



L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit : une synthèse

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit : une synthèse. Titre VII – Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2019, 3. hal-02379430

HAL Id: hal-02379430

<https://amu.hal.science/hal-02379430>

Submitted on 25 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit : une synthèse¹

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

A supposer que ce que l'on cache fasse sens, ne réserver au constitutionnaliste que la synthèse d'un colloque sur *l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit* semble, non sans un savoureux paradoxe, éloigner la QPC... du droit constitutionnel. Sans doute, selon une lecture œcuménique à tendance pessimiste, la question prioritaire de constitutionnalité a-t-elle échappé aux constitutionnalistes pour être désormais saisie par toutes les disciplines juridiques, reléguant le constitutionnaliste au rôle de lointain observateur ; peut-être, selon un pragmatisme neutralisant, que le bilan QPC est avant tout un bilan qu'il convient de dresser de manière substantielle, en appelant les spécialistes de chacune des disciplines concernées pour le dresser, et non pas le constitutionnaliste ; à moins, encore, en s'appuyant sur un optimisme radical, que le constitutionnaliste soit le seul à pouvoir livrer une lecture synthétique du bilan qu'il convient de dresser de la QPC.

Cette absence des constitutionnalistes invite à adopter, précisément, ce regard de spécialiste, nourri autant par ce qui a été dit que par ce qui aurait pu l'être, ce qui conduit, peut-être, à quelque peu déborder de l'exercice classique de la stricte synthèse. Karine Foucher a expliqué que les différentes disciplines représentées ont été choisies à partir d'une analyse exhaustive de toutes les décisions QPC et des thématiques qu'elles recouvraient. Une thématique réunissant moins de 10 décisions était écartée du bilan dressé dans le colloque. Cette justification éclaire sur le choix de la présence des différentes disciplines.

Mesurer l'apport de la QPC à la protection des droits et libertés impose de dresser un bilan. Dans cette optique, il est nécessaire d'explicitier, au préalable, sous quel angle ce bilan est entrepris, avant d'identifier les critères à partir desquels il l'est et de livrer quelques mots sur ceux qui le dressent. Quel bilan ? Quels critères pour dresser le bilan ? Qui dresse le bilan ? Telles sont les trois questions à résoudre en guise de prolégomènes.

¹ Cet article est la synthèse du colloque qui s'est tenu à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Nantes les 11 et 12 octobre 2018 : *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit : un bilan*.

En tant que synthèse d'un colloque, elle se nourrit des propos qui ont été tenus et l'appareil scientifique mobilisé est donc en rapport avec cet objet. Pour plus de précisions sur les différentes interventions et pour disposer des sources directes, il convient de renvoyer à ces différentes contributions qui seront prochainement publiées chez Dalloz dans la collection *Thèmes et Commentaires*.

Enfin, parce qu'il s'agit d'une synthèse construite à partir des propos tenus par les différents intervenants (et non pas, en l'occurrence, à partir de leur contribution écrite), le style indirect est souvent adopté, au prix, parfois, d'une certaine lourdeur du propos.

L'intitulé du colloque invite à apprécier l'apport de la QPC à la protection des droits et libertés dans les différents champs du droit et donc à dresser *un bilan qualitatif du point de vue des droits et libertés à partir d'une approche disciplinaire*. L'apport apparaît avant tout comme un *apport disciplinaire* ; moins comme un apport pour le justiciable, même si la question se doit d'être posée. Le colloque incite implicitement à s'interroger sur le fait de savoir si le « big bang juridictionnel » qu'a généré la QPC s'était accompagné d'un « *big bang substantiel* » ? Sous cet angle, il a été beaucoup question d'affects dans les différentes interventions : d'*espoir* en la QPC ou dans le Conseil constitutionnel, mêlé d'un anthropomorphisme quelque peu contre-intuitif, l'*audace* du Conseil constitutionnel a ainsi été évoquée², voire teinté d'un idéalisme certain, de ceux qui attendaient un *renouveau jurisprudentiel*. Une idée générale, assez majoritaire, a semblé se dégager des différentes interventions, selon laquelle, le Conseil constitutionnel pouvait, grâce à la QPC, donner un nouveau souffle à la Constitution et, plus particulièrement, aux droits et libertés que celle-ci garantit, en développant une jurisprudence nouvelle ou, du moins, renouvelée.

Les affects ont encore été dominants dans les inquiétudes et les interrogations qui sont nées au moment de la mise en place de cette nouvelle procédure. Certains se sont interrogés sur la question de savoir si la discipline dont ils relevaient serait affectée, bouleversée, déstabilisée par cette procédure³ ou si les équilibres existants seraient maintenus⁴.

Parfois, la perspective de l'apport a été renversée et, plutôt que de mesurer l'apport de la QPC aux différentes disciplines juridiques, c'est ce que ces disciplines ont apporté à la QPC qui a été souligné, certains domaines ayant donné lieu à des QPC marquantes, tel a été le cas du droit des étrangers⁵. Celui-ci aura été à l'origine de trois questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, les deux premières, de la Cour de cassation, dans les affaires *Melki et Abdeli*, à l'occasion de l'examen des deux premières QPC⁶, pour apprécier la compatibilité de la priorité de la question avec le droit de l'Union européenne ; la troisième, du Conseil constitutionnel, ce dernier ayant, pour la première fois, accepté de s'insérer dans le mécanisme européen de renvoi préjudiciel prévue par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans la QPC *Jérémy F.*⁷.

L'*appréciation substantielle* de l'apport a été dominante, sans être, pour autant, exclusive. Une approche procédurale a, en effet, été entreprise. Les *données statistiques* de la procédure ont été mobilisées à diverses reprises. Sous l'angle procédural, la révolution s'est concrétisée, en pratique, par l'étendue des pouvoirs exercés par les juges de droit commun dans le cadre des compétences

² L'absence d'audace du Conseil constitutionnel avant la QPC a d'ailleurs pu être relevée, voir la contribution de J.-F. Struillou en droit de l'urbanisme.

³ Voir la contribution de J.-Fr. Struillou en droit de l'urbanisme.

⁴ V. la contribution de Ph. Roussel Galle en droit des procédures collectives.

⁵ V. en ce sens la contribution de M. Lacaze.

⁶ C. cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002, avis M. Domingo, *RFD*, 2010, p. 445.

⁷ CC, n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*].

qui leur sont reconnues dans la procédure QPC. Ces juges apparaissent comme des juges constitutionnels négatifs, susceptibles de prononcer, selon l'expression d'Arnaud Borzeix, des « arrêts de redressement constitutionnel »⁸. Autrement dit, la place du juge de droit commun dans le contentieux constitutionnel est désormais décisive. Il a également pu être souligné que les cours suprêmes étaient pleinement insérées dans le contentieux constitutionnel et qu'elles se révélaient en être, désormais, des acteurs majeurs. Ces dernières produisent une véritable « jurisprudence constitutionnelle », notamment, parce que les arrêts de refus de renvoi sont pris en compte par les juges du fond⁹ ou encore parce que certaines QPC ont pu être résolues par des interprétations conformes prononcées par les cours suprêmes et non pas par le Conseil constitutionnel¹⁰.

Toujours sous l'angle procédural, la concurrence existante entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité a connu une plus grande acuité avec la QPC¹¹.

Enfin, un lien, évident, a pu être dressé entre la procédure et le fond dans la mesure où l'existence même de la QPC, en tant que voie de droit ouverte au justiciable, garantit une meilleure protection substantielle des droits et libertés, que cette procédure est précisément censée protéger.

Sous l'angle du vocabulaire constitutionnel utilisé par les différents intervenants, les expressions classiques du discours constitutionnaliste des années 90 ont disparu, comme celles, par exemple, de « constitutionnalisation du droit », de « transformation des branches du droit sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle » ou d'« unification du droit »¹². Cette disparition semble témoigner de ce que ces dimensions sont aujourd'hui acquises et qu'il n'est plus besoin d'y revenir ou de les nommer ; à moins que les problématiques auxquelles ces expressions renvoient ne soient désormais dépassées.

Sur le bilan lui-même, Karine Foucher a demandé à chaque intervenant de donner une note, sur 10, qui synthétiserait l'appréciation des différents intervenants sur l'apport de la QPC dans leur discipline. L'on peut voir un certain paradoxe, alors que les notes qui ont pu être données ont été, majoritairement, en dessous de la moyenne¹³, et que, dans le même temps, la qualité de la jurisprudence constitutionnelle a, généralement, été louée. La timidité, encore un anthropomorphisme, du Conseil constitutionnel a, par exemple, été dénoncée en droit du travail, même si la maîtrise technique du Conseil constitutionnel, en cette même matière, a été louée¹⁴. Le

⁸ A. Borzeix a présidé la première séance du colloque.

⁹ V. la contribution de Ph. Roussel Galle sur le droit des procédures collectives.

¹⁰ V. la contribution de J.-Fr. Struillou, en droit de l'urbanisme.

¹¹ V. la contribution de M. Afroukh sur les rapports entre QPC et contrôle de conventionnalité.

¹² V. sur l'usage de ces expressions et des problématiques qu'elles sous-tendent, par exemple, L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, pp. 71-89.

¹³ Excepté en droit pénal (V. les contributions de Fr. Rousseau et Y. Capdepon) et dans une moindre mesure en droit processuel (V. la contribution de R. Laher).

¹⁴ V. la contribution de G. Auzero et de S. Tournaux en cette matière.

bilan reste donc relativement mou. Il n'est question que d'évolution, point de révolution. De manière synthétique, aucun bouleversement n'a été constaté. Les équilibres ont été maintenus, ce dont tout le monde se satisfait, même si, parfois, certains auraient souhaité plus.

Pour ajouter un bilan plus personnel, l'on pourrait soutenir que le Conseil constitutionnel apprend encore et a encore à apprendre pour être, d'un point de vue politico-institutionnel, une cour constitutionnelle¹⁵. Il demeure, encore, en phase d'apprentissage. Une cour constitutionnelle est une cour dont la jurisprudence gêne le pouvoir, en général, et les autres pouvoirs, en particulier. Sous cet angle, le constat est sans appel : la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne gêne personne, même pas la doctrine universitaire... Peut-être l'audace jurisprudentielle de la QPC sur la fraternité¹⁶ marque-t-elle un tournant, voire un moment, fondateur, de l'avènement d'une cour constitutionnelle en France. Nous pouvons, en la présence, aujourd'hui, de Nicole Maestracci, feindre de croire qu'il en sera ainsi.

Question plus délicate : quels ont été les *critères mobilisés* pour apprécier les apports de la QPC à la protection des droits et libertés ? Plusieurs critères l'ont été, de manière implicite, et donc, sans aucune justification. De plus, parmi ces critères, il est pour le moins difficile d'identifier des critères objectifs.

L'apport a pu s'apprécier, d'abord, du seul fait de *l'existence, en elle-même*, d'une nouvelle procédure de protection des droits et libertés. La création d'une nouvelle voie de droit permettant de garantir les droits et libertés que la Constitution garantit contre le législateur est, en elle-même, un apport à leur protection.

Ce sont ensuite des *données d'ordre statistiques* qui ont servi de critère d'évaluation : le nombre de saisines, les cas de censure, les réserves d'interprétation prononcées, auxquels Yannick Capdepon a pu ajouter les cas de « déclaration de conformité positive à la Constitution ». C'est alors l'*efficacité* de la procédure qui est jugée¹⁷.

Les données statistiques contentieuses doivent cependant être utilisées avec prudence. Philippe Roussel-Galle a pu ainsi soutenir qu'il n'y a pas forcément de lien entre l'absence d'abrogation et le niveau de protection des droits et libertés en droit des procédures collectives. En ce domaine, il a constaté, en l'occurrence, une meilleure protection, qui ne s'est pas traduite par des abrogations de dispositions législatives mais, plutôt, par la formulation de réserves d'interprétation ou par des arrêts de refus de renvoi de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. L'existence de modifications législatives consécutives à des censures du juge constitutionnel, en dehors des cas

¹⁵ V. pour un éclairage de ce que nous entendons par là : « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », RFDC, *Numéro spécial : 25 ans de droit constitutionnel*, n° 100, 2014, pp. 999-1009.

¹⁶ CC, n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

¹⁷ V. en ce sens en particulier, les contributions de K. Foucher en droit de l'environnement et B. Faure en droit des collectivités territoriales.

d'abrogation différée, en matière environnementale, a permis à Karine Foucher de mettre en évidence l'apport de la jurisprudence à la protection de l'environnement. Tel est le cas de la loi du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui a été adoptée à la suite des censures du Conseil constitutionnel ou à des interprétations constructives de la Charte que celui-ci a faites.

La défense de certaines *valeurs* a pu être mobilisée comme permettant de mesurer l'apport de la jurisprudence, telles que, par exemple, la protection de l'environnement ou la défense de l'autonomie locale¹⁸. Sans doute ce critère apparaît difficile à utiliser de manière neutre, d'autant, qu'en matière environnementale, par exemple, la mobilisation de la Charte de l'environnement par des entreprises polluantes a pu se faire à leur profit et non pas au bénéfice de la protection de l'environnement. Autrement dit, les valeurs qui sont à l'origine des dispositions constitutionnelles invoquées dans le cadre d'une QPC ont pu, en pratique, l'être à contre-emploi.

La protection des droits fondamentaux peut être évaluée dans sa *dimension positive* ou dans sa *dimension négative* comme l'a montré Xavier Bioy. Celui-ci a mis ainsi en évidence la mobilisation par le juge constitutionnel de certains droits ou libertés, le droit à la santé en l'occurrence, qui autorisent une limitation à l'exercice d'autres droits ou libertés. La protection du droit ou de la liberté est négative, en ce que le droit ou la liberté est utilisé pour limiter l'exercice d'autres droits ou libertés.

L'apport a encore pu être mesuré à partir de la *création de nouveaux droits* ou de l'*explicitation ou du renforcement de la protection de droits existants*¹⁹ ou encore d'une *plus grande effectivité* de ces derniers²⁰.

Le parallèle et la comparaison avec le contrôle *a priori* ont été dressés pour mesurer l'apport de la QPC²¹. En droit du travail, il a d'ailleurs été relevé que la plupart des lois dans cette matière faisaient l'objet d'un contrôle *a priori*²². La QPC apparaît alors comme une seconde lame, dans la sanction de la régularité constitutionnelle en droit du travail.

De manière plus substantielle, l'apport de la QPC a été mesuré à partir de *censures* par le Conseil constitutionnel de dispositions législatives en vigueur supposées, selon la doctrine et avant la mise en place de la procédure, comme étant inconstitutionnelles. Cette perspective renvoie à l'une des raisons d'être de la QPC, à savoir épurer l'ordre juridique de dispositions législatives inconstitutionnelles. Cette lecture a été proposée, il ne faut précisément pas s'en étonner, en droit fiscal²³ et en droit pénal²⁴. Le fait qu'une loi supposée inconstitutionnelle par la doctrine soit

¹⁸ V., respectivement, les contributions de K. Foucher et de B. Faure.

¹⁹ V. la contribution de G. Decocq en droit de la concurrence et droit financier.

²⁰ V. la contribution de Fr. Rousseau en droit pénal de fond.

²¹ V. les contributions de G. Auzero et S. Tournaux (droit du travail), S. Gaudemet (droit de la famille) et C. Viessant (droit fiscal).

²² V. la contribution de G. Auzero et S. Tournaux.

²³ V. la contribution de C. Viessant.

²⁴ V. la contribution de Y. Capdepon.

déclarée comme telle par le Conseil constitutionnel confirme ainsi l'apport de la procédure. Il témoigne, par ailleurs, de la bonne lecture des exigences constitutionnelles et de la pertinence de l'appréciation de la régularité constitutionnelle par la doctrine ; à moins que ce ne soit de celles du Conseil constitutionnel.

La comparaison entre la jurisprudence QPC, la jurisprudence des juridictions de droit commun en matière de *contrôle de conventionnalité* et celle de la Cour européenne des droits de l'homme a constitué un autre critère d'évaluation²⁵. Dans ces comparaisons, la Convention européenne des droits de l'homme apparaît comme un standard d'exigence à l'aune duquel la jurisprudence constitutionnelle est appréciée.

L'existence de « *Grandes décisions QPC* », sans qu'une réflexion véritable n'ait été conduite sur ce qu'est une « Grande décision », a pu être utilisée pour mesurer l'apport de la QPC. Le couple innovation/constance de la jurisprudence constitue un élément spontané d'évaluation de celle-ci. En droit de la protection sociale, il a été soutenu que la QPC constituait une occasion opportune de réinterpréter des principes constitutionnels en la matière²⁶. L'apport de la procédure au justiciable est encore un critère d'appréciation de la procédure et la question de l'application des décisions de censure par les juges du fond a été abordée sous cet angle²⁷.

Tout un ensemble d'*affects*, nous l'avons déjà souligné, s'appuyant parfois sur un anthropomorphisme constitutionnel, ont enfin été utilisés pour apprécier l'apport, il a ainsi été question de « générosité » ou de « timidité » du Conseil constitutionnel, ce qu'il « a compris », du « temps d'avance » de sa jurisprudence, de « moins bien » ou d'« espoir ».

Pour clore cette présentation générale, il faut revenir sur *ceux qui dressent le bilan* et rappeler la quasi absence des constitutionnalistes, en dehors d'un président de séance, Jean-Eric Gicquel, qui n'a pas manqué de souligner que « la matière échappe aux constitutionnalistes », et de l'auteur de cette synthèse, tout comme d'ailleurs des administrativistes, qui semblent de la sorte avoir été dissous dans la QPC. Les premiers auraient été les victimes de la QPC en tant qu'« instrument de popularisation du droit constitutionnel » auprès des juristes, selon l'expression de Bertrand Faure. Les seconds demeurent absents faute de contentieux suffisant, en application du critère de sélection posé par Karine Foucher, sauf en matière d'autonomie locale, de fiscalité, de propriété publique ou d'urbanisme. Ainsi, pour être plus précis, c'est le droit administratif général qui est absent. Tout un ensemble d'explications peuvent être avancées : de l'origine jurisprudentielle de ces règles, même si elles ont tendance aujourd'hui à être transposées en droit positif, à la faiblesse des normes constitutionnelles de référence applicables en ces domaines, en passant, peut-être, par le faible nombre de renvois de QPC portant sur des interprétations jurisprudentielles constantes

²⁵ V. les contributions de S. Gaudemet (droit de la famille), J.-Fr. Giacuzzo (droit des biens), R. Laher (droit processuel) et de Fr. Rousseau (droit pénal substantiel).

²⁶ V. la contribution de P.-A. Adèle.

²⁷ V. en particulier la contribution de Yannick Capdepon en procédure pénale.

de dispositions législatives du Conseil d'État. Si l'on s'en tient aux représentés, ce sont deux tiers de privatistes qui dressent le bilan.

Ces précisions apportées sur l'objet de cette synthèse, il convient à présent de s'y plonger. Le positionnement, invisible dans ce colloque, du constitutionnaliste, incite à le faire de manière quelque peu singulière. Il s'agira, dans un premier temps, de révéler ce qui a été dit par les différents intervenants, par les spécialistes des différentes disciplines concernées, pour mettre en évidence l'apport de la QPC en matière de protection des droits fondamentaux et donc de proposer une *synthèse*. Il conviendra, dans un second temps, de dresser une *anathèse*, avec un regard de généraliste, à savoir d'un spécialiste de contentieux constitutionnel, à partir de ce qui n'a pas été dit ou, plutôt, de ce que révèle, en creux, ce qui a été dit sans avoir été dit.

§ I – La synthèse de ce qui a été dit : l'apport de la QPC sous le regard des spécialistes

L'apport de la QPC sous le regard des spécialistes convoqués des différentes disciplines représentées concerne aussi bien, d'un point de vue technique, le contentieux constitutionnel lui-même, dont il convient d'apprécier les tendances en matière de droits et libertés (A), que, de manière plus politique, ce que l'on pourrait qualifier de politique jurisprudentielle QPC du Conseil constitutionnel de protection des droits et libertés (B).

A – Les tendances du contentieux constitutionnel des droits et libertés

La question de savoir si le Conseil constitutionnel a tendance à devenir, désormais, une *cour suprême* a été évoquée par Arnaud Borzeix, en particulier, en s'appuyant sur le contrôle par le juge constitutionnel des interprétations constantes produites par les cours suprêmes portant sur les dispositions législatives. Cette dimension de « droit vivant », les dispositions législatives ne pouvant être interprétées en dehors de l'interprétation déjà retenue par les organes d'application de la loi, contribuerait à ce que le Conseil constitutionnel change de nature. Encore faut-il s'entendre sur les concepts mobilisés sur cette question. Si une cour suprême est un organe de centralisation des interprétations des normes de référence applicables au contentieux - la Cour de cassation, par exemple, en tant que cour suprême, contribue à unifier l'interprétation de la loi dans un système juridictionnel décentralisé - tel n'est pas le cas du Conseil constitutionnel. Aucune procédure ne lui permet d'unifier l'interprétation de la Constitution et le contrôle des interprétations jurisprudentielles constantes ne garantit aucune unification de ces interprétations, mais, permet, seulement, au juge constitutionnel de procéder à un contrôle « concret » de la loi, en prenant en compte l'interprétation à partir de laquelle elle est effectivement appliquée par les cours suprêmes.

Le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC est un acquis pour les différents intervenants. Cette dimension a pu être critiquée en

elle-même²⁸, ce qui pose des problèmes particuliers dans certaines disciplines, comme le droit de la santé et le droit de l'environnement, qui présentent une dimension concrète²⁹, ou en comparaison avec le contrôle concret de conventionnalité exercé soit par la Cour européenne des droits de l'homme, soit par les juridictions de droit commun³⁰. Certains ont toutefois pu y voir un gage de prévisibilité de la jurisprudence, le raisonnement du juge étant, de la sorte, étanche aux données contingentes et relatives des affaires au fond³¹. De manière isolée, il a toutefois pu être soutenu une concrétisation du contrôle du Conseil constitutionnel dans la protection du droit de propriété³².

A propos de la *modulation des effets dans le temps des décisions de censure*, l'usage de l'abrogation différée a pu être dénoncé lorsque celle-ci ne profitait pas au justiciable à l'origine de la QPC³³. Plus largement, les difficultés pratiques liées à l'applicabilité au justiciable des censures et à leur application devant les juges du fond ont été à plusieurs reprises évoquées.

En matière de droit fiscal, il a été souligné que le contrôle du Conseil constitutionnel aboutissait, en substance, à *un contrôle de la qualité de la loi*, en particulier sur les lois anciennes, le juge constitutionnel faisant œuvre de législateur et procédant à une véritable réécriture de la loi³⁴.

Sur le fond, la mobilisation du *principe d'égalité* dans les différentes disciplines témoigne du succès du grief comme de la plasticité de ses domaines d'intervention et de sa portée. En particulier, en droit du travail et droit de la protection sociale, l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel du principe ne conduit pas à une égalisation de la protection sociale mais, plutôt, à un morcellement du droit applicable³⁵ ; en droit de la famille, l'égalité ne signifie pas identité, ce qui a pu se vérifier à propos du mariage, du Pacs ou du concubinage³⁶. L'apport positif du Conseil constitutionnel à la protection de l'égalité devant la justice a été loué par Rudy Laher en droit processuel.

Enfin, l'ombre de la *Convention européenne des droits de l'homme* a plané, ce qui a déjà été dit, à divers égards, sur la mesure de l'apport de la QPC. Étalon de mesure de la qualité de la jurisprudence constitutionnelle, l'incidence de l'entrée en vigueur du protocole n° 16 et la saisine récente du 5 octobre 2018 par la Cour de cassation de la Cour européenne dans ce cadre n'ont pas manqué d'être mobilisées³⁷ en faveur d'une plus grande prise en compte de la Convention par le juge constitutionnel français.

²⁸ V. la contribution de Ph. Roussel Galle (droit des procédures collectives).

²⁹ V. les contributions de X. Bioy et de K. Foucher en ce sens.

³⁰ V. les contributions de M. Afroukh (rapports entre QPC et contrôle de conventionnalité), J.-Fr. Giacuzzo (droit des biens) et de J.-Fr. Struillou (droit de l'urbanisme).

³¹ V. la contribution de Y. Capdepon en procédure pénale.

³² V. la contribution de J.-Fr. Giacuzzo.

³³ V. la contribution de Y. Capdepon.

³⁴ V. la contribution de S. Détraz (sur les sanctions fiscales).

³⁵ V. les contributions de G. Auzero et de P.-A. Adèle.

³⁶ V. la contribution de S. Gaudemet en droit de la famille.

³⁷ V. la contribution de M. Afroukh.

B – La politique jurisprudentielle QPC de protection des droits et libertés

Sous cet angle, *la place déterminante des cours suprêmes* dans le cadre de la QPC a été soulignée. Celles-ci apparaissent non seulement comme des « juges constitutionnels négatifs », selon la formule consacrée et reprise par Yannick Capdepon, mais également comme des juges constitutionnels positifs, lorsqu'elles refusent de renvoyer une QPC en prononçant, de manière motivée, un brevet de conformité à la Constitution ou en formulant de véritables réserves d'interprétation, ce qui a pu être qualifié d'« arrêt de redressement constitutionnel » par Arnaud Borzeix. Cette dernière situation apparaît, d'un point de vue contentieux, d'autant plus problématique que les arrêts de renvoi des cours suprêmes n'ont qu'une autorité relative de chose jugée et que, d'un point de vue plus pratique, les réserves ainsi émises ne sont à l'évidence pas intégrées dans *Legifrance* sous la disposition législative concernée, comme le sont les réserves d'interprétation prononcées par le Conseil constitutionnel. Plus largement, la place des juges de droit commun dans la procédure QPC est déterminante : 85 % des QPC sont gérées par les cours suprêmes et par les juges du fond, sans que le Conseil constitutionnel n'intervienne. En outre, la variabilité de l'intensité du filtre au sein des cours suprêmes a fait l'objet de critiques. Ainsi, par exemple, en droit des relations individuelles, le contentieux devant le Conseil constitutionnel apparaît réduit en raison du filtre sévère exercé par la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁸. En droit de l'urbanisme, c'est une « politique de rétention » du Conseil d'Etat qui a été dénoncée par Jean-François Struillou. Celui-ci a pu constater que si le droit de l'urbanisme pouvait apparaître comme une cible privilégiée des QPC, en raison des atteintes potentielles au droit de propriété, le Conseil constitutionnel a été, pourtant, peu saisi en pratique et, lorsqu'il l'a été, les censures ont été peu nombreuses.

Mérite d'être évoquée dans ce cadre, même s'il faudra plus justement parler de politique contentieuse des plaideurs, *l'invocation à rebours des droits et libertés* en matière environnementale. Karine Foucher a montré comment, de manière quelque peu contradictoire, la Charte de l'environnement a pu être mobilisée par des entreprises polluantes pour échapper à leur responsabilité. Le respect de la Charte conduit ici à une remise en cause des valeurs qu'elle défend pourtant.

De manière directe, la question de la *dimension politique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* a été affrontée. La *dimension créatrice* de l'œuvre jurisprudentielle a été mise en évidence en droit de la protection sociale³⁹ et en matière économique⁴⁰. Dans le prolongement, *l'autolimitation* du Conseil constitutionnel, en droit du travail et en droit économique, a pu être relevée, soit pour la critiquer, soit pour la louer. De manière plus précise, Sophie Gaudemet a constaté l'existence d'un contrôle restreint et même très restreint du Conseil constitutionnel sur des dispositions législatives portant

³⁸ V. la contribution de G. Auzero et de Sébastien Tournaux.

³⁹ V. la contribution de P.-A. Adèle.

⁴⁰ V. la contribution de G. Decocq.

sur des questions d'ordre politique en droit de la famille, ce qui se manifeste également par des abrogations différées, pour laisser le soin au législateur de modifier la loi. Xavier Bioy a souligné, dans le même sens, qu'en droit de la santé, le Conseil constitutionnel avait tendance à préserver la compétence du législateur. En droit social, il a été constaté que le Conseil constitutionnel a accompagné un mouvement général tendant à une interprétation individuelle des droits sociaux⁴¹. En droit économique, c'est la nécessaire souplesse du Conseil constitutionnel qui a été défendue. Georges Decocq considère, en effet, qu'en droit des marchés, coexistent plusieurs pouvoirs : les autorités de régulation, les juges, le Conseil constitutionnel apparaissant en l'occurrence ici comme un acteur économique, les personnes publiques et les personnes privées. Selon lui, la coexistence entre ces différents acteurs garantit une certaine souplesse dans la substance du droit économique.

Sous l'angle de l'audace attendue ou, du moins, d'une politique ambitieuse de protection des droits et libertés contre l'Etat, c'est, en réalité, la timidité du Conseil constitutionnel qui a été dénoncée, en droit social, à propos du repos des salariés des seuils d'application du droit du travail⁴², sa frilosité dans la mobilisation du principe de participation des travailleurs, et c'est même, plus largement, l'apport limité de sa jurisprudence en droit des étrangers qui a été relevé⁴³.

§ II – L'anathèse, dire ce qui n'a pas été dit : l'apport de la QPC sous le regard du généraliste

Sous le regard du généraliste, l'apport de la QPC mérite d'être apprécié sous un angle positif, dans un premier temps, pour constater que le contentieux constitutionnel est aujourd'hui maîtrisé (A), en particulier par la doctrine privatiste. De manière plus prospective, il est possible de mettre en évidence les questions que le colloque laisse ouvertes (B).

A – Une lecture positive : un contentieux constitutionnel maîtrisé

La maîtrise du contentieux constitutionnel est double. Le « contentieux constitutionnel » est, d'abord, d'un point de vue substantiel, au regard des différents discours disciplinaires mobilisés, maîtrisé par le Conseil constitutionnel, comme l'a constaté, en général, la doctrine à ce colloque ; il l'est, ensuite, par la doctrine en général, comme le constitutionnaliste a pu le remarquer.

La doctrine a ainsi constaté une maîtrise générale par le Conseil constitutionnel des concepts mobilisés provenant des différentes branches du droit⁴⁴. La compétence technique du Conseil constitutionnel n'a pas été mise en cause, en général.

⁴¹ V. la contribution de G. Auzero et S. Tournaux.

⁴² Même contribution.

⁴³ V. la contribution de M. Lacaze.

⁴⁴ Gilles Auzero et Sébastien Tournaux ont souligné, en particulier, la maîtrise par le Conseil constitutionnel du droit du travail.

L'on peut d'ailleurs voir un certain paradoxe existant entre la mise en cause des compétences juridiques des membres de l'institution et le satisfecit accordé à la compétence de l'institution dans son ensemble, à savoir celle du Conseil constitutionnel. Aucune compétence juridique n'est exigée des membres de l'institution, et s'il est vrai, qu'en pratique, les compétences juridiques existent, celles-ci se limitent, le plus souvent, à une formation juridique sans exercice professionnel consécutif ; pourtant, la compétence de l'institution n'est pas remise en cause. La contradiction pourrait être résolue en supposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas rédigées par ses membres ; mais il faudrait alors accorder au service juridique du Conseil constitutionnel une place qui serait trop importante pour ne pas être problématique dans le fonctionnement de l'institution. L'appréhension institutionnelle globale de la compétence dilue la question de celle de chacun de ses membres. La tendance récente et contingente à la représentation des anciens premiers ministres au sein de l'institution se couple à la présence des anciens chefs de l'Etat en tant que membres de droit, au risque d'ailleurs, du moins sur le papier, de ranimer d'anciennes situations de cohabitation de longue durée.

Le constitutionnaliste, pour ce qui le concerne, pourra se féliciter du niveau général de connaissance du contentieux constitutionnel par les différents représentants de la doctrine juridique. Le vocabulaire de la discipline est maîtrisé et, de manière plus significative encore, chaque discipline s'est approprié ce vocabulaire : du « bloc de constitutionnalité » aux « réserves d'interprétation », du « renvoi » à la « transmission » de la QPC, les principales techniques contentieuses du droit constitutionnel sont maîtrisées : le réflexe constitutionnel, cher au Doyen Favoreu, est un acquis dans la doctrine juridique.

B - Une lecture prospective : quelles questions en suspens ?

De manière prospective, les interventions au colloque incitent à se projeter et à identifier des questions à se poser, encore, et à s'interroger sur les tendances doctrinales à venir.

A l'instar de ce qui s'est produit pour la doctrine constitutionnaliste française, longtemps plus soucieuse, pour des raisons institutionnelles, en particulier, de légitimer son objet d'étude que d'en proposer une lecture critique, l'on peut espérer que l'ensemble de la doctrine, y compris privative, puisse embrasser un regard plus critique sur le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence, en particulier sous l'angle des grands équilibres contentieux. Peut-être qu'un sentiment de manque de légitimité de la doctrine privatiste dans un regard global du contentieux constitutionnel peut, quelque peu, freiner les ardeurs d'une critique nourrie. Peut-être également qu'un tel regard est davantage celui du constitutionnaliste que celui des représentants des autres disciplines, pour lesquelles le droit constitutionnel ne demeure qu'un objet d'étude secondaire. Il n'en reste pas moins qu'un discours scientifique sur le droit - constitutionnel - ne saurait être qu'un discours critique.

A l'issue du colloque, l'on peut encore s'interroger sur la tendance générale du juge constitutionnel dans la protection des droits et libertés qu'il propose. Est-il plutôt protecteur des libertés et donc du justiciable ou est-il un protecteur de l'Etat ? La qualité des décisions comme celle de la motivation n'ont pas été, à quelques exceptions près⁴⁵, mises en cause. Peut-on considérer que les décisions du Conseil constitutionnel sont accessibles au justiciable et, au-delà, au peuple qui constitue l'auditoire du juge constitutionnel ? Que sait-on, au juste, des motifs qui ont conduit le Conseil constitutionnel à censurer, à valider ou à prononcer une réserve d'interprétation sur la disposition législative dont il apprécie la constitutionnalité ? Peut-on encore aujourd'hui masquer le pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel derrière la mécanique du syllogisme juridictionnel laissant croire que la résolution d'un cas concret est le résultat d'une opération logique ? La suppression des « considérants » est-elle d'un apport déterminant dans la lecture des décisions du Conseil constitutionnel ? Peut-on encore arguer de manière sérieuse que cette motivation succincte est le fruit des contraintes matérielles imposant au Conseil constitutionnel un délai court pour se prononcer ? Qui empêche le Conseil constitutionnel de renforcer son service juridique ou d'offrir à ses membres des assistants afin d'améliorer la qualité du travail du Conseil constitutionnel ?

De manière plus approfondie, peut-on aujourd'hui considérer que l'usage par le Conseil constitutionnel des concepts provenant des différentes disciplines juridiques est satisfaisant ? Certains ont pu développer une approche critique sur ce point⁴⁶. Plus largement, il ressort du colloque que le juge constitutionnel semble s'être approprié de manière satisfaisante le vocabulaire et les concepts des différentes disciplines. Cette lecture globalement favorable mérite, sans doute, d'être entreprise de manière plus fine, plus approfondie.

Autre interrogation encore : la QPC a-t-elle eu une incidence sur l'appréhension même des différentes disciplines juridiques représentées ? Étudie-t-on la discipline de manière différente en raison de l'intégration des dispositions constitutionnelles et de leur interprétation par le juge constitutionnel ? Fait-on toujours du droit civil, du droit commercial, etc... de la même manière depuis la QPC ? Rédige-t-on les manuels dans les différentes disciplines juridiques différemment depuis la QPC ? Y-trouve-t-on les bases constitutionnelles de la discipline ? Un exposé rapide de la QPC ? La jurisprudence constitutionnelle est-elle systématiquement utilisée comme argument interprétatif ? De manière relativement isolée, Paul-Anthelme Adèle a souligné que la QPC n'était pas prise en compte dans les cours et les manuels en droit social. De plus, comme a pu le faire remarquer Jean-Eric Gicquel, avec une certaine ironie en l'absence de constitutionnaliste chargé de traiter cette question : quel est l'apport de la QPC au droit constitutionnel ? Il a d'ailleurs pu émettre un constat critique, à travers le paradoxe suivant : malgré la diffusion du droit constitutionnel dans toutes les branches du droit aujourd'hui, le juge constitutionnel français

⁴⁵ Par Jean-François Struillou (droit de l'urbanisme), X. Bioy (droit de la santé) et K. Foucher (droit de l'environnement).

⁴⁶ V. en particulier Stéphane Détraz à propos de l'appréciation par le Conseil constitutionnel des fraudes les plus graves en matière fiscale.

demeure un juge constitutionnel en devenir tant il peine encore à s'imposer en un véritable pouvoir au sein de nos institutions.

Nous ne pouvons que le suivre dans ce constat à l'issue de ce colloque. Le Conseil constitutionnel apparaît comme une institution du *statu quo*, qui parvient malgré la révolution annoncée de la QPC à préserver les équilibres : un bon élève, mais qui peut mieux faire.