 n'a toutefois pas précisé les modalités de cette saisine.

En cas de décision de saisine du Conseil constitutionnel, les conclusions et mémoires des parties seront transmis à celui-ci.

La décision de transmission aux juridictions suprêmes ou au Conseil constitutionnel devra être motivée et ne sera susceptible d'aucun recours. La décision de ne pas transmettre pourra, quant à elle, être contestée à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

En cas de transmission de la question de constitutionnalité, la juridiction saisie devra surseoir à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel (article 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958).

Le principe du sursis à statuer a toutefois été assorti d'exceptions, qui sont soit automatiques, soit facultatives.

Le législateur a ainsi exclu qu'il soit sursis à statuer, tout d'abord, lorsqu'une personne est privée de sa liberté à raison de l'instance, ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

Il a ensuite prévu que, lorsque la juridiction doit statuer dans un délai déterminé en vertu d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une procédure d'urgence, elle peut statuer sans attendre la décision relative à la question de constitutionnalité.

Par ailleurs, les juridictions inférieures pourront décider de statuer sur les points qu'elles estimeront devoir être immédiatement tranchés lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie.

Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de ces exceptions, mais a émis une réserve d'interprétation : dans le cas où une décision définitive aura été rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question de constitutionnalité, le justiciable ne pourra être privé de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil » (DC n°2000-595 du 3 décembre 2009, cons. 18).

## **(B) La phase devant le Conseil constitutionnel**

Une fois saisi, le Conseil constitutionnel devra aviser « immédiatement » le président de la République, le premier ministre, et les présidents des deux assemblées (article 23-8 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958), et devra statuer dans un délai de trois mois à compter de sa saisine (article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958).

La procédure devant le Conseil constitutionnel sera fixée par un règlement de procédure.

La loi organique du 10 décembre 2009 a toutefois déjà posé quelques principes.

Ainsi, la procédure devant le Conseil constitutionnel sera contradictoire.

Les conclusions ou mémoires des parties lui seront communiqués. Chacune des parties pourra avoir communication du ou des mémoires adverses et y répondre.

Cet échange reste encore à organiser, ne serait-ce qu'en termes de délais.

Devront aussi être résolues, d'une part, la question de la transmission ou non aux parties des observations qui pourront être adressées au Conseil constitutionnel par le président de la

République, le premier ministre et les présidents des deux assemblées, et, d'autre part, celle de savoir si les parties au litige pourront répondre à ces observations.

L'audience sera publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

Dans son rapport n° 637 fait au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 29 septembre 2009, M. Hugues PORTELLI a précisé que «la représentation des parties devant le Conseil constitutionnel devrait être facultative et ne devrait pas obéir à des principes trop rigides ». La doctrine est opposée quant à l'interprétation de cette disposition. En effet, si selon le Professeur MATHIEU, l'accès à la barre devrait ainsi être ouvert à la fois aux avocats à la Cour et aux avocats aux Conseils, le Professeur VERPEAUX, quant à lui, estime qu'il devrait être réservé aux seuls avocats aux Conseils.

Les décisions du Conseil constitutionnel devront être motivées et seront publiées au Journal Officiel.

Elles seront notifiées aux parties, au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation ainsi, le cas échéant, qu'à la juridiction devant laquelle la question aura été soulevée (article 23-11, alinéa 1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958). Le président de la République, le premier ministre et les présidents des assemblées seront également destinataires de la décision.

En cas de décision de conformité, la question prioritaire de conformité sera rejetée. Si la disposition attaquée est déclarée inconstitutionnelle, la loi est abrogée dès la publication de la décision du Conseil constitutionnel, ou à une date ultérieure fixée par lui.

Jacques-Antoine Robert