Guillaume Drago

L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel*

Le thème de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), thème récurrent pour ne pas dire obsessionnel dans une certaine doctrine publiciste, ne doit pas occulter ce que la révision constitutionnelle de 2008 a produit dans le droit parlementaire, en modifiant les grands équilibres constitutionnels, comme on vient de le voir.

Si la QPC ne touche pas directement le droit parlementaire, elle produit pourtant des effets non négligeables sur l'activité du Parlement et le rythme de la délibération parlementaire.

I. Le contrôle *a priori* de constitutionnalité est déjà un élément du dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel

Mais il ne faut pas surestimer cette influence du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Le contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution, depuis 1959, a produit des effets majeurs sur l'activité parlementaire, effets qui ont déjà fait l'objet d'études et d'analyses[1], et qui décrivent un processus de véritable réécriture de la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, après une décision de

* Contribution initialement présentée lors de la journée organisée à l'Assemblée Nationale le 23 juin 2011 par le Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) sur « Le Parlement et le nouveau droit parlementaire après la révision constitutionnelle de 2008 » [N. de l'éd.]

1. On se permet de renvoyer à notre thèse *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica-PUAM, 1991, pp. 92-198 : deuxième partie, titre I, « L'exécution par le Parlement », qui traite largement de cette question.

censure partielle ou totale, ou parfois même une décision de conformité à la Constitution, lorsque celle-ci est accompagnée de réserves d'interprétation qui peuvent, nonobstant, être adressées au Parlement.

Le phénomène est aujourd'hui connu et on peut citer plusieurs lois d'importance politique majeure ayant fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et revenues devant le Parlement sous la dictée d'une décision du Conseil constitutionnel : Nationalisations en 1982[2], liberté de communication et régime de la presse en 1986[3], Conseil de la concurrence en 1987[4], pour ne citer que quelques décisions emblématiques.

Il faut ajouter que les règles de procédure du contrôle de constitutionnalité prévoient que les décisions de censure partielle du Conseil constitutionnel peuvent conduire le président de la République à renvoyer la loi censurée devant le Parlement[5], ce qui a donné lieu aux célèbres jurisprudences *Évolution de la Nouvelle-Calédonie* et *Amendement Tour Eiffel* en 1985[6], développant les principes des relations entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif dans le processus d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel.

Enfin, il faut avoir à l'esprit que le contrôle de compatibilité entre les engagements internationaux et la Constitution organisé par l'article 54 de la Constitution peut conduire à des modifications tant constitutionnelles que législatives[7].

En dernier lieu, les décisions du Conseil constitutionnel rendues dans le cadre du contrôle *a priori* peuvent conduire à saisir le Parlement dans sa formation la plus solennelle de constituant pour briser une jurisprudence constitutionnelle comme cela a été le cas après la décision relative à la loi sur la maîtrise de

---

2. C. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Rec.* 18 et n° 82-139 DC, 11 février 1982, *Rec.* 31.

3. C. const., n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Rec.* 110 et n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Rec.* 141.

4. C. const. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* 8.

5. Art. 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1956 : « Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps quelle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture. Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que le règlement parlementaire qui lui a été transmis contient une disposition contraire à la Constitution, cette disposition ne peut être mise en application par l'assemblée qui la votée ».

6. C. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Rec.* 63 et n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Rec.* 70, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie* ; *GDCC,* 15ème éd., Dalloz, 2009, n° 30 ; n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*, *Rec.* 78.

7. Comme l'illustrent les modifications successives du Titre XV de la Constitution consacré à l'Union européenne, à la suite des différentes décisions du Conseil constitutionnel consacrées aux modifications des traités communautaires.

l'immigration en 1993[8] en matière de droit d'asile, conduisant à ajouter à la Constitution un article 53-1.

On le voit, la question de la relation entre contrôle de constitutionnalité et Parlement n'est pas une question nouvelle, si on peut employer cette expression, fortement « connotée QPC ». Le dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel est en quelque sorte permanent. Il s'inscrit dans la logique de la confection de la loi qui conduit les différents partenaires de cette confection – Gouvernement, Parlement, Conseil constitutionnel, autorités administratives – à participer à la construction du texte législatif et à sa bonne mise en œuvre.

II. La question prioritaire de constitutionnalité et le Parlement : un dialogue sous la contrainte des exigences constitutionnelles

La création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), par la révision du 23 juillet 2008[9], modifie sensiblement l'impact des décisions du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit plus de « vider la querelle constitutionnelle » avant l'entrée en vigueur de la loi, comme c'est le cas dans le contrôle *a priori*, en limitant le dialogue entre des acteurs constitutionnels majeurs mais limités en nombre – Parlement, Gouvernement et Conseil constitutionnel –, il s'agit, avec la QPC, de répondre à une demande de justice, portée par un justiciable et transmise par les juges ordinaires, administratifs ou judiciaires, au Conseil constitutionnel. La multiplicité des acteurs, à commencer par les citoyens, place le Parlement en interlocuteur direct, certes toujours du Conseil constitutionnel, mais aussi des citoyens qui vont suivre le débat parlementaire et les modifications législatives avec l'attention de ceux qui sont directement intéressés par les solutions législatives aux problématiques constitutionnelles soulevées par la décision du Conseil constitutionnel rendue à l'occasion d'une QPC.

Si la loi est, dans ce cas, plus que jamais dictée par le Conseil constitutionnel, elle est encore plus votée sous le regard des citoyens, ce qui ne peut laisser indifférent le parlementaire...

La QPC produit également un effet général sur la législation et les législateurs. Ce ne sont plus seulement les lois avant leur promulgation qui sont sous le

8. C. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec*. 224.

9. Article 61-1 de la Constitution : « 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. – Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

regard du Conseil constitutionnel – à condition qu'il soit saisi, ce qui n'est pas une évidence –, c'est l'ensemble de la législation en vigueur qui est susceptible d'être passé au crible des « droits et libertés que la Constitution garantit », par le juge ordinaire d'abord, par le Conseil constitutionnel ensuite si la question vient jusqu'à lui. Placés plus que jamais sous le regard de la Constitution, la loi et les législateurs doivent prendre en considération les exigences constitutionnelles, même si les parlementaires peuvent considérer que la question constitutionnelle ne se posera que plus tard, une fois la loi entrée en vigueur et contestée par une QPC devant un juge ordinaire, donc loin d'eux.

En toute hypothèse, la procédure de la question prioritaire fait perdre le monopole de la saisine du Conseil constitutionnel aux autorités politiques, au premier rang desquels les parlementaires, pour la partager avec les justiciables. Cette perte de maîtrise du déclenchement du contrôle n'est pas neutre pour le Parlement parce qu'il devient un acteur parmi d'autres, beaucoup d'autres, banalisé en quelque sorte, du contrôle de constitutionnalité.

Concernant donc la question prioritaire de constitutionnalité, les relations entre le Conseil constitutionnel et le Parlement empruntent des chemins pour partie semblables, pour partie différents[10].

Semblables, dans la mesure où une décision de censure rendue par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC conduit, comme dans le contentieux *a priori*, à remettre un texte de loi sur le métier, selon des procédés qui ne sont pas différents. Le Gouvernement peut déposer un projet de loi ou un parlementaire une proposition de loi rectifiant l'inconstitutionnalité déclarée. La méthode n'est pas ici fondamentalement différente.

Différentes d'abord, parce que le processus de déclaration d'inconstitutionnalité, constituant une véritable abrogation[11], fait disparaître pour l'avenir une disposition législative entrée en vigueur, qui a produit des effets de droit pendant un certain temps, à la différence des dispositions censurées dans le contrôle *a priori* qui ne peuvent encore avoir produit des effets puisque la loi n'est pas encore entrée en vigueur.

La prise en considération des droits acquis nés de l'application de la loi pendant un certain temps doit être présente dans l'esprit des auteurs de la disposition

10. Sur le processus d'adoption des dispositions constitutionnelles et organiques relatives à la QPC v. G. Carcassonne, *Pouvoirs, La question prioritaire de constitutionnalité*, « Le Parlement et la QPC », n° 137, 2011, p. 73.

11. C'est le terme employé par l'article 62 de la Constitution. Il faudrait évidemment s'interroger plus longuement, en terme de légitimité, sur ce pouvoir du Conseil constitutionnel d' « abroger » la loi, expression de la souveraineté nationale. Derrière ce pouvoir d'abrogation, se profile la problématique générale de la légitimité du contrôle de constitutionnalité de la loi et plus largement de la justice constitutionnelle. V. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3ème éd., PUF, coll. « Thémis », p. 93 et s.

correctrice de l'inconstitutionnalité. Il s'agit véritablement de combler un « manque, une absence législative, du moins tant que la disposition concernée n'est pas remplacée »[12]. C'est ce qui explique d'ailleurs que les effets de la décision du Conseil constitutionnel soient différents, en permettant une abrogation à effet différé dans le temps ainsi qu'une modulation des effets produits par la loi[13]. Cette solution de l'effet différé, qui veut redonner la main au Parlement pour corriger les inconstitutionnalités, ne règle pas complètement la question des conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, puisqu'il peut arriver que le juge judiciaire ou administratif[14] fasse produire un effet immédiat à l'effacement de la règle législative inconstitutionnelle, par nécessité ou en se fondant sur une règle conventionnelle, donnant en quelque sorte au justiciable le bénéfice immédiat d'une abrogation à venir...

Différentes ensuite parce que les autorités constitutionnelles de saisine du Conseil constitutionnel peuvent, dans le contentieux de la QPC, adresser des observations au Conseil lorsque la QPC a été transmise par le Conseil d'État ou la Cour de cassation[15]. Cette procédure répond à l'idée que la défense de la loi devant le Conseil constitutionnel ne doit pas seulement être assurée par le Secrétariat général du Gouvernement mais aussi par le Parlement, auteur principal et constitutionnel de la loi[16]. Et, de fait, le président de l'Assemblée nationale a déposé, à quatre reprises, des observations au Conseil constitutionnel[17], à la différence du président du Sénat et du président de la République qui n'ont jamais utilisé cette possibilité. Le Premier ministre, au contraire, présente de façon systématique des observations écrites et orales, préparées par le Secrétariat général du

12. A. Vidal-Naquet, « Le réflexe constitutionnel du législateur et la QPC », *Le réflexe constitutionnel*, colloque du 10 juin 2011 à l'Université de Toulouse I (dact., à paraître).

13. Article 62, al. 2 de la Constitution : « 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 Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

14. Cf. *infra*.

15. Article 23-8, al. 1er, ord. 7 novembre 1958 : « Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise ».

16. Cette disposition est issue d'une amendement du Sénat lors des débats parlementaires relatifs à la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. V. X. Magnon (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Lexisnexis, 2011, n° 279.

17. C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010 ; n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010 ; n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010 ; n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010.

Gouvernement qui joue ici un rôle majeur dans la contradiction en matière de QPC, comme il le faisait déjà dans le contentieux *a priori*, mais selon une procédure contradictoire fortement juridictionnalisée.

Cette participation du Parlement au contentieux de la QPC se traduit également par d'autres éléments : il est destinataire de la décision de renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, ce qui est normal puisqu'il peut présenter des observations sur la question que traduit ce renvoi. Le Parlement est également destinataire de la décision du Conseil constitutionnel[18].

La participation du Parlement au processus de contrôle incident de constitutionnalité se traduit de façon assez différente, quant aux effets sur la législation elle-même. On veut en dresser la typologie, nécessairement provisoire après une année de QPC.

Il faut également souligner que ce processus de relations entre une décision QPC du Conseil constitutionnel et le Parlement connaît évidemment la médiation, toujours essentielle, du pouvoir exécutif, Gouvernement qui possède l'initiative des lois, président de la République qui en assure l'exécution. Ils demeurent, même après la révision constitutionnelle de 2008, des acteurs majeurs du processus législatif. On peut même dire que ce sont eux qui donnent le rythme de ce processus législatif, par leurs réactions aux décisions QPC du Conseil constitutionnel.

1. L'absence de réponse du Parlement à une décision QPC ou une réponse de proposition

Il s'agit du cas où le Gouvernement et le Parlement ne souhaitent pas réagir à une décision QPC, en acceptant la solution d'abrogation comme telle, pour autant qu'il ne soit pas techniquement nécessaire d'intervenir. Le Gouvernement prend acte de l'abrogation mais n'en tire pas de conséquences en termes de modifications législatives. Ainsi, l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande par la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 ne conduit pas à l'intervention du Gouvernement et du Parlement dans l'immédiat puisque le Conseil constitutionnel procède à une véritable substitution à la volonté du législateur en imposant une composition équivalente à celle du tribunal correctionnel[19]. Dans ce cas de figure, le Conseil constitutionnel fait véritablement

18. Article 28-11, ord. 7 novembre 1958.

19. C. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, *Rec*. 131 : « *L'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision, ... par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande,*

œuvre de législation puisqu'il substitue directement une nouvelle composition des tribunaux maritimes commerciaux à celle abrogée pour inconstitutionnalité.

Ainsi encore, l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral qui énonçait une peine automatique d'interdiction d'inscription sur les listes électorales des personnes condamnées définitivement à certaines peines, n'a pas nécessité de correction législative, la décision du Conseil constitutionnel faisant ainsi disparaître une disposition contestée du code électoral, avec effet immédiat[20].

La variante est celle d'une proposition de loi émanant de l'opposition, en réponse à une décision QPC qui peut ne pas être d'abrogation, comme cela a été le cas à propos du mariage entre personnes du même sexe[21], déclenchant une proposition de loi dont on sait qu'elle a été rejetée par l'Assemblée nationale le 14 juin 2011[22], mais qui a été examinée en commission et soumise au vote de l'Assemblée. Le rapport parlementaire, citant la décision rendue par le Conseil, souligne d'ailleurs que « le Conseil constitutionnel, rappelant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités, « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité* »[23], ce qui est la reprise exacte d'une expression utilisée par le Conseil constitutionnel et standardisée mais en la détournant de son intention initiale. L'expression était employée par le Conseil pour légitimer le pouvoir général de modification et d'abrogation appartenant au législateur, pas pour répondre à une décision du Conseil constitutionnel. Ici justement, après une décision du Conseil, le pouvoir d'adopter des dispositions nouvelles est conditionné par la décision QPC du Conseil constitutionnel.

---

les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ». V. la note particulièrement critique de J. Boudon, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G* 4 octobre 2010, n° 40, chron., 961. Dans le même temps, une ordonnance semble avoir été préparée par la Chancellerie, relative à l'organisation et au fonctionnement des tribunaux maritimes commerciaux.

20. C. const., n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres, Rec.* 111 ; *AJDA* 2010, p. 1831, note B. Maligner.

21. C. const., n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*.

22. AN, texte n° 679, proposition de loi Patrick Bloche et autres, rejetée le 14 juin 2011.

23. AN, Rapport n° 3462, 25 mai 2011, Patrick Bloche, rapporteur.

2. L'intervention nécessaire du législateur

Deux cas de figure peuvent se présenter. Le premier concerne l'intervention du législateur en présence de l'abrogation immédiate d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel. Le second cas de figure concerne son intervention en présence d'une décision d'abrogation à effet différé.

a. L'intervention en présence d'une décision d'abrogation immédiate d'une disposition législative

On peut citer l'espèce relative à la *composition des commissions départementales d'aide sociale*, dont la composition actuelle est déclarée inconstitutionnelle par la décision du 25 mars 2011[24], et qui est, depuis cette date, dans l'obligation de siéger sans les fonctionnaires de l'État et sans les conseillers généraux lorsque le département est partie au litige. Mais le Conseil ajoute à sa déclaration d'inconstitutionnalité « *sans préjudice de modifications ultérieures de cet article* », ce qui est une façon de redonner la main au législateur, pourvu qu'il souhaite s'en saisir... L'intervention du législateur est donc prévue, sinon souhaitée, mais le Conseil constitutionnel veut se garder ici d'une critique de participation directe à la fonction législative, comme cela a été le cas pour les tribunaux maritimes commerciaux.

b. L'intervention du législateur en présence d'une décision d'abrogation à effet différé

C'est évidemment le cas le plus significatif puisque le Conseil constitutionnel donne un délai au Parlement pour corriger l'inconstitutionnalité déclarée dans la décision QPC. La décision du Conseil prend en considération la nécessité non seulement de ce délai, en donnant un effet différé à la déclaration d'inconstitutionnalité, mais indique nettement que l'abrogation immédiate conduirait à créer une situation inconstitutionnelle, à faire perdre le bénéfice d'une protection juridique fondée sur une règle ou un principes constitutionnels, ou encore à porter atteinte à la sécurité juridique.

Ainsi, le Conseil constitutionnel reste parfois en retrait dans la détermination des effets de l'abrogation constatée, tout en constatant que, si l'abrogation fait disparaître l'inconstitutionnalité, elle conduit à priver certains bénéficiaires des

24. C. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*.

droits nés de la disposition abrogée. Il laisse alors la main au législateur en rappelant qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* »[25].

C'est le cas, par exemple, dans l'affaire dite de « *cristallisation des pensions* » des militaires ayant servi dans l'armée française et originaires d'États autrefois sous souveraineté française. Dans sa décision du 28 mai 2010, le Conseil décide d'un effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité afin de ne pas recréer une inégalité entre les bénéficiaires, de permettre au législateur d'intervenir, et lui enjoint de prévoir que la nouvelles législation s'appliquera aux instances en cours, en demandant dans le même temps aux juridictions de surseoir à statuer dans les espèces concernées [26].

Par voie de conséquence, la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, loi de finances pour 2011, a prévu, à son article 211, de nouvelles modalités de calcul des pensions dans le sens voulu par le Conseil constitutionnel.

Mais la rédaction de la loi laissait dans l'ombre la question des pensions de réversion. C'est à l'occasion d'un contentieux devant le Conseil d'État sur cette question que la Haute juridiction administrative, dans sa décision d'Assemblée du 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, élargit les effets de la loi aux pensions de réversion en faisant une application de la décision du Conseil constitutionnel dans le sens favorable au justiciable, voulu par cette décision[27]. Le Conseil d'État met ici en

---

25. C. const., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]* ; *idem* n° 2011-112 QPC, 1er avril 2011, *Mme Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*.

26. C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, *Rec*. 91 : « *Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité* : Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981, de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision ».

27. C.E, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, req. n° 316734, *AJDA* 2011, p. 1145 et chron. X. Domino et A. Bretonneau, p. 1136 et s., énonçant un considérant de principe ainsi rédigé : « Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause,

œuvre les principes dégagés par le Conseil constitutionnel lui-même concernant les effets de ses propres décisions, dans sa décision du 25 mars 2011[28].

Cet enchaînement – décision du Conseil constitutionnel, loi de rectification, décision du Conseil d'État – marque bien le rythme de la QPC et de ses effets. Le Parlement est un acteur enserré dans le système juridictionnel qui vient à la fois guider l'écriture de la loi et la corriger dans son application concrète.

L'autre exemple est évidemment celui de la *garde à vue*, après la décision du 30 juillet 2010[29] auquel il faut ajouter le régime de la *retenue douanière* qui a donné lieu à la décision du 22 septembre 2010[30], posant des questions de constitutionnalité proches par leur régime de mise en détention, de privation de liberté, d'absence de notification du droit de garder le silence, enfin d'absence d'assistance effective d'un avocat dès le début de la procédure. Les deux décisions avaient reporté au 1er juillet 2011 la date d'abrogation des dispositions jugées inconstitutionnelles « *afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité* ».

La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, faisant d'une pierre deux coups, a modifié le régime de la garde à vue et de la retenue douanière dans le sens souhaité par le Conseil constitutionnel, en prévoyant la date de prise d'entrée en vigueur de la loi au 1er juin 2011, devançant la prise d'effet de l'inconstitutionnalité prévue par le Conseil constitutionnel.

Cette modification législative, que l'on ne pouvait accuser d'être tardive, puisqu'elle intervenait bien avant la date butoir fixée par le Conseil, n'a pas empêché le juge de se prononcer dans cet intervalle sur la conventionnalité des mesures pourtant déclarées contraires à la Constitution puisqu'elles étaient

---

soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur ». Dans le même sens : C.E., 18 juillet 2011, *M. et Mme A.*, req. n° 310953.

28. C. const., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]* précitée, dans laquelle le Conseil énonce « que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ».

29. C. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Rec.* 179.

30. C. const., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres [Retenue douanière]*, *Rec.* 241.

encore en vigueur[31]. Mais le juge judiciaire n'en est pas resté là puisqu'il a été conduit à mettre en œuvre les principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision, sans attendre le vote de la loi, par la voie solennelle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts du 15 avril 2011[32], mais sur un autre fondement juridique puisque c'est sur celui de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a constaté l'inconventionnalité des mesures de garde à vue, reprenant ainsi la solution retenue par la chambre criminelle quelques mois plus tôt, dans les arrêts du 19 octobre 2010[33].

Les arrêts du 15 avril 2011 étant d'application immédiate, le Garde des Sceaux, dans un communiqué suivant les décisions de la Cour de cassation, a pris acte de ces décisions et a indiqué que des instructions précises avaient été données aux magistrats du parquet pour que les règles définies par la loi du 14 avril 2011 soient immédiatement mises en œuvre, sans attendre le 1er juin, afin de garantir la conformité des mesures prises aux exigences européennes[34].

Épisode suivant de cette *saga* judiciaire, la chambre criminelle reprenait, dans plusieurs arrêts du 31 mai 2011[35], les principes élaborés par l'Assemblée plénière le 15 avril précédent.

Le dernier épisode est constitué par un arrêt du Conseil d'État du 23 août 2011[36] renvoyant au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause les articles du code de procédure pénale justement modifiés par la loi du 14 avril 2011, à l'appui de leur requête tendant à l'annulation de la circulaire du Garde des Sceaux relative à l'application des nouvelles dispositions relatives à la garde à vue. On attend la décision du Conseil constitutionnel[37]...

Cet enchaînement jurisprudentiel montre d'abord que le *tempo* du législateur n'est pas le même que le *tempo* des juges. Le rythme du contentieux est à l'évidence devenu plus rapide que celui de la législation.

Ensuite, on doit constater que le juge, répondant aux requérants ou parfois se saisissant d'office d'une question, utilise l'ensemble des normes de référence

31. Cass. crim., 19 octobre 2010, arrêts n° 10-82.902, n° 10-86.051, n° 10-82.306.

32. Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, arrêts n° 10-17.049, 10-30.313, 10-36.316, 10-30.242.

33. Cass. crim., 19 octobre 2010, précités.

34. V. *Dalloz* 2010, p. 1080.

35. Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-80.034, n° 11-81.412, n° 10-88.293, n° 10-88.809. Sur cette évolution jurisprudentielle et ses conséquences v. H. Matsopoulou, « Garde à vue : primauté de la jurisprudence européenne sur les règles constitutionnelles », *Dalloz*, 2011, p 2084.

36. C.E., 23 août 2011, *M. Grégoire A. et autres*, req. n° 349752.

37. Déjà référencée n° 2011-191 QPC.

à sa disposition, constitutionnelles et conventionnelles, pour donner une issue conforme aux garanties équivalentes que donnent ces deux types de normes, sans tenir compte du *tempo* législatif si celui-ci ne permet pas ou plus de répondre aux exigences des droits fondamentaux. Il y a ici une forme de décalage entre les exigences de justice, immédiates et pratiques, et celles de la législation qui doivent prendre en considération la sécurité juridique, l'application de la loi dans le temps, et le temps des Politiques qui n'est pas celui des juges. Le contrôle exercé à l'occasion de la QPC, par ses effets, fait perdre la maîtrise des questions au législateur. Il est possible que, si la loi du 14 avril 2011 avait été soumise au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, les solutions jurisprudentielles auraient été différentes, mieux calquées sur les exigences constitutionnelles que conventionnelles. Ceci plaide sans doute pour une saisine parlementaire plus systématique, afin d'ouvrir d'abord le débat constitutionnel entre les acteurs constitutionnels de la loi avant de le livrer aux justiciables.

Enfin, on peut s'interroger sur le rôle du Gouvernement, intervenant dans un tel processus jurisprudentiel haletant. La réaction, par communiqués et circulaires, est-elle suffisante pour endiguer ou canaliser les requêtes successives ? L'exemple de la garde à vue semble conduire à une réponse négative et souligne une Administration désarmée face à des tactiques juridictionnelles qui s'appuient sur des jurisprudences successives. Ceci pose malgré tout la question d'une procédure pénale, organisée par circulaire, texte nécessairement changeant et de faible portée normative. Décidément, la QPC ne bouleverse pas que le processus parlementaire !

Le Conseil constitutionnel peut adopter une attitude plus prudente dans l'utilisation de l'effet différé. C'est le cas dans la décision du 6 octobre 2010, dans l'affaire dite des *noms de domaine sur internet*[38]. Le Conseil, après avoir déclaré contraire à la Constitution l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques pour incompétence négative du législateur, organise l'effet différé de sa décision dans les termes suivants :

> « Considérant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales qui doivent être retenus pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; qu'eu égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement

38. C. const., n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet], Rec.* 270.

> excessives ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1er juillet 2011 la date de son abrogation pour permettre au législateur de remédier à l'incompétence négative constatée ; que les actes réglementaires pris sur son fondement ne sont privés de base légale qu'à compter de cette date ; que les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel préserve ici la marge d'action du législateur, rappelant qu'il ne doit pas se faire législateur, y compris dans la définition des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales que doit utiliser le pouvoir législatif, dans l'exercice de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution. Il prend ensuite en considération la sécurité juridique en décidant de l'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité, en incluant les actes administratifs suspects d'inconstitutionnalité du fait du contrôle de l'incompétence négative, se faisant d'ailleurs ici juge de la légalité (l'expression « privés de base légale » est significative) par voie de conséquence du contrôle de constitutionnalité, exerçant une sorte de pouvoir d'évocation de la légalité par attraction de la constitutionnalité et assurant la sécurité juridique de ces actes pour la période intermédiaire.

L'intervention du législateur après cette décision prend clairement en considération les exigences du Conseil constitutionnel. L'article 19 de la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques modifie l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, veut tirer les conséquences de la décision du 6 octobre 2010 en prévoyant bien une entrée en vigueur des dispositions modifiées au 30 juin 2011, à la veille de l'expiration du délai prévu par la décision du Conseil constitutionnel. Le rapporteur à l'Assemblée nationale emploie d'ailleurs l'expression « injonction du Conseil constitutionnel » pour montrer la nécessité d'adopter l'article du projet de loi dans le sens voulu par le Conseil[39].

Enfin, le dernier cas de prise en considération de la décision du Conseil constitutionnel avec effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité concerne *l'hospitalisation sans consentement*. Dans sa décision du 26 novembre 2010[40],

---

39. Mme Cécile Dumoulin, député, AN, Rapport n° 3036, 15 décembre 2010, examen de la modification de l'article 45 du code des postes et des communications électroniques.

40. C. const., n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mme Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], Rec.* 343, spécialement le § 25 de la décision, à propos des mesures de maintien de l'hospitalisation prévues par l'article L. 337 du code de la santé publique, devenu l'article L. 3212-7, considérant particulièrement exigeant en termes de respect de l'article 66 de la Constitution : « Considérant

en déclarant contraire à la Constitution l'article L. 3212-7 du code de la santé publique relatives à l'hospitalisation sans consentement à la demande d'un tiers, le Conseil constitutionnel en a différé l'abrogation au 1er août 2011[41].

Le Gouvernement avait déposé le 5 mai 2010 un projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge[42], dans un but de réforme de la loi du 27 juin 1990 en simplifiant les procédures, en diversifiant les modes de prise en charge et en ouvrant des alternatives à l'hospitalisation.

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010, le Premier ministre a fait parvenir le 26 janvier 2011 au président de l'Assemblée nationale une lettre rectificative, modalité coutumière de son pouvoir d'initiative gouvernementale des lois, en vertu de l'article 39 de la Constitution, et non du droit d'amendement de l'article 44[43]. Cette lettre rectificative prend en considération avec précision les exigences constitutionnelles énoncées par le Conseil constitutionnel en prévoyant un contrôle de plein droit du juge judiciaire sur les décisions de maintien en hospitalisation sans consentement. Mais il ne se limite pas à ce type d'hospitalisation. Il élargit cette garantie aux hospitalisations décidées par l'autorité publique, c'est-à-dire en pratique le préfet. Enfin, le projet de loi prévoyait une simplification des mesures de demandes de soin en n'exigeant plus qu'un seul certificat médical. Après la décision du Conseil constitutionnel, la lettre rectificative renonce à cette simplification en maintenant l'exigence de deux certificats médicaux, dont un d'un médecin psychiatre extérieur à l'établissement. La lettre rectificative est accompagnée d'une étude d'impact particulièrement précise, fondée tant sur les exigences tirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que du Conseil constitutionnel

---

que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ; qu'en outre, ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences ».

41. Le Conseil constitutionnel a manifestement pris en considération une probable session extraordinaire en fixant au 1er août 2011 la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, afin de donner plus de latitude au législateur pour corriger une inconstitutionnalité « lourde ».

42. Projet de loi n° 2494 déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 5 mai 2010.

43. C. const., n° 78-100 DC, 29 décembre 1978, *Rec.* 38 ; n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Rec.* 95.

pour maintenir et même renforcer[44] le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures d'hospitalisation sans consentement.

Il est clair que cette lettre rectificative constitue une véritable réécriture de la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, prévenant des inconstitutionnalités potentielles en renforçant les garanties juridictionnelles des personnes hospitalisées, là où le Gouvernement avait prévu des « mesures de simplification ».

Mais, là encore, les effets d'une décision QPC du Conseil constitutionnel ont eu un prolongement dans le même domaine puisque la décision du 9 juin 2011 est venue censurer d'autres articles du code de la santé publique en matière d'hospitalisation d'office[45], en utilisant encore l'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1er août 2011. La proximité du dispositif relatif à l'hospitalisation d'office a produit des effets proches de la décision du 26 novembre 2010, ce qu'avait essayé d'anticiper le Gouvernement mais le Conseil « prend néanmoins le contrepied du Gouvernement à un autre titre »[46] puisqu'il censure la disposition relative à l'examen contradictoire d'une divergence entre le psychiatre et l'autorité publique en cas de divergence, jugé insuffisamment proportionné à la sûreté des personnes et à la préservation de l'ordre public.

Le Gouvernement a donc dû déposer en urgence un amendement devant l'Assemblée nationale en troisième lecture du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, pour prendre en considération la décision du Conseil constitutionnel du 9 juin 2011, ce qui suscite des réactions vives du rapporteur et des débats savoureux en commission[47].

---

44. Le juge des libertés et de la détention devra se prononcer au bout de quinze jours d'hospitalisation, ensuite tous les six mois.

45. C. const., n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*.

46. J. Boudon, « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », communication au Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011, dact., p. 7, qui fait une analyse très serrée de ce processus.

47. V. par exemple le Rapport de Guy Lefrand, AN, n° 3546, enregistré le 21 juin 2011 : « En conclusion, si le choix opéré par le Gouvernement dans l'urgence de ne pas rouvrir le débat sur l'article 3 tout en introduisant par le biais d'un article additionnel une nouvelle disposition modifiant la portée de cet article ne peut que susciter des réserves, force est de constater que **le Conseil constitutionnel a placé le Parlement dans une situation impossible où il ne peut qu'apporter son soutien à cette disposition qui a pour objet de conformer le projet de loi à la Constitution**. C'est pourquoi, en dépit des réserves que l'on peut émettre sur les dispositions restant en discussion, votre rapporteur vous demande de bien vouloir adopter le texte transmis par le Sénat sans modification » (en gras dans le texte).
Et l'opposition de souligner la difficulté créée par l'intrusion de la décision du Conseil constitutionnel dans le débat parlementaire : « M. Serge Blisko.- Je félicite le rapporteur pour la franchise de son

Enfin, un dernier cas de figure concerne la prise en considération des *réserves d'interprétation* énoncées par le Conseil constitutionnel. En toute hypothèse, celles-ci ne devraient pas donner lieu à une reprise par le Parlement puisqu'elles sont la condition d'une décision de conformité à la Constitution. Utilisées à plusieurs reprises par le Conseil[48], on peut citer un cas de proposition de loi déposée pour tirer les conséquences de la décision QPC du 18 juin 2010[49], en matière de réparation intégrale des préjudices subis par les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles en cas de faute inexcusable de l'employeur.[50]

Conclusion

Si la question prioritaire de constitutionnalité modifie sensiblement les relations entre le Parlement, le Conseil constitutionnel et le Gouvernement, acteurs de la confection de la loi, il faut rappeler l'attachement des parlementaires à la saisine du Conseil constitutionnel, véritable droit de l'opposition dont il serait aujourd'hui difficile de la priver, droit de saisine autant politique que juridique, dans ses motivations comme dans ses effets. On ne voit pas, à court terme, les groupes parlementaires d'opposition, se résoudre à se priver de l'exercice d'un droit de saisine qui est le prolongement juridique d'un débat parlementaire et politique.

---

exposé. Avant même de savoir que le Conseil constitutionnel était saisi d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité – il est d'ailleurs ennuyeux qu'une décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité tombe quasi systématiquement au moment de l'examen d'un projet de loi s'y rapportant – nous avions déjà attiré l'attention sur le fait que l'avis du préfet et celui du psychiatre risquaient un jour ou l'autre d'entrer en conflit », et de railler la proposition du rapporteur dont elle pensait « qu'il était le fils spirituel de Jean-Louis Debré », ce à quoi le rapporteur répond : « ce sont les difficultés que soulèvent le fonctionnement du Conseil constitutionnel et le fait de devoir légiférer sous la contrainte sans aucune marge de manœuvre qui provoquent mon inquiétude, sans remettre en question le profond respect que je porte à Jean-Louis Debré, mon inspirateur en politique », Travaux de la commission des affaires sociales du 21 juin 2011, p. 10.

48. J. Benetti en identifie huit pour l'année 2010, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 45 : C. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010 ; n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2011 ; n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010 ; n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010 ; n° 2010-57 QPC, 18 octobre 2010 ; n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010 ; n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010 ; n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010.

49. C. const. n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, précitée.

50. Sénat, Proposition de loi n° 613 du 6 juillet 2010, déposée par M. Jean-Pierre Godefroy et autres, sénateurs.

En outre, comme le souligne Guy Carcassonne[51], l'objet du contrôle et les normes de référence de celui-ci ne sont pas identiques : d'un côté, l'ensemble du bloc de constitutionnalité dans le contrôle *a priori*, y compris donc les principes constitutionnels de la procédure d'adoption de la loi, ce qui n'est pas anecdotique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de l'autre « les droits et libertés que la Constitution garantit » dans la QPC, ce qui n'est pas un périmètre complètement défini mais qui exclut certainement les règles d'organisation des pouvoirs publics, à l'égard desquelles les requérants, dans la QPC, n'ont pas d'intérêt à agir. D'ailleurs les faits parlent d'eux-mêmes puisque les saisines dans le cadre de l'article 61 de la Constitution ont continué à être exercées à un rythme à peu près équivalent à celui d'avant la QPC.

Avec la QPC, il est aujourd'hui certain que le législateur négatif que doit être le Conseil constitutionnel devient un participant direct à la confection de la loi, un coproducteur de la loi. Faut-il s'en réjouir ? La souveraineté de la loi subit encore une atteinte. Est-ce la dernière ?

Guillaume Drago
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II et Directeur du Centre d'Études Constitutionnelles et Politiques. Il a publié un *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 3ème éd. 2011.

51. G. Carcassonne, article précité, p. 81.