

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS – PARIS II

1^{re} année de Licence

Année universitaire 2021-2022

2nd semestre

DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de M. le Professeur Arnel LE DIVELLEC

Séances n° 18

La justice constitutionnelle à la française : la question prioritaire de constitutionnalité

Objet de la Séance :

L'introduction en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a renouvelé la place du Conseil Constitutionnel dans la protection des droits et libertés publics en même temps qu'elle a accentué son rôle de juridiction. Ce mécanisme a connu un succès rapide, mais aussi suscité des discussions importantes. Elles sont le signe que, derrière sa dimension technique et les interrogations liées à la nouveauté de cet instrument contentieux, la « QPC » pose des questions profondes, constitutionnelles et politiques. La garantie des droits n'en est ainsi pas le seul enjeu. La « QPC » modifie l'état des rapports de force institutionnels entre le Parlement, le gouvernement, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. Elle promeut, en outre, une conception particulière du droit et de la structure de l'ordre juridique ou des ordres de juridictions. Ce « constitutionnalisme juridictionnel » que le nouveau mécanisme charrie emporte une redéfinition des rapports entre droit et politique, et notamment des rapports de l'individu à la collectivité et des citoyens aux débats et conflits politiques.

Date de distribution : semaine 4 avril 2022

Articles du Dictionnaire du droit constitutionnel à lire :

Amparo – Autorité judiciaire – Autorité juridictionnelle – Bloc de constitutionnalité - Charte de l'environnement - Conseil Constitutionnel - Constitutionnalisation - Constitutionnalité (principe de) - Contentieux constitutionnel - Contrôle de constitutionnalité - Contrôle de conventionnalité – Convention européenne des droits de l'homme - Cour constitutionnelle - Cour Suprême - Déclassement - Domaine de la loi - État de droit - Exception d'inconstitutionnalité - Gardien de la constitution - Gouvernement des juges - Hiérarchie des normes - Incompétence négative - Interprétation – Juridiction - Jurisprudence - Justice constitutionnelle - Liberté, libertés publiques – Loi - Préambule - Norme - Objectif – Ordre constitutionnel - Principe(s) – Question prioritaire de constitutionnalité - Réserve d'interprétation - Supraconstitutionnalité

Documents :

A) Présentation du mécanisme

Document 1 : Articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Document 2 : O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori » (extraits).

Document 3 : Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

B) La QPC et le rôle des cours suprêmes

Document 4 : Civ. 1ère, 2 octobre 2019, n° 19-40024.

Document 5 : C.E., Ass., 28 septembre 2018, Req. n° 421899 ; Recueil Dalloz, 2018, 1917 ; AJ fam., 2018, 687, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; ibid., 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

C) Mise en perspective

Document 6 : G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? » (extraits).

Document 7 : Bilan statistique de l'activité du Conseil constitutionnel.

Bibliographie :

- « Le Conseil Constitutionnel », *Pouvoirs*, n°13, 1991 (avec notamment la contribution critique de René de Lacharrière).
- « La question prioritaire de constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 137, 2011.
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 30, 2011.
- P. Avril et J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 6^e éd., 2011.
- D. Baranger, « Comprendre le bloc de constitutionnalité », *Jus Politicum*, n°21, 2018 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>).
- L. Favoreu, L. Philipp, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^e éd., 2009.
- O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », *Jus politicum*, n°1, 2009, p. 93. (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html>).
- N. Molfessis, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011.
- N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, 2011.
- V. Saint James, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP*, 2012 n° 3.
- Site internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>
- « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Ouverture.html>)

- « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°27, 2010 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-27.42524.html>)

A) Présentation du mécanisme

Document 1 : Articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

Chapitre II bis : De la question prioritaire de constitutionnalité

Section 1 : Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

Article 23-1 :

Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation.

Article 23-2 :

La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

- 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- 2° Elle 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 ;
- 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'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, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

Article 23-3 :

Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Toutefois, il n'est sursis à statuer ni 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.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel

sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.

Section 2 : Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

Article 23-4 :

Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Article 23-5 :

Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi 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, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

Article 23-6 (abrogé)

Article 23-7 :

La décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

La décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

Section 3 : Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

Article 23-8 :

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.

Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

Article 23-9 :

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, 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.

Article 23-10 :

Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations.

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

Article 23-11 :

La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée.

Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées.

La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

Article 23-12 :

Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, la contribution de l'Etat à la rétribution des auxiliaires de justice qui prêtent leur concours au titre de l'aide juridictionnelle est majorée selon des modalités fixées par voie réglementaire.

Document 2 : O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *Les petites affiches*, 19 déc. 2008, n° 254, p. 103 (extraits).

[...] Le contrôle de constitutionnalité constitue l'une des innovations de la Constitution de 1958. Mais il ne s'agissait nullement de ce qui est connu sous ce titre dans la réalité juridique contemporaine. Il est conçu comme une structure auxiliaire de la suprématie gouvernementale par rapport au Parlement. Dans l'architecture originaire, alors que l'initiative et la part matérielle essentielle de la législation revient au gouvernement et que le Parlement n'intervient qu'en vue de la délibération et de l'adoption des mesures proposées dans certains domaines nettement délimités, le Conseil constitutionnel veille au respect des compétences parlementaires avant qu'un acte émanant de cet organe ne puisse entrer en vigueur. Comme cela est bien connu, plusieurs données ont fondamentalement modifié cet arrangement : le Conseil a redéfini le domaine de la Constitution en incluant le Préambule dans un texte dont il avait été exclu à dessein (1971), il a conféré aux juridictions ordinaires la compétence de contrôler la conformité des lois aux conventions internationales (1975), il a rendu au Parlement la compétence législative que la Constitution lui avait largement retirée (1982), il opère, à l'instar des juges constitutionnels d'autres pays, un contrôle de proportionnalité.

Cette extension des normes de références et des normes contrôlées conjuguée avec l'intensité de l'examen des dispositions litigieuses a fait du Conseil constitutionnel français l'un des juges constitutionnels les plus puissants en termes comparatifs : il est le seul à être régulièrement saisi de l'ensemble d'un dispositif législatif et il est seul à se prononcer dans un très bref délai sur des données aussi importantes. Ce pouvoir est parfois remis en cause, puisqu'il reviendra aux juridictions ordinaires de concrétiser les considérations du Conseil, qui ne pourra pourtant pas être saisi de la conformité des applications de sa jurisprudence. En ce sens, la justice constitutionnelle française présente un élément de faiblesse structurelle. La révision ajoute à ce contrôle abstrait et *a priori* une deuxième procédure d'examen juridictionnel des lois. Il s'agit d'un contrôle concret et *a posteriori*.

[...] Si le contrôle concret se présente comme une structure relativement commune et bien connue, elle n'en présente pas moins une multiplicité de variantes. La France a-t-elle simplement suivi un modèle ou en a-t-elle développé un autre ? [...]

La justice constitutionnelle est une technique visant l'amélioration de l'État de droit formel entendu comme structure juridique où chaque acte de concrétisation et de particularisation normative peut-être examiné au

regard de sa conformité par rapport aux normes de référence qui déterminent les exigences relatives à sa production et à son contenu. L'État de droit ainsi conçu n'est naturellement et par définition jamais entièrement réalisable, puisque le contrôle d'un acte exige à son tour la production d'un autre acte pour lequel se posera à nouveau le problème de sa conformité par rapport aux normes de référence qui déterminent les exigences relatives à sa production et à son contenu. Aucun système ne peut donc achever un État de droit ; chaque système introduit un certain degré d'intensité et de systématisme de contrôle des actes dont il règle la production. [...]

Contrairement à la plupart des modèles de justice constitutionnelle, la France avait opté, comme l'on sait, pour une structure exclusivement préventive. La plupart des systèmes de contrôle de constitutionnalité s'inscrivent dans une conception compréhensive et corrective de l'État de droit au sens où toute norme valide (éditée en respectant les conditions de production pertinentes) pourrait éventuellement ne pas être conforme (respectant par ailleurs d'éventuelles exigences supplémentaires sans mettre en cause l'appartenance au système considéré) et pourrait à ce titre faire l'objet d'une correction (annulation ou réformation par un autre organe que celui qui est habilité à produire la norme). [...]

L'introduction du contrôle concret ajoute un élément correctif et sélectif. Désormais une disposition législative pourra constitutionnellement être valide et non conforme et, de ce fait, faire l'objet d'une annulation. Cette possibilité n'est toutefois ouverte que sous certaines conditions, et les effets d'un tel contrôle sont pour le moment susceptibles de multiples variantes. Le nouveau contrôle ne concerne que les droits fondamentaux et il combine des éléments de deux types de recours bien différenciés dans les ordres juridiques étrangers.

LE CONTROLE CONCRET SELECTIF : LA RESTRICTION DU DOMAINE DES NORMES DE REFERENCE AUX SEULS DROITS ET LIBERTES FONDAMENTALES

Seules les normes législatives contraires aux normes constitutionnelles garantissant des « droits et libertés » peuvent être contrôlées. [...]

La Constitution française ne connaît pas de catalogue homogène et limitatif des droits qu'elle garantit. Alors que les Constitutions allemandes ou espagnoles, par exemple, mentionnent explicitement les droits qui pourront être invoqués dans un recours, les droits consacrés par la Constitution française sont disséminés dans des textes hétérogènes rattachés *a posteriori* au *corpus* « Constitution du 4 octobre 1958 ». L'étendue et la nature de ces normes sont incertaines et font l'objet d'ajustements jurisprudentiels. [...]

Cette limitation distingue le contrôle concret à la française de tous les autres systèmes et permettra de mieux comprendre sa nature. Car, en tant que contrôle concret, les autres modèles sont fondamentalement compréhensifs. Ainsi selon l'article 1 de la loi constitutionnelle italienne n° 1 de 1948, « La question de légitimité constitutionnelle d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la République relevée d'office ou soulevée par une des parties au cours d'une instance juridictionnelle et non considérée comme manifestement infondée par le juge, est renvoyée à la Cour constitutionnelle afin qu'elle en décide » ; la Constitution polonaise admet que « Toute juridiction peut adresser à la Cour constitutionnelle une question juridique portant sur la conformité de l'acte normatif à la Constitution » (article 193). Enfin, l'article 140, alinéa 1 de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne dispose que « La Cour constitutionnelle statue sur la constitutionnalité d'une loi fédérale ou de *Land* sur renvoi de la Cour suprême, d'une juridiction d'appel, d'une chambre indépendante du contentieux administratif de la cour d'asile, de la cour administrative ou de l'Office fédéral des attributions de marchés et d'office dans les cas où elle devrait appliquer une telle loi à une affaire en instance devant elle ». *C'est le manque de conformité d'une loi qui constitue la raison nécessaire et suffisante d'un recours opéré par une juridiction. Toute loi ayant une incidence sur le litige peut et doit être déférée à la Cour si elle est en contradiction avec les exigences constitutionnelles, qu'il s'agisse ou non de droits garantis aux individus ou aux citoyens, c'est-à-dire de ce qu'on qualifie aujourd'hui de droits fondamentaux.*

Par rapport au modèle européen commun du contrôle incident, la conception française est restrictive et sélective à plusieurs titres : mis à part la limitation du domaine de référence, il faut que la violation d'un droit ait été soutenue, et seules les deux juridictions suprêmes sont habilitées à saisir le Conseil constitutionnel.

UN RENVOI PREJUDICIEL SUR EXCEPTION DE VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX ET NON UN CONTROLE CONCRET SELON LE MODELE EUROPEEN

La restriction du domaine pertinent du contrôle en rapproche la conception de celle du recours direct dans d'autres systèmes et livre des indications relatives à la nature du renvoi lui-même.

L'adoption de l'article 61-1 suit deux projets de révision constitutionnelle visant à introduire une forme de contrôle incident et un long et persistant débat sur la nature de « l'accès des particuliers au juge constitutionnel » ou de la « protection des droits fondamentaux » recherchés : s'agit-il d'une exception d'inconstitutionnalité ou d'un renvoi préjudiciel ? La distinction semble pourtant bien établie : l'exception est – indépendamment de la

dénomination, naturellement – un acte processuel émanant d'une partie d'un litige et auquel la juridiction est tenue de répondre par une décision juridictionnelle, soit avant dire droit, soit incluse dans le jugement. C'est en effet ainsi qu'est conçue l'exception d'inconstitutionnalité aux États-Unis, en Norvège, en Grèce ou au Japon. Le renvoi – lui aussi, évidemment, indépendamment de la terminologie adoptée dans les dispositions pertinentes – n'est pas un acte processuel des parties, mais un acte autonome du juge du fond. Comme le dit très clairement, par exemple, l'article 80, alinéa 3 de la loi allemande sur la Cour constitutionnelle fédérale, « La requête de la juridiction est indépendante de la mise en cause de la nullité d'une disposition juridique par l'une des parties du procès ». C'est le juge du fond et lui seul qui introduit un recours – le « renvoi » – et formule une demande justifiée par une motivation élaborée. Dans les systèmes qui connaissent le contrôle concret, le juge du fond doit démontrer la préjudicialité de la norme législative attaquée. Le critère peut varier en intensité : ainsi le juge constitutionnel autrichien accepte un renvoi si l'application de la disposition mise en cause est au moins concevable au regard des données du litige, il n'admet en revanche la préjudicialité d'une norme législative qu'il devra appliquer lui-même (l'hypothèse est en général celle de l'examen d'un recours contre un acte administratif inconstitutionnel) que si elle est véritablement démontrée. Le juge du fond italien devra démontrer qu'il s'agit d'une question véritablement significative.

La construction française emprunte à l'un et à l'autre système et prête ainsi à la confusion qu'avait en son temps dénoncé le doyen FAVOREU. Selon les termes de l'article 61-1, il doit être soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Cela suppose que ce sont bien les parties qui soulèvent un moyen et qui le font à l'aide d'un acte plus ou moins formalisé. Il semble en résulter que toute action du juge est conditionnée par un tel acte des parties, [...]. Or le texte semble bien exiger que le fait de soulever le moyen suppose que l'on est soi-même concerné par la violation d'un tel droit.

En effet, là où existe un système de recours direct, soit contre les actes inconstitutionnels individuels (administratifs comme en Autriche ou administratifs comme juridictionnels comme par exemple en Allemagne et en Espagne), soit même contre des normes générales et abstraites (comme en Allemagne, en Autriche ou en Belgique par exemple), on exige du requérant non seulement qu'il démontre l'inconstitutionnalité de l'acte attaqué, mais bien aussi qu'il en est directement la victime ; que ce sont ses droits constitutionnellement garantis qui sont lésés en tant que tels par la norme déférée. Et alors que le renvoi préjudiciel proprement dit ne connaît en général pas de restriction de domaine, les recours directs, là où ils existent, sont généralement limités à la contestation des dispositions violant des droits fondamentaux plus ou moins précisément délimités. Ainsi, selon les termes de la loi fondamentale allemande, la Cour constitutionnelle fédérale statue « sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104 » (article 93, alinéa 4a). Selon la règle encore plus restrictive de la Constitution fédérale autrichienne, « (...) La Cour constitutionnelle statue en outre sur la constitutionnalité d'une loi sur recours d'une personne qui prétend être directement lésée dans ses droits par l'inconstitutionnalité de cette loi, à condition que celle-ci s'applique à elle sans l'intervention d'une décision juridictionnelle ou administrative... » (article 140, alinéa 1). L'on comprend bien cette construction. C'est au requérant, qui sera le bénéficiaire de l'annulation et qui est le titulaire de la requête, qu'il revient d'établir le lien entre l'inconstitutionnalité objective de la norme et la violation subjective de ses droits fondamentaux. *La construction française fait en revanche de la juridiction suprême dont relève le juge devant lequel se déroule le litige, le requérant comme dans le contrôle concret classique, mais elle exige que ce requérant porte une remontrance contre une violation des droits fondamentaux subie par l'une des parties qui aura effectivement soulevé ce moyen, ce qui ne semble guère applicable au ministère public, sauf à en faire un deuxième défenseur des droits à l'instar de celui que prévoit en termes on ne peut plus généraux le nouvel article 71-1 de la Constitution.*

La raison de ce caractère hybride semble résider dans le fait que, dans l'esprit d'une partie de la doctrine et des protagonistes des projets précédents comme sans doute au moins de quelques-uns des auteurs de la disposition finalement adoptée, le nouveau contrôle incident constituerait une voie d'accès des individus au juge constitutionnel et une nouvelle garantie de leurs droits. Sans pouvoir entrer dans les détails de l'histoire de l'article 61-1, on peut formuler l'hypothèse que l'on a cherché à introduire un contrôle concret dans l'esprit d'un recours direct très étroitement limité. En ce sens, et *contrairement à une opinion probablement aujourd'hui majoritaire, il ne s'agit nullement d'un renvoi préjudiciel au sens strict, mais bien d'une construction hybride qui transporte la structure du recours individuel dans le mécanisme du renvoi préjudiciel.* Il devra prouver non seulement l'inconstitutionnalité, la préjudicialité, mais aussi l'aspect subjectif qui ne résulte en aucune façon nécessairement de ceux-ci.

La construction française qui voulait sans doute être simple et n'ouvrir que la plus petite fenêtre possible se révèle en fait beaucoup plus compliquée que ses homologues européens. Il s'agit bien d'un renvoi préjudiciel sur exception de violation de droits fondamentaux.

Document 3 : Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 avril 2010 par le Conseil d'État (décision n° 336753 du 14 avril 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Khedidja L. et M. Moktar L. et relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de :

- l'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 ;
- l'article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 ;
- l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Vu le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ;

Vu la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959 de finances pour 1960 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le président de l'Assemblée nationale, enregistrées le 22 avril 2010 ;

Vu les observations produites pour Mme L. et M. L. par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 4 mai 2010 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 4 mai 2010 ;

Vu les nouvelles observations produites pour Mme L. et M. L. par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 12 mai 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Maître Arnaud Lyon-Caen, pour les requérants, et M. Thierry- Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 25 mai 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 :
« Les pensions, rentes ou allocations viagères attribuées aux ressortissants de l'Algérie sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et garanties en application de l'article 15 de la déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie ne sont pas révisables à compter du 3 juillet 1962 et continuent à être payées sur la base des tarifs en vigueur à cette même date.

«Elles pourront faire l'objet de revalorisations dans des conditions et suivant des taux fixés par décret.

« Les dispositions prévues aux alinéas ci-dessus sont applicables aux prestations de même nature, également imputées sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État, qui ont été attribuées aux ressortissants de l'Algérie après le 3 juillet 1962 en vertu des dispositions du droit commun ou au titre de dispositions législatives ou réglementaires particulières et notamment en application du décret n° 62-319 du 20 mars 1962.

« La retraite du combattant pourra être accordée, au tarif tel qu'il est défini ci-dessus, aux anciens combattants qui remplissent les conditions requises postérieurement à la date d'effet de cet article ; »

2. Considérant qu'aux termes de l'article 68 de la loi n° 2002- 1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 : « I. Les prestations servies en application des articles 170 de l'ordonnance n° 58- 1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959, 71 de la loi de finances pour 1960 (n° 59-1454 du 26 décembre

1959) et 26 de la loi de finances rectificative pour 1981 (n° 81-734 du 3 août 1981) sont calculées dans les conditions prévues aux paragraphes suivants.

« II. Lorsque, lors de la liquidation initiale des droits directs ou à réversion, le titulaire n'a pas sa résidence effective en France, la valeur du point de base de sa prestation, telle qu'elle serait servie en France, est affectée d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat dans le pays de résidence et des parités de pouvoir d'achat de la France. Les parités de pouvoir d'achat du pays de résidence sont réputées être au plus égales à celles de la France. La résidence est établie au vu des frontières internationalement reconnues à la date de la publication de la présente loi.

« Les parités de pouvoir d'achat sont celles publiées annuellement par l'Organisation des Nations unies ou, à défaut, sont calculées à partir des données économiques existantes.

« III. Le coefficient dont la valeur du point de pension est affectée reste constant jusqu'au 31 décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle a eu lieu la liquidation des droits effectuée en application de la présente loi. Ce coefficient, correspondant au pays de résidence du titulaire lors de la liquidation initiale des droits, est ensuite réévalué annuellement.

« Le dispositif spécifique de revalorisation mentionné au II et au premier alinéa du présent III est exclusif du bénéfice de toutes les mesures catégorielles de revalorisation d'indices survenues depuis les dates d'application des textes visés au I ou à intervenir.

« Le montant des prestations qui résulterait de l'application des coefficients ne peut être inférieur à celui que le titulaire d'une indemnité a perçu en vertu des dispositions mentionnées au I, majoré de 20 %.

« IV. Sous les réserves mentionnées au deuxième alinéa du présent IV et sans préjudice des prescriptions prévues aux articles L. 108 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, L. 74 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction issue de la loi n° 48-1450 du 20 septembre 1948 portant réforme du régime des pensions civiles et militaires et ouverture de crédits pour la mise en application de cette réforme, et L. 53 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 64-1339 du 26 décembre 1964 portant réforme du code des pensions civiles et militaires de retraite (partie Législative), les dispositions des II et III sont applicables à compter du 1er janvier 1999.

« Ce dispositif spécifique s'applique sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée et des contentieux contestant le caractère discriminatoire des textes visés au I, présentés devant les tribunaux avant le 1er novembre 2002.

« V. Les pensions d'invalidité peuvent être révisées, sur la demande des titulaires présentée postérieurement à l'entrée en vigueur du présent texte, pour aggravation des infirmités indemnisées ou pour prise en compte des infirmités nouvelles en relation avec celles déjà indemnisées.

« Les demandes d'indemnisation des infirmités non rémunérées sont recevables à compter du 1er janvier 2007 dans les conditions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

« VI. Les prestations servies en application des textes visés au I peuvent faire l'objet, à compter du 1er janvier 2002 et sur demande, d'une réversion. L'application du droit des pensions aux intéressés et la situation de famille sont appréciées à la date d'effet des dispositions visées au I pour chaque État concerné. (...)

« VIII. Les bénéficiaires des prestations mentionnées au I peuvent, sur demande, en renonçant à toutes autres prétentions, y substituer une indemnité globale et forfaitaire en fonction de l'âge des intéressés et de leur situation familiale. Le droit aux soins médicaux gratuits et à l'appareillage afférent à la prestation faisant l'objet d'une indemnité globale et forfaitaire est conservé.

« IX. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du II, précise les conditions dans lesquelles l'octroi des prestations mentionnées au V peut être adapté à des situations particulières et détermine les conditions d'application du VIII » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 : « I. Les pensions militaires d'invalidité et les retraites du combattant servies aux ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France en application des articles 170 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959, 71 de la loi de finances pour 1960 (n° 59-1454 du 26 décembre 1959), 26 de la loi de finances rectificative pour 1981 (n° 81-734 du 3 août 1981) et 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 (n° 2002-1576 du 30 décembre 2002) sont calculées dans les conditions prévues aux paragraphes suivants.

« II. À compter du 1er janvier 2007, la valeur du point de base des retraites du combattant et des pensions militaires d'invalidité visées au I est égale à la valeur du point de base retenue pour les retraites du combattant et les pensions militaires d'invalidité servies en France telle qu'elle est définie par l'article L. 8 bis du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

« III. À compter du 1er janvier 2007, les indices servant au calcul des pensions militaires d'invalidité des invalides visés au I du présent article sont égaux aux indices des pensions militaires des invalides servies en France, tels qu'ils sont définis à l'article L. 9 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

« Les pensions en paiement visées au précédent alinéa seront révisées, sans ouvrir droit à intérêts de retard, à compter du 1 janvier 2007 sur la demande des intéressés déposée postérieurement à l'entrée en vigueur du présent article auprès de l'administration qui a instruit leurs droits à pension.

« IV. À compter du 1 janvier 2007, les indices servant au calcul des pensions servies aux conjoints survivants et aux orphelins des pensionnés militaires d'invalidité visés au I du présent article sont égaux aux indices des pensions des conjoints survivants et des orphelins servies en France, tels qu'ils sont définis aux articles L. 49, L. 50, L. 51 (troisième à huitième alinéas), L. 51-1, L. 52, L. 52-2 et L. 54 (cinquième à septième alinéas) du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. « Les pensions en paiement visées au précédent alinéa seront révisées, sans ouvrir droit à intérêts de retard, à compter du 1 janvier 2007 sur la demande des intéressés déposée postérieurement à l'entrée en vigueur du présent article auprès de l'administration qui a instruit leurs droits à pension.

« Le bénéfice des articles L. 51 (premier et deuxième alinéas) et L. 54 (premier à quatrième et huitième alinéas) du même code n'est ouvert qu'aux personnes visées au premier alinéa du présent IV résidant de façon stable et régulière en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, dans les conditions prévues aux articles L. 380-1, L. 512-1 et L. 815-1 du code de la sécurité sociale.

« Le VIII de l'article 170 de l'ordonnance portant loi de finances pour 1959 précitée, le IV de l'article 71 de la loi de finances pour 1960 précitée, le dernier alinéa de l'article 26 de la loi de finances rectificative pour 1981 précitée, l'article 132 de la loi de finances pour 2002 (n° 2001- 1275 du 28 décembre 2001) et le VI de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 précitée ne sont plus applicables à compter du 1er janvier 2007 en ce qu'ils concernent les pensions servies aux conjoints survivants des pensionnés militaires d'invalidité. À compter de cette date, les pensions à concéder aux conjoints survivants des pensionnés militaires d'invalidité sont établies dans les conditions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre et de l'alinéa précédent. (...) » ;

4. Considérant, en premier lieu, que, selon les requérants, le Conseil constitutionnel doit, au-delà des dispositions législatives qui font l'objet de la question, se prononcer sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'ensemble des dispositions législatives relatives à la « cristallisation » des pensions, et notamment sur celle de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 susvisée ; que, selon le Premier ministre, c'est à tort que l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006, qui ne serait pas applicable au litige, a été inclus dans la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée ;

5. Considérant, en second lieu, que, selon les requérants, les dispositions législatives précitées seraient contraires au principe d'égalité ; que le premier alinéa du paragraphe IV de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 donnerait aux dispositions de cet article un caractère rétroactif ;

- SUR LA PROCÉDURE :

6. Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites ;

7. Considérant que, par suite, doivent être rejetées les conclusions des requérants tendant à ce que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 susvisée et des autres dispositions législatives relatives à la « cristallisation » des pensions, dès lors que ces dispositions ne figurent pas dans la question renvoyée par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel ; qu'il en va de même des conclusions du Premier ministre tendant à ce que le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la conformité à la Constitution de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006, dès lors que cette disposition est au nombre de celles incluses dans la question renvoyée par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel ;

- SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES DISPOSITIONS CONTESTÉES :

8. Considérant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

. En ce qui concerne l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 :

9. Considérant que les dispositions combinées de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ont pour objet de garantir aux titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, selon leur lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'État ; qu'en prévoyant des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraite, elles laissent subsister une différence de traitement avec les ressortissants français résidant dans le même pays étranger ; que, si le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger ; que, dans cette mesure, lesdites dispositions législatives sont contraires au principe d'égalité ;

. En ce qui concerne l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 :

10. Considérant que l'abrogation de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 a pour effet d'exclure les ressortissants algériens du champ des dispositions de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 ; qu'il en résulte une différence de traitement fondée sur la nationalité entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant selon qu'ils sont ressortissants algériens ou ressortissants des autres pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France ; que cette différence est injustifiée au regard de l'objet de la loi qui vise à rétablir l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants qu'ils soient français ou étrangers ; que, par voie de conséquence, l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 doit également être déclaré contraire au principe d'égalité ;

11. Considérant que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions législatives contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

- SUR LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ :

12. 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,

DÉCIDE:

Article premier. - Sont déclarés contraires à la Constitution :

- l'article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 ;

- l'article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, à l'exception du paragraphe VII ;

- l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, à l'exception du paragraphe V.

Article 2.- La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article premier prend effet à compter du 1er janvier 2011 dans les conditions fixées au considérant 12 de la présente décision.

Article 3.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

B) La QPC et le rôle des cours suprêmes

Document 4 : Cour de cassation, *Chambre civile 1*, 2 octobre 2019, n° 19-40024.

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Faits et procédure

1. Mme A..., de nationalité nicaraguayenne, a été contrôlée à l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle, le 17 juin 2019 à 15 heures, avant son entrée sur le territoire national. Le chef de service de contrôle aux frontières a pris à son encontre deux décisions de refus d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente, qui lui ont été notifiées à 15 heures 55. Le même jour, à 16 heures 45, un officier de police judiciaire de la direction de la police aux frontières a procédé à son audition et en a dressé procès-verbal. L'administration a saisi le juge des libertés et de la détention aux fins de maintenir l'intéressée en zone d'attente au-delà de quatre jours.

Énoncé de la question prioritaire de constitutionnalité

2. Par ordonnance du 2 juillet 2019, le juge des libertés et de la détention a transmis une question prioritaire de constitutionnalité présentée par Mme A..., ainsi rédigée :

« Les dispositions des articles L. 213-2 et L. 221-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ? ».

Examen de la question prioritaire de constitutionnalité

3. La disposition contestée est applicable au litige.

4. Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

5. La question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle invoque une restriction aux droits de la défense résultant de l'audition sans avocat d'une personne maintenue en zone d'attente, de nature à porter atteinte aux droits et libertés garantis aux articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

6. En conséquence, il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du deux octobre deux mille dix-neuf...

Document 5 : C.E., *Ass.*, 28 septembre 2018, Req. n° 421899.

Vu la procédure suivante :

Mme A...C...et Mme D...B..., à l'appui de leur demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite, née le 23 avril 2018, par laquelle le centre d'assistance médicale à la procréation du centre hospitalier universitaire de Toulouse a rejeté leur demande d'assistance médicale à la procréation, ont produit un mémoire, enregistré le 22 mai 2018 au greffe du tribunal administratif de Toulouse, en application de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, par lequel elles soulèvent une question prioritaire de constitutionnalité.

Par une ordonnance n° 1802013 du 2 juillet 2018, enregistrée le 4 juillet 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Toulouse, avant qu'il soit statué sur la demande de Mme C...et de Mme B..., a décidé, par application des dispositions de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, de transmettre au Conseil d'Etat la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Rémi Decout-Paolini, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Thouin-Palat, Boucard, avocat de Mme C...et de Mme B...et à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, Robillot, avocat du centre hospitalier universitaire de Toulouse.

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte des dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsqu'une juridiction relevant du Conseil d'Etat a transmis à ce dernier, en application de l'article 23-2 de cette même ordonnance, la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

2. Aux termes de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique : " L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. (...) ". L'article L. 2141-2 du même code dispose que : " L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation ".

3. Mme C...et Mme B...ont demandé au tribunal administratif de Toulouse l'annulation de la décision implicite par laquelle le centre d'assistance médicale à la procréation du centre hospitalier universitaire de Toulouse a rejeté leur demande d'assistance médicale à la procréation, reçue le 23 février 2018. A l'appui de cette demande, elles ont soulevé la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions précitées de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, qui réservent l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples composés d'un homme et d'une femme, vivants, en âge de procréer et souffrant d'une infertilité médicalement diagnostiquée. Elles soutiennent que ces dispositions méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, garanti par les articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans la mesure où elles introduisent une différence de traitement, qui ne serait pas justifiée par leur objet, entre les couples souffrant d'une infertilité médicalement diagnostiquée, selon qu'ils sont de même sexe ou de sexe différent.

4. En premier lieu, lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité lui est transmise sur le fondement de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, il ne relève pas de l'office du Conseil d'Etat de se prononcer sur la recevabilité de la requête à l'occasion de laquelle cette question a été soulevée. Par suite, le centre hospitalier universitaire de Toulouse ne saurait utilement se prévaloir, pour soutenir que la question soulevée par Mmes C...et B...ne pourrait pas être transmise par le Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel, de ce que la demande des intéressées formée devant le tribunal administratif de Toulouse serait irrecevable.

5. En second lieu, aux termes de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Les hommes naissent et demeurent... ". L'article 6 de cette déclaration dispose, en outre, que la loi " doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ". Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

6. Les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe. Il résulte des dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique qu'en réservant l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples composés d'un homme et d'une femme, vivants, en âge de procréer et souffrant d'une infertilité médicalement diagnostiquée, le législateur a entendu que l'assistance médicale à la procréation ait pour objet de remédier à l'infertilité pathologique d'un couple sans laquelle celui-ci serait en capacité de procréer. La différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité. Il en résulte que la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux.

7. Par suite, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée.

DECIDE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le tribunal administratif de Toulouse.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à Mme A...C..., à Mme D...B..., à la ministre des solidarités et de la santé et au centre hospitalier universitaire.

C) Mise en perspective

Document 6 : G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n° 137, p. 5-17 (extraits)

[...] Bien que le principe en ait été posé dès le préambule de la Déclaration de 1789, il aura donc fallu plus de deux siècles pour parvenir à l'instauration d'un système de justice constitutionnelle qui accorde au citoyen la possibilité de se prévaloir de la Constitution contre les pouvoirs publics ; plus de deux siècles pour que soit donnée une réponse à SIEYES, qui s'adressait en ces termes à la Convention : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre. Un oubli de ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil ; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique ? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer. Il m'est donc permis de le demander : qui avez-vous nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la Constitution ? » [Discours du 18 thermidor An III]

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 [...] a enfin réparé l'« oubli ».

Sous les dehors techniques d'une voie de droit inédite dénommée « question prioritaire de constitutionnalité », l'évolution de l'un des plus anciens constitutionnalismes du monde vers l'âge adulte se trouve parachevée. Toutefois, cette impression ne peut qu'être mêlée d'un certain nombre d'interrogations. Le « constitutionnalisme » qui s'exprime aujourd'hui en France pourrait sembler en décalage par rapport au ton de l'époque, tel qu'il ressort de nombreux débats internationaux. [...]

LE DEPASSEMENT D'UN CONSTITUTIONNALISME INFANTILE ?

[...] En conduisant à une juridictionnalisation plus marquée du rôle et du fonctionnement du Conseil constitutionnel, la réforme fait d'abord œuvre de logique juridique. Elle remédie à l'incongruité tenant à la dissymétrie du régime juridique de la loi, totalement incontestable vis-à-vis de la Constitution une fois promulguée, d'une part, et quotidiennement mise à l'écart par les juges ordinaires en cas de conflit vis-à-vis des conventions internationales, pourtant de valeur infraconstitutionnelle, d'autre part. Elle permet ensuite de corriger les inconvénients inhérents à toute forme de contrôle *a priori* déclenché à l'initiative d'un nombre limité de requérants. Certains textes échappaient au contrôle, soit en raison de leur ancienneté, soit en raison de l'abstention, distraite ou calculée, des autorités de saisine. La réforme conduira à une protection plus vigilante des

droits fondamentaux, puisque confiée à ceux qui, au quotidien, en endurent les violations. Avec le concours des juges ordinaires, le citoyen peut enfin s'approprier la Constitution.

Un pas semble de la sorte incontestablement franchi. Aussi comprend-on que la réforme ait suscité l'enthousiasme quasi unanime de la doctrine lors de son adoption, donne lieu à un engouement maîtrisé des praticiens lors de sa mise en œuvre, et appelle, après les premiers mois de son application, des appréciations très majoritairement favorables des juges judiciaire, administratif ou constitutionnel. Si nul ne songerait à nier l'importance de l'*aggiornamento* ainsi réalisé, il ne convient pas davantage de sombrer dans un puéril irénisme panglossien. Signes de maturité, le dispositif consacré en 2008 et le discours doctrinal qui l'accompagne n'en présentent pas moins plusieurs aspects datés.

L'INFANTILISME D'UN CONSTITUTIONNALISME DEPASSE ?

Sur le plan historique, la satisfaction de voir enfin aboutir une réforme sollicitée de longue date n'a d'égale que la déception ressentie devant le résultat. Le constituant de 2008 n'a pas été au-delà de ce qui pouvait être proposé depuis près de quatre-vingts ans en France et existait en Autriche depuis la même époque.

Par ailleurs, l'engagement de conférer de nouveaux droits au citoyen ne semble pas pleinement tenu. En témoigne, malgré la solidité des arguments dont elle peut se recommander, la procédure de double filtrage mise en place, contre la position du comité Balladur. Le juge constitutionnel se trouve soumis à la bonne volonté du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Le citoyen – de même que le juge inférieur – demeure bel et bien, à la différence de ce qu'il est dans le domaine du contrôle de conventionnalité, dans une situation de mineur constitutionnel. De ce point de vue, bien que sous d'autres traits, perdure la dissymétrie entre garantie de la Constitution et garantie des conventions, qui a constitué un argument majeur de la réforme. La pratique dira laquelle s'avérera la plus « compétitive ».

De manière plus fondamentale encore, l'optique retenue est résolument celle du constitutionnalisme juridictionnel. Or ce choix dépasse la simple question de l'architecture technique d'une nouvelle voie de droit. Elle engage un véritable débat sur la forme d'unité politique privilégiée, et sur la forme de citoyenneté dont elle est solidaire. Aussi, puisque la politique sera un peu plus « saisie par le droit » qu'elle ne l'était, doit-on s'interroger, à l'instar des États où la judiciarisation est plus avancée, sur l'orientation vers un type de société où le vocabulaire des droits, subjectifs et exclusifs, structure le rapport social. Quelle place peut-il rester, dans un tel contexte, à la formulation de projets collectifs, fondés sur l'idée de responsabilité des uns envers les autres, et sur la nécessité corrélative de compromis ? Ouvrir la voie à ce que la forme du droit colonise l'expression de la revendication politique n'est de même pas un choix indifférent. Il impose le recours à une expertise particulière et s'avère, dans une certaine mesure, facteur de dépendance pour la conception et la formulation de la revendication politique elle-même.

On doit corrélativement s'interroger sans naïveté sur la possibilité que la QPC fasse enfin entrer la Constitution dans les foyers. La jurisprudence constitutionnelle ne va-t-elle pas devenir de plus en plus raffinée ? La « popularisation » de la Constitution ne sera-t-elle pas qu'illusoire ? Ne va-t-elle pas renforcer le caractère initiatique du savoir constitutionnel ? Le nouveau « droit constitutionnel vivant » ne va-t-il pas susciter avant tout des débouchés pour la catégorie professionnelle des juristes constitutionnalistes ? [...]

L'histoire française compte pourtant quelques tentatives de constitutionnalisme populaire. Ainsi l'article 377 de la Constitution de l'an III prévoyait-il que « le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution [...] à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ».

Ce type de dispositif confie, à parité avec les pouvoirs constitués et les organes politiques traditionnels, la garantie du respect de la Constitution au peuple lui-même. Il paraît exclu des débats hexagonaux. Or, dans les États où la juridictionnalisation de la protection de la Constitution est avancée, l'idée de constitutionnalisme populaire est prise au sérieux.

La remise de la décision politique à une classe d'experts, de même que l'instauration de dispositifs de plus en plus nombreux destinés à limiter l'accès direct du peuple aux sphères de décision sont ainsi plus fréquemment mises en question. [...]

Loin d'être fortuit, le fait de ne pas avoir pleinement mesuré ces enjeux pourrait être interprété comme une manière de se garder de remises en cause plus fondamentales. Frappé d'anachronisme, le constitutionnalisme français ne serait-il pas en train de découvrir la Constitution rigide, suprême et sanctionnée... alors que celle-ci est une figure déclinante dans le « constitutionnalisme global » qui règne alentour ? [...]

L'exception française qui vient de prendre fin, de manière aussi éclatante qu'elle met le droit français au diapason du modèle de l'État constitutionnel, risque d'enraciner des modes de raisonnement, des hiérarchies intellectuelles et des pratiques qui pourraient ne favoriser ni l'insertion du discours constitutionnel français dans les mouvements de réflexion les plus actuels, ni le progrès véritable des droits des citoyens. La France s'exposerait à rejoindre ainsi le type de pensée juridique auquel Roberto UNGER, dans son style incomparable, reproche d'avoir pour « sale petit secret » son « inconfort vis-à-vis de la démocratie ». Une telle attitude se traduit « par l'identification incessante de restrictions imposées à la règle majoritaire, plutôt que de restrictions au pouvoir des minorités dominantes, comme responsabilité essentielle des juges et des juristes ; par l'hypertrophie corrélative des pratiques et des dispositifs contremajoritaires ; par l'opposition à toutes les réformes institutionnelles, particulièrement à celles visant à accroître le niveau d'engagement politique populaire, en tant qu'elles menaceraient un régime de droits ; par l'équivalence établie entre les droits de propriété et les droits de contester ; [...] par un idéal de démocratie délibérative d'autant plus acceptable que son style se rapproche d'une conversation polie entre *gentlemen* dans un salon du XVIII^e siècle ». [...]

Document 7 : Bilan statistique au 30 juin 2021 (SOURCES : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>)

- Bilan général des décisions rendues par le Conseil constitutionnel (DC) de sa création (1958) au 30 juin 2021 :

	1958-1967	1968-1977	1978-1987	1988-1997	1998-2007	2008-2018	2019	2020	2021 (au 30 juin)	Total au 30 juin 2021
Loi ordinaire	5	23	116	106	120	151	11	10	3	545
Loi organique	13	21	16	30	27	50	5	6	3	171
Traité	0	2	1	3	6	2	0	0	0	14
Règlements des assemblées	16	9	9	22	11	14	3	0	1	85
Référendum d'initiative partagée	-	-	-	-	-	0	3	7	0	10
SOUS-TOTAL DC	34	55	142	161	164	217	22	23	7	825
Loi du pays	-	-	-	-	2	4	-	-	1	7
QPC	-	-	-	-	-	669	61	46	41	817
TOTAL CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE	34	55	142	161	166	890	83	69	49	1649

- Origine des saisines QPC :

SAISINES QPC (2010-30/06/2020)	
Conseil d'Etat	427
Cour de cassation	520

