

La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État

Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI et Vincent DAUMAS - Maîtres des requêtes au Conseil d'État

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 29 (DOSSIER : LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ)
- OCTOBRE 2010

Après cinq mois de fonctionnement de la nouvelle procédure, il est possible, à l'heure où nous écrivons ces lignes, de dresser un premier tableau des décisions rendues par le Conseil d'État en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en s'attachant aux lignes de force qui s'en dégagent.

Nous tenterons ici une présentation méthodique de sa jurisprudence : après avoir traité des questions préalables et du champ d'application de la procédure, on suivra les trois conditions posées par les textes pour qu'il y ait lieu à renvoi de la QPC par le Conseil d'État : l'applicabilité de la disposition législative contestée au litige ou à la procédure ; l'absence de déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; le caractère nouveau ou sérieux de la question. Nous nous pencherons également sur la question de la détermination du champ des dispositions renvoyées avant de terminer par trois observations relatives à la motivation des décisions du Conseil d'État statuant selon la procédure de QPC, à la différence de filtre existant entre celui-ci et les juridictions placées sous son contrôle et à l'articulation entre la procédure de QPC et celle de référé.

Conditions préalables à l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité

Au nombre des questions que doit nécessairement se poser le juge de droit commun saisi d'une QPC – appelons-le : le juge de la QPC, qu'il s'agisse, dans l'ordre administratif, du Conseil d'État ou d'une juridiction relevant de son contrôle – figurent les questions préalables auxquelles est subordonné l'examen au fond de la requête dont il est saisi.

Il est en premier lieu certain, à la lecture même des textes, que l'incident affectant les conclusions à l'appui (ou en défense) desquelles la QPC a été posée affecte la procédure de QPC elle-même. Autrement dit, le juge de la QPC peut décliner sa compétence, constater un non-lieu ou rejeter des conclusions pour irrecevabilité sans être tenu d'examiner la QPC. Dans ces cas, le juge de la QPC peut ainsi être conduit, du fait de l'un de ces incidents, à ne pas examiner la QPC qui lui a été soumise. C'est ce qui s'est produit pour la première QPC enregistrée au Conseil d'État : ce dernier ayant constaté que la requête dont il était saisi aurait dû être présentée devant un juge judiciaire, celle-ci a été rejetée par ordonnance comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, ce qui, en conséquence, a dispensé le Conseil d'État d'examiner la QPC dont elle était assortie (CE, ord. 17 mars 2010 n° 335657, inédite au Recueil Lebon et non publiée). Cette première décision, en précisant le traitement procédural de la QPC, a l'intérêt d'illustrer sa nature : il ne s'agit pas de conclusions mais d'un moyen soumis au juge de droit commun, et tant qu'elle reste entre ses mains la QPC demeure un simple moyen dont le devenir est lié, conformément aux règles classiques qui régissent le procès, aux conclusions auxquelles il est attaché.

La question de savoir si la QPC est soumise aux règles de droit commun régissant les conditions d'examen par le juge des productions intervenant postérieurement à la clôture de l'instruction écrite paraît appeler une réponse tout aussi claire au vu d'une des décisions rendues par le Conseil d'État (CE, 19 mai 2010, *Cimade et Gisti*, n°s 323758 et 323834, à mentionner aux tables du Lebon sur un autre point). Rappelons qu'il découle de ces règles d'origine essentiellement jurisprudentielle (CE, Section, 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/Abounkhila*, n° 252988, Lebon p. 93) que le juge, s'il doit prendre connaissance de toutes les productions postérieures à la clôture de l'instruction et antérieures à la lecture de sa décision, n'est en principe pas obligé d'en tenir compte. Il peut toujours le faire, dans l'intérêt d'une bonne justice, mais il n'y est obligé que dans deux hypothèses qui sont énoncées en des termes restrictifs par la jurisprudence. La première est celle dans laquelle la production tardive contient l'exposé d'une circonstance de fait dont celui qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction écrite et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts ; la seconde, celle dans laquelle cette production contient l'exposé d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office. Une QPC introduite postérieurement à la clôture de l'instruction écrite ne paraît pas pouvoir correspondre à la première hypothèse, qui concerne des questions de fait ; elle ne peut pas davantage relever de la seconde branche de l'autre hypothèse, puisque la question de la constitutionnalité d'une disposition législative ne peut être soulevée d'office par le juge de droit commun. Resterait, pour que le juge soit tenu de se pencher sur une

QPC tardive, à assimiler la contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative à une « circonstance de droit nouvelle ». Mais cette assimilation, qui n'était pas dans le sens de la jurisprudence (celle-ci vise plutôt les cas – assez exceptionnels – d'intervention d'un texte d'application immédiate ou rétroactive), a été refusée par le Conseil d'État dans l'affaire *Cimade et Gisti*. Dans cette affaire, les requérants avaient soulevé des QPC devant le Conseil d'État postérieurement à la clôture de l'instruction et celui-ci, après avoir relevé qu'ils étaient en mesure de formuler ces questions avant la clôture de l'instruction – c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient être regardées comme des circonstances de droit nouvelles – juge qu'il n'y a pas lieu de rouvrir l'instruction et refuse de les examiner. Comme pour toute autre production tardive, le juge peut donc prendre en compte une QPC présentée après la clôture de l'instruction écrite mais n'y est, sauf exception, pas tenu.

En plus de ces conditions classiques auxquelles l'examen de la QPC est soumis au même titre que tout autre moyen, les textes ont prévu une condition supplémentaire en subordonnant sa recevabilité à la production d'un mémoire distinct et motivé. A ce titre, le Conseil d'État a déjà été confronté à l'hypothèse dans laquelle une requête soulevait, à l'appui des conclusions présentées, un unique moyen tiré de la non-conformité à la Constitution d'une disposition législative. Alors même que cette requête était présentée sous la forme d'un mémoire revêtu de la mention « question prioritaire de constitutionnalité », le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait pas être regardé comme l'écrit distinct exigé par l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (CE, 2 juin 2010, *Ponsart*, n° 338965, inédite au Lebon). La solution se comprend très bien eu égard à l'objet de l'obligation tenant à la production d'un mémoire distinct : elle est imposée par les textes afin de faciliter le travail des juridictions, soumises à des délais restreints, en leur permettant de scinder aisément le dossier de l'affaire entre sa partie relative au litige principal, conservée au sein de la juridiction saisie des conclusions de la requête, et sa partie relative à la QPC, susceptible de transmission à la cour suprême de l'ordre juridictionnel concerné ou de renvoi au Conseil constitutionnel. A cet égard, le juge de la QPC se trouvera vraisemblablement confronté un jour prochain à l'hypothèse d'un mémoire présenté en vue du renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel mais ne comportant pas exclusivement des moyens d'inconstitutionnalité. Se posera alors également la question de savoir si celui-ci peut être regardé comme le mémoire « distinct » exigé par les textes. Au vu des considérations qui précèdent, et compte tenu de ce que cette condition procédurale reste somme toute légère pour le justiciable, il ne paraîtrait pas choquant que la QPC soit alors déclarée irrecevable. La solution alternative, plus libérale mais guère lisible et source de complexité, reviendrait à opérer un contrôle du contenu du mémoire présentant la QPC aux fins de déterminer si celui-ci est détourné de son objet, et à ne déclarer la QPC irrecevable que si tel est le cas.

Ajoutons qu'il est en revanche certain que la contestation au regard de la Constitution de plusieurs dispositions législatives dans le même mémoire distinct n'entraîne pas leur irrecevabilité. Le Conseil d'État l'a déjà jugé implicitement – voir, par exemple CE, 14 avril 2010, *Labane*, n° 336753, à publier au Lebon : dans cette affaire, le Conseil d'État était saisi par un même mémoire de la question de la conformité à la Constitution d'une série de dispositions législatives, qu'il a toutes renvoyées au Conseil constitutionnel sauf une. Ajoutons que cette solution apparaît tout aussi logique que les précédentes si l'on garde là encore en tête les considérations qui ont motivé l'exigence de mémoire distinct : tout ce qui compte est que le juge de la QPC puisse sans délai se départir du litige constitutionnel venant se greffer sur celui dont il est saisi à titre principal, pour en confier le règlement au juge compétent sous une forme pure, c'est-à-dire purgée de toute question autre que constitutionnelle.

Champ d'application de la procédure

Face à une QPC recevable et qu'il y a lieu pour lui d'examiner, le juge de droit commun doit vérifier que les textes relatifs à cette procédure trouvent à s'appliquer.

C'est vrai tout d'abord eu égard à la nature des contestations pouvant être soulevées dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution. La voie de recours ouverte par ces dispositions est en effet réservée aux contestations portant sur une « disposition législative » dont il est soutenu qu'elle « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». On se trouve ici face à des notions commandant le champ d'application de la procédure de QPC.

La détermination du contenu de la liste des « droits et libertés que la Constitution garantit » n'est pas évidente, ainsi d'ailleurs qu'en témoignent les interrogations très précoces de la doctrine sur ce point. La question s'est posée rapidement au Conseil d'État puisqu'il a été saisi de la contestation d'une disposition législative du CGI critiquée sous l'angle de l'incompétence négative du législateur, sur laquelle il a statué par la décision du 23 avril 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 327166, à mentionner aux tables du Lebon. Rappelons que la jurisprudence du Conseil constitutionnel développée dans le cadre de son contrôle *a priori* de la loi exige du législateur qu'il épuise sa compétence telle qu'elle est définie à l'article 34 de la Constitution, « afin de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ». De ce point de vue, il est défendable de soutenir que la répartition des compétences entre le domaine de la loi et celui du règlement participe, au moins en certaines matières, de la protection des droits et libertés garantis par la Constitution en imposant l'intervention d'un débat public au sein du Parlement. Toutefois, les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 montrent que le pouvoir constituant a voulu exclure, par le recours à la référence aux droits et libertés protégés par la Constitution, les dispositions constitutionnelles liées au fonctionnement des

institutions. Autrement dit, les questions touchant à la « constitutionnalité externe » d'une loi, comme le formulait Julien Boucher, rapporteur public de l'affaire *Kimberly Clark* devant le Conseil d'État, pouvaient paraître d'emblée exclues du champ de la QPC. Une solution de renvoi a finalement été retenue afin de laisser au Conseil constitutionnel le soin de trancher cette question. Ce qu'il a fait dans sa décision du 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, par laquelle il a jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Le moyen n'est donc opérant que si l'incompétence négative « affecte » un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

Une autre question non moins épineuse, et dont il n'est pas non plus certain qu'elle doive recevoir une réponse uniforme, a trait à l'attraction, parmi les « droits et libertés que la Constitution garantit », des objectifs de valeur constitutionnelle (OVC) qui ne sont pas des normes ou principes constitutionnels mais des buts ou des valeurs que le législateur doit prendre en compte lorsqu'il légifère. Jusqu'à présent, le Conseil d'État, saisi du moyen d'inconstitutionnalité tiré de la violation d'un OVC l'avait écarté « en tout état de cause », en réservant donc la question (cf. CE, 25 juin 2010, *Rudant*, n° 336708, inédite au Lebon ; 25 juin 2010, *Mortagne*, n° 326363, à publier au Lebon). Le Conseil constitutionnel, après avoir dans un premier temps adopté la même prudence (cf. sa décision du 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, cons. 8), a depuis lors tranché – mais en partie seulement – la question, s'agissant de l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, en jugeant que sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const. 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC, cons. 9).

Par ailleurs, on notera que le Conseil d'État a jugé que le principe d'annualité budgétaire n'était pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1 (CE, 25 juin 2010, *Région Lorraine*, n° 339842, à mentionner aux tables du Lebon), non plus que le principe de sincérité budgétaire (CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, n° 340492, à mentionner aux tables du Lebon).

La notion de « disposition législative » prête moins à hésitation. Ainsi, comme cela ne faisait guère de doute, le Conseil d'État a jugé que la procédure de QPC ne permet pas d'interroger le Conseil constitutionnel, à titre préjudiciel, sur l'interprétation d'une norme constitutionnelle, même en vue de son application dans un litige (CE, 16 avril 2010, *Virassamy*, n° 336270, à mentionner aux tables du Lebon), ni davantage de contester la conformité à la Constitution d'une disposition réglementaire (CE, 2 juin 2010, *Ponsart*, n° 338965, précitée). Ce dernier contrôle relève, évidemment, de la compétence du juge administratif de droit commun.

Même si la QPC porte sur une disposition législative, cette dernière n'est pas forcément susceptible de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Ainsi le Conseil d'État en a-t-il jugé à propos d'une loi autorisant la ratification d'une convention internationale (CE, 14 mai 2010, *Rujović* c, n° 312305, à publier au Lebon). Une telle loi, dès lors qu'elle n'a d'autre objet que de permettre la ratification d'une convention, est considérée, par sa nature même, comme insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil d'État refuse ainsi également que par le biais d'une QPC puisse être soulevée, derrière la contestation de la loi autorisant la ratification, celle de la convention internationale dont elle a pour objet de permettre l'introduction dans l'ordre juridique interne. Cette analyse manifeste sans doute, ainsi que le défendait le rapporteur public Julie Burguburu dans ses conclusions, la volonté de ne pas remettre en cause le système actuel de contrôle de la constitutionnalité des conventions internationales par le Conseil constitutionnel, qui fait la part belle à la règle *pacta sunt servanda* puisqu'il ne s'exerce qu'*a priori*, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la convention, dans le cadre des articles 54 ou 61 de la Constitution (selon que le Conseil constitutionnel est saisi directement de la convention internationale ou de la loi autorisant sa ratification). Cette même volonté ressort d'une toute récente décision rendue par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État (CE, Assemblée, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, n° 327663 et autres, à publier au Lebon).

La solution retenue dans la décision *Rujović* c ne restera sans doute pas isolée. D'autres dispositions législatives de nature particulière paraissent en effet pouvoir être écartées du champ d'application de la QPC pour des motifs similaires à ceux retenus dans cette décision. Peut ainsi se poser la question du sort à réserver à des dispositions législatives purement budgétaires figurant dans une loi de finances, ainsi qu'à celles contenues dans une loi de programmation (mais il paraît plus délicat d'affirmer qu'elles ne pourraient jamais porter atteinte à des droits ou libertés garantis par la Constitution).

Condition d'applicabilité au litige de la disposition contestée

L'article 61-1 de la Constitution permet de contester la constitutionnalité d'une disposition législative « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Cette disposition constitutionnelle a été explicitée dans l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui a subordonné la possibilité d'un renvoi à la condition que la disposition législative contestée soit « applicable au litige ». Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause l'appréciation portée par le juge du renvoi sur ce point (Cons. const. 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, cons. 6).

Les premières décisions rendues par le Conseil d'État montrent qu'il entend donner de cette condition une interprétation propre à la procédure

de QPC. Cette volonté est rendue explicite dans plusieurs de ces décisions dans lesquelles il a fait état de l'applicabilité au litige de la disposition contestée « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ». Différentes considérations sont au fondement de cette interprétation.

La première a trait aux conditions de délai auxquelles est soumis l'examen de la QPC par le juge de droit commun. Le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent statuer sous trois mois à peine de dessaisissement. Quant aux tribunaux et cours placés sous leur contrôle, il leur appartient de statuer sur la QPC « sans délai » (art. 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958). Il en découle que le juge de la QPC devra le plus souvent se prononcer sur sa transmission à la cour suprême dont il relève ou sur son renvoi au Conseil constitutionnel avant d'avoir complété l'instruction de l'affaire dont il est saisi à titre principal. Il n'est donc pas exclu, alors qu'un examen rapide du dossier au stade de la QPC aura fait apparaître l'applicabilité de la disposition législative contestée au litige, qu'une instruction plus poussée révèle ensuite que celle-ci, en réalité, ne peut recevoir application. En soulignant que lorsqu'il prend position, au moment où il statue sur la QPC, sur la seule question de l'applicabilité au litige de la disposition législative arguée d'inconstitutionnalité « au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958 », le Conseil d'État se réserve entièrement la possibilité de la juger, lors du règlement de l'affaire, inapplicable au litige.

Une seconde considération est le souci de ne pas préjuger, au stade de l'examen de cette première condition, de l'interprétation qui doit être faite de la disposition législative contestée. Un excellent exemple en est fourni dans l'affaire *Union des familles en Europe* (CE, 14 avril 2010, n° 323830, à publier au Lebon). Une association familiale avait demandé l'annulation de celles des dispositions du décret créant un Haut Conseil de la famille qui déterminent la représentation du mouvement familial au sein de cet organisme. A l'appui de cette requête, elle avait contesté la constitutionnalité du 2° de l'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles, qui fait de l'Union nationale des associations familiales (Unaf) et des unions départementales qui lui sont affiliées les interlocuteurs privilégiés des pouvoirs publics en matière de politique familiale. Elle soutenait que le Premier ministre était tenu par cette disposition législative de prévoir, comme il l'avait fait dans le décret attaqué, que la représentation du mouvement familial au sein du Haut Conseil de la famille serait assurée principalement par l'Unaf. Or, ainsi qu'il ressort des conclusions du rapporteur public Anne Courrèges (AJDA 2010. 1018), une autre interprétation de la disposition législative contestée était possible. Elle aurait conduit à estimer au contraire que le Premier ministre n'était aucunement lié par cette disposition législative lorsqu'il a pris le décret attaqué. Le Conseil d'État n'a cependant pas voulu, à ce stade, trancher une question d'interprétation de la disposition législative incriminée et l'a donc regardée comme applicable au litige « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ».

Une troisième considération peut intervenir, relative à l'objet même de l'argumentation de l'auteur de la QPC. Celui-ci, tout en ayant parfaitement conscience qu'en égard à son champ d'application, la disposition législative qu'il conteste ne régit pas sa situation, peut en effet avoir engagé un litige pour se voir appliquer cette disposition en soutenant qu'elle est inconstitutionnelle en tant qu'elle ne s'applique pas à sa situation. Le Conseil d'État a déjà été confronté à une telle argumentation, fondée sur une méconnaissance du principe d'égalité. Il a considéré que la disposition contestée en tant qu'elle ne s'appliquait pas à la situation à l'origine du litige devait être regardée comme applicable au litige, toujours « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 » (CE, 14 avril 2010, *Labane*, n° 336753, à publier au Lebon). Cette solution nous paraît appeler deux observations. En premier lieu, si elle a été adoptée alors que le bénéfice de la disposition législative contestée était revendiqué sur le fondement du principe d'égalité, rien ne nous paraît faire obstacle à ce qu'elle soit reproduite alors que c'est un autre moyen d'inconstitutionnalité qui est invoqué. En second lieu, il semble découler de cette solution que, de manière générale, lorsque l'application de la disposition législative critiquée est l'objet même du litige, la condition d'applicabilité doit être regardée comme remplie.

Enfin, le Conseil d'État admet qu'une disposition remplit la condition d'applicabilité au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dès lors que cette disposition présente un rapport d'indissociabilité avec celle, également contestée, dont l'application est à l'origine du litige. Il en a jugé ainsi dans un cas dans lequel deux dispositions législatives étaient critiquées. L'application de la première était à l'origine du litige, alors que la seconde n'avait pas été appliquée à la situation des auteurs de la QPC et ne pouvait manifestement l'être. Mais cette dernière avait pour objet de procéder à l'extension du régime institué par la première disposition (CE, 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840, à publier au Lebon). Cette solution est justifiée, ainsi que l'a exposé le rapporteur public Jean-Philippe Thiellay dans ses conclusions, par la préoccupation de renvoyer au Conseil constitutionnel un ensemble de dispositions législatives cohérent au regard des conséquences d'une éventuelle déclaration de non-conformité des dispositions renvoyées, c'est-à-dire de leur abrogation. Il aurait en effet été pour le moins étrange et tout à fait dommageable du point de vue de la sécurité juridique que le Conseil constitutionnel, dans une telle hypothèse de non-conformité, laisse subsister une disposition étendant un régime juridique abrogé parce que saisi seulement de la première disposition en cause.

On l'aura compris, le Conseil d'État fait preuve, dans l'appréciation de la condition relative à l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée, d'une grande souplesse, à tel point qu'on est tenté de considérer qu'à ses yeux, est applicable au litige au sens de l'ordonnance du 7 décembre 1958 toute disposition qui n'est pas dépourvue de tout lien avec ce litige. C'est que le Conseil d'État entend donner toute sa portée aux

intentions des auteurs de la loi organique du 10 décembre 2009, dont il ressort que la condition d'applicabilité au litige a essentiellement pour objet d'éviter que la QPC se transforme en une action populaire ouverte contre la loi. Tout ce qui est exigé de l'auteur de la QPC au titre de l'appréciation de cette condition, c'est qu'il fasse la preuve d'une certaine légitimité à poser la QPC.

Terminons sur ce point en soulignant que l'interprétation libérale faite par le Conseil d'État de la condition d'applicabilité n'est pas sans limite. Ainsi, dans l'affaire *Kimberly Clark* mentionnée plus haut, il a pris le soin de lire la QPC dont il était saisi, qui portait sur l'ensemble de l'article 273 du CGI, comme ne concernant en réalité que cet article « en tant qu'il habilite le pouvoir réglementaire à fixer des délais tels que ceux mentionnés à l'article 224 de l'annexe II du CGI », dont l'application était en l'occurrence à l'origine du litige. Il a donc trouvé un appui pour restreindre le champ de la contestation dans la condition d'applicabilité au litige. De même, le Conseil d'État a jugé qu'une disposition qui n'a pas été appliquée à la situation à l'origine du litige, dont le bénéfice n'a été revendiqué à aucun moment et dont aucun des moyens invoqués au cours du litige ne fait état n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (CE, 15 juillet 2010, *Blain*, n° 327512, à mentionner aux tables du Lebon).

Disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution

La deuxième condition posée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 est que la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances. Plusieurs précisions ont été apportées sur cette condition par les premières décisions rendues par le Conseil d'État.

Tout d'abord, celui-ci a été saisi d'une QPC portant sur un article codifié issu, parmi d'autres, d'un même article de loi déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. L'article 1^{er} de la loi 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté a créé, au sein du code de procédure pénale, un chapitre complet consacré à ce nouveau régime de privation de liberté et a été déclaré conforme à la Constitution dans la décision 2008-562 DC du 21 février 2008. La difficulté résidait en ce que le Conseil constitutionnel ne s'était pas expressément penché, dans ses motifs, sur la disposition législative contestée, figurant au sein du nouveau chapitre créé par l'article 1^{er} déclaré conforme. Cette disposition (art. 706-53-21 du code de procédure pénale) figure cependant dans le tableau relatif aux dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution accessible sur le site du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État, aux conclusions contraires de son rapporteur public sur cette affaire, Cyril Roger-Lacan, a choisi de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, afin de laisser à celui-ci le soin de dire si, dans un tel cas de figure, la disposition contestée doit être regardée comme ayant déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité (CE, 19 mai 2010, *Section française de l'OIP*, n° 323930, inédite au Lebon). Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet dernier, donnant un mode d'emploi de la lecture à mener dans ce cas de figure, a indiqué que la disposition en cause devait être regardée comme ayant été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de sa décision du 21 février 2008.

Le Conseil d'État a ensuite eu l'occasion de préciser les conséquences à tirer de la circonstance que le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé, dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sur une modification du champ d'application de la disposition législative contestée. En l'occurrence, le Conseil d'État était saisi d'une QPC portant sur les dispositions du 4 bis de l'article 158 du CGI prévoyant, avant leur abrogation par le I de l'article 76 de la loi 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, un abattement de 20 % sur les bénéfices déclarés par les adhérents à un centre ou une association de gestion agréé. Le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, déclaré conformes à la Constitution des dispositions modifiant le champ d'application de ce régime d'abattement. Le Conseil d'État a jugé que cette seule circonstance ne permettait pas de conclure que ce régime avait lui-même été déclaré conforme à la Constitution, « au sens et pour l'application » de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (CE, 31 mai 2010, *M. Exbrayat*, n° 338727, à publier au Lebon ; à paraître à la R.J.F. 8-9/10). On sait en effet que si le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution d'une disposition qui modifie, complète ou affecte le domaine d'une loi antérieurement promulguée, se reconnaît le pouvoir de faire porter son contrôle non seulement sur la disposition législative modificatrice, mais aussi sur celle qui se trouve modifiée (Cons. const. 25 janvier 1985 n° 85-187 DC, Loi d'urgence en Nouvelle-Calédonie, cons. 10.), il n'est pas réputé le faire d'office. Par suite, pour que le Conseil d'État regarde comme non vérifiée la condition relative à l'absence de déclaration de conformité préalable, il aurait fallu que le Conseil constitutionnel se fût penché expressément, dans sa décision de 1989, sur la constitutionnalité de l'abattement de 20 %. Tel n'était pas le cas.

Une dernière précision, et non des moindres, a été apportée par le Conseil d'État s'agissant de cette deuxième condition. Une des QPC examinée par le Conseil d'État portait en effet sur une disposition codifiée issue d'un article de loi que le Conseil constitutionnel avait, dans une décision antérieure, déclaré conforme à la Constitution dans ses motifs et son dispositif. On ne se trouvait pas dans le cas de figure de la décision *OIP* : l'article de loi déclaré conforme avait eu pour seul objet de créer la disposition codifiée contestée, de sorte que cette disposition avait, sans doute possible, été elle-même expressément déclarée conforme à la Constitution. Toutefois, l'auteur de la QPC faisait valoir que le Conseil

constitutionnel n'avait pas examiné la disposition en question, dans les motifs de sa décision déclarant sa conformité à la Constitution, au regard du moyen d'inconstitutionnalité soulevé par la QPC. Le Conseil d'État a jugé que cette circonstance était sans incidence sur l'appréciation de la condition prévue au 2^o de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 et que celle-ci faisait défaut. Il a en conséquence refusé le renvoi, en l'absence de circonstances nouvelles (CE, 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n^o 330310, à publier au Lebon). Précisons, s'agissant de cette dernière notion, que le Conseil d'État a pour la première fois reconnu l'existence d'un changement des circonstances autorisant, malgré l'existence préalable d'une déclaration de conformité à la Constitution de la disposition contestée, un renvoi au Conseil constitutionnel (CE, 9 juillet 2010, *M. et Mme Mathieu*, n^o 339081, à mentionner aux tables du Lebon) ; pour porter cette appréciation, il s'est appuyé sur l'intervention, postérieurement à cette déclaration, de plusieurs modifications législatives ayant affecté les dispositions initialement déclarées conformes par le Conseil constitutionnel.

Question nouvelle ou présentant un caractère sérieux

La dernière des conditions qui, aux termes de l'article 23-4 comme de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, commande le renvoi au Conseil constitutionnel tient au caractère nouveau ou sérieux de la question. Le Conseil constitutionnel a explicité la première de ces hypothèses dans sa décision sur la loi organique du 10 décembre 2009 (Cons. const., 3 décembre 2009 n^o 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, cons. 21), en précisant que la nouveauté de la QPC ne doit pas s'apprécier au regard de la disposition législative contestée, mais au regard du moyen d'inconstitutionnalité soulevé. Compte tenu de l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle déjà abondante, il sera donc rare que le juge de la QPC reconnaisse à une question un caractère nouveau, hormis bien sûr lorsque seront en cause des droits ou libertés récemment reconnus par la Constitution.

C'est donc sur le caractère sérieux ou non de la question posée que se concentreront les débats. Et, au vu des premières décisions rendues par le Conseil d'État, on touche assurément là au cœur du rôle de filtrage dévolu aux Cours suprêmes dans le cadre de la procédure de QPC.

Tout d'abord, indiquons que le caractère sérieux de la QPC est examiné au regard des seuls moyens d'inconstitutionnalité soulevés par l'auteur de la question. En effet, contrairement au Conseil constitutionnel, juge de la loi, le Conseil d'État, juge de la QPC, n'entend certainement pas se reconnaître le pouvoir de soulever d'office des moyens d'inconstitutionnalité (cf. notamment sur ce point les conclusions du rapporteur public Mattias Guyomar sur la décision CE du 19 mai 2010, *Théron*, n^o 331205, à publier au Lebon). Cela implique que, lorsqu'une disposition législative a fait l'objet d'une QPC que le juge a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel, une autre QPC portant sur la même disposition, si elle est sensiblement mieux étayée, n'est pas insusceptible de prospérer. Soulignons également que, lorsque la QPC a été transmise au Conseil d'État par une juridiction placée sous son contrôle, le Conseil d'État examine la question au vu des seuls moyens d'inconstitutionnalité déjà soulevés devant cette juridiction (CE, 16 juillet 2010, *Société de brasseries et casinos Les Flots Bleus*, n^o 339292, à mentionner aux tables du Lebon). Si l'argumentation à l'appui de ces moyens peut être étoffée, un moyen nouveau ne peut pas être soulevé pour la première fois devant le Conseil d'État à l'appui de la QPC qui lui a été transmise.

Cela étant précisé, se pose la question de la manière dont le Conseil d'État va appréhender l'existence d'une question présentant un caractère sérieux.

En premier lieu, mais cela ne surprendra pas, le Conseil d'État n'écarte pas comme dénuée de caractère sérieux une QPC portant sur une disposition législative au seul motif qu'il a précédemment écarté ou au contraire accueilli une contestation comparable présentée sur un terrain d'inconventionnalité. La décision *Labane* en offre une parfaite illustration puisque les dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel dans cette affaire, critiquées au regard du principe constitutionnel d'égalité – et qui ont d'ailleurs donné lieu à déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel – avaient été jugées par le Conseil d'État compatibles avec les stipulations combinées des articles 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (principe de non-discrimination) et 1^{er} de son premier protocole additionnel protégeant le droit au respect des biens (Avis CE, Section, 18 juillet 2006, *Ka*, n^o 286122, Lebon p. 349 et décision du même jour *Gisti*, n^o 274664, Lebon p. 353). La solution est logique et conforme aux motivations profondes de la réforme, qui tend à donner toute sa place à la Constitution dans la protection juridictionnelle des droits et libertés. En effet, comme le soulignait Anne Courrèges dans ses conclusions, si les droits protégés par la Constitution et les conventions internationales sont souvent similaires, il est rare que les protections offertes aient exactement la même portée. On trouve la même illustration de l'indépendance des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité dans la décision de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur plusieurs alinéas du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, ultérieurement codifiés, ainsi que sur les dispositions prévoyant l'application rétroactive de la règle qu'il pose, selon laquelle nul ne peut se prévaloir « d'un préjudice du seul fait de sa naissance » (CE, 14 avril 2010, *Mme L.*, n^o 329290). La rétroactivité de la loi ayant été remise en cause par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 6 octobre 2005, Grande Chambre, n^o 11810/03, *Maurice c/ France et n^o 1513/03, Draon c/ France*), le Conseil d'État comme la Cour de cassation n'appliquaient plus la rétroactivité prévue par la loi de 2002 pour des

faits antérieurs à celle-ci, mais pour autant, la disposition législative prévoyant cette rétroactivité n'avait pas disparu de l'ordre juridique. A l'occasion de l'examen de cette disposition par le Conseil constitutionnel, ce dernier l'a déclarée contraire à la Constitution (Cons. Const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC), pour des motifs similaires à ceux de la Cour européenne et que les juges nationaux ordinaires avaient déjà repris.

En deuxième lieu, le Conseil d'État confirme qu'il dispose, pour apprécier le caractère sérieux d'une QPC, d'un pouvoir étendu d'interprétation de la disposition législative faisant l'objet de la critique d'inconstitutionnalité, et d'un pouvoir sensiblement plus retenu d'interprétation de la norme constitutionnelle au regard de laquelle cette critique est formulée. Jusqu'où ces pouvoirs d'interprétation s'étendent-ils ? Les premières décisions rendues par le Conseil d'État permettent d'ébaucher une réponse.

Il ne fait pas de doute que le Conseil d'État conserve intacte la plénitude de son pouvoir d'interprétation de la disposition législative contestée dès lors que cette interprétation ne prend pas appui sur la Constitution elle-même. Les méthodes d'interprétation classiques appliquées par le juge administratif, qu'il s'agisse de la référence aux termes mêmes de la disposition critiquée, à son effet utile, à l'économie générale du texte dont elle est issue, à l'objectif poursuivi par le législateur ou aux indications ressortant des travaux préparatoires (cf., sur ces techniques, Bruno Genevois, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », RFDA 2002. 877), gardent toute leur pertinence dans le cadre de la procédure de QPC. Par exemple, le juge de la QPC peut, pour écarter un moyen d'inconstitutionnalité, procéder à une lecture de la disposition contestée en combinaison avec d'autres. C'est ce que le Conseil d'État a fait pour rejeter une contestation, au regard du principe d'égalité, de l'article L. 33-7 du code des postes et communications électroniques relatif aux obligations d'information des gestionnaires d'infrastructures et opérateurs de communications électroniques. Il lit cet article en combinaison avec l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, pour considérer que les dispositions contestées « répondent à (un) objectif d'intérêt général » et qu'elles n'imposent pas aux opérateurs de « charge disproportionnée » ou une « opération étrangère à leur activité » (CE, 8 juin 2010, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques*, n° 327062, à publier aux tables du Lebon).

En ce qui concerne l'interprétation de la norme constitutionnelle invoquée, la situation reste aisée lorsque sa portée apparaît claire, compte tenu des précédents du Conseil constitutionnel. Dans ce cas, le juge ordinaire de la QPC est presque un juge de constitutionnalité à part entière : s'il ne va pas jusqu'à déclarer conforme à la Constitution la disposition législative contestée – seul le Conseil constitutionnel ayant ce pouvoir –, il écarte le grief d'inconstitutionnalité par une motivation qui établit clairement la constitutionnalité de cette disposition. Il en est allé ainsi d'une QPC soulevée à l'occasion d'une requête tendant à l'annulation du décret n° 2009-460 du 23 avril 2009 modifiant les dispositions statutaires applicables aux enseignants-chercheurs, aux professeurs et aux maîtres de conférence des universités, sur laquelle était critiquée notamment la méconnaissance du principe constitutionnel d'indépendance des enseignants-chercheurs, lequel aurait requis que leur statut particulier soit fixé par le législateur. Le Conseil d'État écarte comme ne présentant pas un caractère sérieux cet aspect de la question, motif pris que ce principe constitutionnel, tel qu'il a été reconnu par le juge constitutionnel, n'implique pas le recours à la loi et l'incompétence de l'exécutif (CE, 9 juin 2010, *Collectif pour la défense de l'Université*, n°s 329056, 329057, inédite au Lebon). La logique a été identique dans une affaire où étaient contestées des dispositions législatives du code de la sécurité sociale relatives au régime de sanction des établissements de santé. Le Conseil d'État écarte les moyens d'inconstitutionnalité en vérifiant la conformité des dispositions législatives contestées au regard des principes de légalité des délits et des peines, de nécessité et de proportionnalité des peines et du respect des droits de la défense (CE, 7 juin 2010, *Centre hospitalier de Dieppe*, n° 338531, à publier au Recueil). Dernier exemple, plus remarqué compte tenu de son objet, à propos du dualisme fonctionnel du Conseil d'État, à la fois conseiller du Gouvernement et juge de l'exécutif. Une association avait contesté des dispositions législatives régissant la procédure de déclaration d'utilité publique en raison du fait que certains actes de cette procédure pouvaient se voir soumis successivement au Conseil d'État, d'abord à titre consultatif, au stade de leur projet, ensuite au contentieux, dans le cadre d'un recours. La critique était formulée sur le terrain de l'atteinte au droit à un procès équitable. Le Conseil d'État a refusé de renvoyer la question, par une motivation reposant, d'une part, sur la portée de normes constitutionnelles (articles 37, 38, 39 et 61-1), telles qu'interprétées par le juge constitutionnel, d'autre part, sur une explication pédagogique des procédures suivies devant le Conseil d'État (CE, 16 avril 2010, *Association Alcalý et autres*, n°s 320667 et s., à mentionner aux tables du Lebon).

Les choses pourraient apparaître plus délicates lorsqu'il s'agit pour le Conseil d'État d'interpréter au regard de la Constitution la disposition critiquée par le biais d'une QPC, puisqu'il s'agit là, de manière flagrante, d'un pouvoir d'interprétation susceptible d'entrer en concurrence avec celui du Conseil constitutionnel.

A ce titre, le Conseil d'État s'est déjà livré, dans sa décision *Théron*, à une interprétation neutralisante de la disposition législative en cause. Était contestée une disposition du code de procédure pénale qui ôte au détenu la libre disposition d'une partie des sommes inscrites au compte ouvert à son nom dans l'établissement pénitentiaire, en vue de l'indemnisation des parties civiles et du paiement des créanciers d'aliments. Le Conseil d'État admet d'interpréter cette disposition législative, contestée sous l'angle de l'atteinte à la présomption d'innocence, au regard du droit de propriété protégé par la Constitution. L'interprétation conduisait à lire la disposition législative contestée comme une mesure

intervenir à titre purement conservatoire, donc provisoire, ce qui permettrait d'écarter le caractère sérieux de la critique tirée de la méconnaissance du principe de la présomption d'innocence. Notons qu'une telle interprétation conforme ne jouera pas toujours dans le sens de l'absence de caractère sérieux de la question posée : lorsque deux principes constitutionnels entrent en conflit, ce qui n'est pas rare, une interprétation conforme au premier plaidera au contraire en faveur du caractère sérieux de la question tirée de la méconnaissance du second.

A l'inverse, une interprétation de la disposition contestée dans le cadre d'une QPC de façon conforme à la règle ou au principe constitutionnel dont la méconnaissance est alléguée jouera toujours dans le sens de l'absence de caractère sérieux de la question posée. Une fois franchi le pas de la décision *Théron*, faut-il l'admettre, alors qu'une telle démarche a pour effet, en quelque sorte, de rendre sans objet la QPC présentée ? Mattias Guyomar proposait, dans ses conclusions, de répondre par l'affirmative à cette question, et nous rejoignons son point de vue. En effet, il nous semble que la frontière entre un filtrage efficace des QPC par le Conseil d'État et la Cour de cassation et une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel doit être tracée, non au regard des pouvoirs d'interprétation de la disposition contestée que se reconnaît le juge de la QPC mais en fonction du caractère inédit ou non, dans sa jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel, des constructions auxquelles il aboutit. Si, dans l'interprétation de la disposition contestée, même au regard de la Constitution – et fût-elle une interprétation conforme au principe constitutionnel dont la méconnaissance est invoqué – le juge du renvoi se borne à reproduire sa propre jurisprudence ou à transposer fidèlement un raisonnement déjà éprouvé par le Conseil constitutionnel, il nous semble qu'il remplit pleinement le rôle qui lui est dévolu par la Constitution. Au demeurant, c'est bien dans cette voie que nous paraît désormais résolument engagé le Conseil d'État : en témoigne sa récente décision par laquelle, s'appuyant sur sa propre jurisprudence issue de la décision *Bitouzet* (CE, Section, 3 juillet 1998, n° 158592, Lebon p. 288), il juge conforme aux principes constitutionnels de protection du droit de propriété et d'égalité devant les charges publiques le régime de responsabilité prévu à l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme en cas d'institution de servitudes d'urbanisme sur un fonds privé (CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665, à publier au Lebon). C'est seulement lorsque l'état de la jurisprudence pousse dans le sens de l'inconstitutionnalité ou, du moins, laisse persister un doute sérieux sur la constitutionnalité de la disposition, qu'il y a lieu de renvoyer.

On le voit, le principal outil qui devrait permettre au juge de la QPC d'apprécier le caractère sérieux de la question est le raisonnement par analogie. Saisi d'une question remplissant par ailleurs les autres conditions du renvoi, il lui appartiendra de rechercher si la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre des précédents susceptibles d'être transposés au cas de figure qui lui est soumis. La décision *Exbrayat*, qui a refusé le renvoi, offre un exemple particulièrement topique de mise en œuvre de ce « filtre analogique » : tout en jugeant, comme indiqué plus haut, que le 4 bis de l'article 158 du CGI n'avait pas déjà été déclaré conforme dans les motifs et le dispositif de la décision n° 89-268 DC, le Conseil d'État s'appuie sur des éléments du raisonnement conduit par le Conseil constitutionnel dans cette décision, qu'il vise, pour estimer que la question posée ne présente pas un caractère sérieux.

Il nous semble donc que le pouvoir d'interprétation de la loi, qui relève de l'office même du juge chargé de l'appliquer, qu'il soit administratif ou judiciaire, n'est pas substantiellement réduit dans le cadre de la procédure de QPC. Cela signifie aussi que, dès lors que le juge de la QPC nous semble conduit à interpréter la disposition contestée pour déterminer si la question est sérieuse, il ne peut refuser d'examiner une QPC au motif que l'inconstitutionnalité alléguée par son auteur résulterait, non de la loi elle-même, mais de son interprétation telle qu'elle découle de la jurisprudence. On avoue sur ce point ne pas partager l'approche retenue par la Cour de cassation (voir les décisions QPC rendues dans les pourvois n° 09.70-161, 09.83-328, 09.82-582, 09.87-651 et 09.87-578).

En revanche, si par le passé le Conseil d'État a pu innover en matière d'interprétation de la Constitution, au point d'identifier lui-même de nouveaux principes constitutionnels, de telles audaces ne peuvent demeurer qu'exceptionnelles pour ne pas dire rarissimes. En règle générale, il s'est toujours inscrit, lorsque des principes constitutionnels étaient en jeu, dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Nous croyons que, de ce point de vue, ses décisions en matière de QPC s'inscriront dans une continuité.

Détermination de l'étendue du renvoi

Une fois parvenu au terme de l'examen des conditions dont la réunion détermine le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, le Conseil d'État se trouve encore confronté à une question, celle de déterminer l'étendue exacte des dispositions législatives qui doivent être renvoyées. Les premiers cas d'application de la procédure de QPC révèlent en effet avec une acuité particulière que le droit n'est pas un archipel de dispositions isolées mais un tissu normatif, un système. Tailler dans cette trame est un travail délicat et c'est précisément ce à quoi le juge est confronté lorsqu'il renvoie « une disposition » au Conseil constitutionnel. Peut-il trancher dans le vif en ne renvoyant que la seule disposition dont l'inconstitutionnalité est expressément invoquée, en ignorant les liens susceptibles d'exister avec d'autres dispositions ? Certainement pas. Le juge de la QPC se doit de transmettre au Conseil constitutionnel, autant que faire se peut, un ensemble de dispositions cohérent au regard des conséquences potentielles de l'abrogation qui résulterait d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Autrement dit, il s'agit dès ce stade de prévenir la dégradation de la sécurité juridique qui pourrait découler d'une abrogation trop étroite à laquelle se trouverait contraint le Conseil

constitutionnel en raison d'un renvoi lui-même trop étroit (ou la gêne qu'il pourrait éprouver à se saisir lui-même d'office, pour éviter de telles difficultés, de certaines dispositions non renvoyées). Il y a donc pour le juge de la QPC, et cela nous semble participer de son rôle de filtre, un travail de « mise en état » de la question renvoyée. Ce travail se manifeste sous deux aspects – et on peut se demander s'il ne pourrait pas en revêtir à l'avenir un troisième.

En premier lieu, l'attention portée à l'étendue des dispositions renvoyées se manifeste dans l'interprétation par le Conseil d'État des écritures de l'auteur de la QPC. On a vu plus haut que le Conseil d'État interprète l'étendue des dispositions contestées, lorsque la contestation est un peu trop large, pour la restreindre et ainsi donner à ces écritures leur portée utile : c'est la démarche suivie dans la décision *Kimberly Clark* au regard de la condition d'applicabilité au litige. Inversement, lorsque, au contraire, le champ des dispositions contestées apparaîtra à première vue trop étroit, il est vraisemblable que le Conseil d'État recoure également à l'interprétation des écritures de l'auteur de la QPC, afin cette fois de l'étendre. Ainsi, dans l'affaire *Mortagne* précitée, le Conseil d'État statue sur l'articulation des articles 92 J et 163 du code général des impôts, alors même que la question posée ne portait expressément que sur l'article 92 J – mais l'argumentation au soutien de cette question prioritaire de constitutionnalité s'était, elle, davantage concentrée sur l'article 163. Il faut dire que ces articles font système et que le juge se trouvait confronté à un régime juridique à l'architecture complexe. La question ne peut cependant être regardée comme définitivement tranchée, car la QPC n'a en l'espèce pas été renvoyée.

En deuxième lieu, cette préoccupation de ne pas renvoyer un ensemble de dispositions trop étroit s'exprime dans l'appréciation souple par le Conseil d'État de la condition d'applicabilité au litige des dispositions contestées. Ainsi, comme indiqué plus haut, a-t-il admis avec libéralisme que cette condition était remplie s'agissant d'une disposition qui, bien que ne pouvant manifestement pas être appliquée aux auteurs de la QPC, présentait avec la disposition ayant en l'espèce reçu application, elle aussi contestée, un lien indissociable (décision *Balta et Opra* précitée).

En troisième lieu, on peut s'interroger sur l'éventualité que le Conseil d'État attraise d'office dans le champ de la question des dispositions législatives dont il n'est absolument pas fait état, fût-ce très implicitement ou indirectement, par l'auteur de la QPC. Dans un tel cas, dans lequel il se révélerait impossible d'étendre le champ de la contestation par l'interprétation des écritures, il nous semble que le Conseil d'État se résoudrait à procéder d'office à cette extension, si celle-ci est indispensable, plutôt que de laisser le Conseil constitutionnel devant cette difficulté. En termes de technique procédurale, l'effort ne paraîtrait pas insurmontable.

La motivation des décisions du juge de la QPC

Si le lecteur curieux se penche sur les différentes décisions du Conseil d'État mentionnées au fil de ces lignes, il ne manquera pas d'être frappé par une dissymétrie évidente, en termes de motivation, entre les décisions de renvoi et celles s'y refusant.

Les premières sont concentrées et peu motivées. Le plus souvent, le ou les moyens d'inconstitutionnalité faisant problème sont cités, introduits parfois par un « notamment ». De cette manière, le juge tend à indiquer, lorsqu'il est en présence de plusieurs moyens d'inconstitutionnalité d'inégale valeur, le moyen qui lui paraît sérieux et dont le juge constitutionnel pourrait se saisir. Mais la démarche est prudente, afin d'éviter tout pré-jugement. En effet, d'une part, le débat sur la QPC n'est pas figé au stade de son examen par le Conseil d'État et d'autres moyens ou arguments pourront être invoqués devant le Conseil constitutionnel par l'auteur de la question ou par un intervenant à la procédure. D'autre part, il s'agit évidemment pour le Conseil d'État de ne pas empiéter sur l'office du Conseil constitutionnel ; c'est pourquoi la décision de renvoi n'explique pas les raisons pour lesquelles le juge doute et ne cherche pas à raffiner.

Il n'en va pas de même des décisions de refus de renvoi qui sont, elles, davantage motivées, notamment en ce qui concerne les critères de nouveauté et surtout de caractère sérieux de la question. Le juge déroule un raisonnement, et tranche en droit, comme nous l'avons dit, en proposant une interprétation soit de la disposition législative contestée, soit même de la portée de la norme constitutionnelle invoquée, en suivant sur ce dernier point la jurisprudence constitutionnelle.

Des filtres différents pour les juges du fond et le Conseil d'État

Les observations que nous avons formulées à propos du rôle de filtre joué par le Conseil d'État ne sont pas transposables telles quelles aux juges du fond. En effet, les critères posés par les textes ne sont pas identiques : là où les juridictions relevant du Conseil d'État doivent lui transmettre la question si cette dernière n'est pas « dépourvue de caractère sérieux » (3^o de l'art. 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée), le Conseil d'État ne renvoie au Conseil constitutionnel que si la « question est nouvelle ou présente un caractère sérieux » (art. 23-4). Le premier filtre est donc nettement plus lâche que le second, de sorte que tribunaux et cours sont appelés à faire remonter au Conseil d'État de nombreuses questions : il suffit que la demande ne soit pas absurde et que les autres conditions (applicabilité au litige et absence de déclaration de conformité préalable du Conseil constitutionnel) soient remplies. De fait, nombre de transmissions au Conseil d'État sont vouées à s'y arrêter ;

leur importance reste encore à déterminer. Au demeurant, le Conseil d'État sera amené à donner des précisions supplémentaires sur le rôle que doivent jouer tribunaux et cours dans la procédure de QPC lorsqu'il sera saisi, comme juge de cassation (ou exceptionnellement juge d'appel), des premières contestations des refus de transmission opposés par ces juridictions.

QPC et référé

Terminons par une précision sur l'articulation entre ces deux procédures un peu particulières que constituent d'une part le référé, de l'autre la QPC. Par une ordonnance du 16 juin 2010, le juge des référés du Conseil d'État a jugé que la procédure de QPC pouvait également trouver à s'appliquer dans le cadre d'une procédure de référé-liberté (*M^{me} Diakité*, n° 340250, à publier au Lebon). Selon les motifs de cette ordonnance, « une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 » du code de justice administrative. Mais le juge des référés peut, même dans ce cas, rejeter directement la demande principale pour défaut d'urgence sans examiner la QPC. A l'inverse en cas d'urgence, il peut « (...) prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère », avant de se pencher sur la QPC pour apprécier s'il y a lieu à transmission au Conseil d'État (s'il s'agit du juge des référés de premier ressort) ou à renvoi au Conseil constitutionnel (si c'est le juge des référés du Conseil d'État qui est saisi en appel). Cette solution a été forgée dans le cadre d'une procédure de référé-liberté, mais il nous semble qu'elle a vocation à s'appliquer à tous les référés.

Parvenus au terme de ce premier tour d'horizon des décisions rendues par le Conseil d'État en application de la nouvelle procédure de QPC, une conclusion s'impose : celui-ci, tout en prenant sur lui de trancher les questions les moins délicates posées par son application, a entendu laisser au Conseil constitutionnel les arbitrages essentiels, lui permettant ainsi d'exercer les pouvoirs généraux de régulation de la procédure de QPC.