

Recueil Dalloz 2010 p. 1234

Imbroglia autour de la **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC)

Paul Cassia, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris I)

Emmanuelle Saulnier-Cassia, Professeur à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, directrice du centre de recherches Versailles Institutions Publiques (V.I.P.) - EA 3643

L'essentiel

La Cour de cassation a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne la question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en tant que cette loi impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité... relative au droit de l'Union. Elle a à cette occasion défini d'une manière inédite et inattendue les rapports entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de compatibilité au droit de l'Union devant les juridictions et le Conseil constitutionnel, saisis au titre de l'article 61-1 de la Constitution. La constitutionnalisation du droit de l'Union européenne posée par l'arrêt du 16 avril 2010 a nécessairement pour effet de condamner la règle de priorité d'examen posée par le législateur organique... à moins que la CJUE ne se montre sensible à l'interprétation radicalement contraire donnée aux articles 61-1 et 88-1 de la Constitution d'abord par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 puis par le Conseil d'Etat dans sa décision du 14 mai 2010, qui tempèrent l'importance de la priorité donnée à l'exception d'inconstitutionnalité par le législateur organique.

A la mémoire de Pierre Pescatore

1 - Le 16 avril 2010 restera comme une date majeure dans l'histoire de la Cour de cassation. Dans sa fonction « doctrinale », son assemblée générale a fait savoir aux pouvoirs publics qu'elle désapprouvait fortement la réforme de la procédure pénale alors en cours d'élaboration, et désormais en cours d'abandon ; dans sa fonction jurisprudentielle, sa formation spécialisée présidée par le premier président a mis en cause le cœur de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 - le caractère prioritaire de l'exception d'inconstitutionnalité d'une disposition législative.

2 - Un juge des libertés et de la détention avait transmis une QPC à la Cour de cassation, dans une affaire où des ressortissants étrangers contestaient la constitutionnalité des dispositions du 4^e alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale, qui permet des contrôles d'identité à 20 km des frontières terrestres, au regard des droits et libertés constitutionnels. La Cour de cassation (1) a jugé que les dispositions invoquées de l'article 67 § 2 TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) interdisant les contrôles des personnes aux frontières intérieures ont valeur constitutionnelle par l'effet de l'article 88-1 de la Constitution ; elle a en conséquence estimé qu'il appartiendrait au Conseil constitutionnel, si la QPC lui était renvoyée, de se prononcer sur la conformité de la disposition législative litigieuse au droit de l'Union européenne ; elle a alors relevé que, par application de l'article 62 de la Constitution, une déclaration de conformité s'imposerait à toutes les juridictions, ce qui interdirait l'usage par le juge ordinaire de la procédure **préjudicielle** prévue à l'article 267 TFUE. Avant dire droit, la Cour de cassation a demandé à la CJUE de se prononcer sur la conformité au droit de l'Union européenne de la priorité prévue par la loi organique - c'est-à-dire plus justement sur le point de savoir si le droit de l'Union européenne s'oppose à la règle de priorité avec monopole du Conseil constitutionnel posée par le législateur organique. Par application du 3^e alinéa de l'article 267 TFUE, la Cour de cassation était tenue de procéder à un tel renvoi, dès

lors qu'elle avait un doute sur la compatibilité de la loi organique avec ce même article.

3 - Les réactions à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 ont été particulièrement violentes. Du côté politique, la majorité parlementaire au Sénat a proposé, en accord avec le gouvernement, de supprimer les formations *ad hoc* de la Cour de cassation prévues à l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée, présidées par le premier président, chargées de se prononcer sur les QPC - ce qui au demeurant serait bienvenu - au motif que ces formations ralentiraient l'examen des QPC par la Cour de cassation (2). A l'Assemblée nationale, lors de la séance des questions au gouvernement du 28 avril, un ancien garde des Sceaux, approuvé par l'actuelle locataire de la place Vendôme, a déploré que, selon lui, l'arrêt du 16 avril 2010 ait cherché à « mettre en cause une réforme constitutionnelle qui a créé un droit nouveau pour nos concitoyens, en laissant penser à la Cour de justice de l'Union qu'elle serait contraire au droit communautaire », et a alors agité le toujours commode épouvantail du gouvernement des juges. En outre, « des informations, dont il est difficile de vérifier l'exactitude, font état de pressions directes émanant de très hauts responsables politiques pour parvenir à ce que la Cour de cassation retire la question préjudicielle avant que la Cour de Luxembourg y réponde » (3).

4 - Les universitaires ne sont pas en reste. Guy Carcassonne et Nicolas Molfessis ont déduit de l'arrêt « déroutant » du 16 avril 2010 que la Cour de cassation cherchait, *horresco referens*, à « mettre en cause une réforme constitutionnelle qui vise la protection des droits fondamentaux des justiciables » (4). Pour Bertrand Mathieu, la Cour de cassation a pris le risque de « vider de sa substance la QPC » (5). Dominique Rousseau et David Lévy ont regretté une supposée « méfiance » de la Cour de cassation vis-à-vis de la QPC et ont fait valoir que le renvoi préjudiciel était à la fois infondé au regard de la jurisprudence IVG du Conseil constitutionnel de 1975 et risqué car, s'il aboutissait, il reviendrait à conférer au Conseil constitutionnel un monopole en matière de contrôle de conventionnalité (6). Denys Simon et Anne Rigaux ont trouvé « bizarre » le raisonnement de la Cour de cassation, et ont proposé une lecture du dispositif de la QPC qui la rendrait compatible avec le droit de l'Union européenne (7). Un peu plus loin dans ces colonnes, Anne Levade déplore les frasques de la Cour de cassation, alors que le Conseil d'Etat, lui, « joue le jeu du renvoi » (8). La Cour de cassation « flingue d'entrée de jeu le caractère prioritaire de la QPC », a justement titré Serge Slama sur son *blog* « Combats pour les droits de l'homme ».

5 - La presse a abondé dans le même sens, Patrick Roger croyant déceler une « mauvaise humeur » et une « réticence » de la Cour de cassation vis-à-vis de la QPC (9), et *Les Echos* du 28 avril 2010 ayant même titré sur une « guerre des juges » déclarée par l'arrêt du 16 avril 2010, ce qui est pour le moins curieux quand on songe que la juridiction judiciaire suprême française a sollicité la coopération de la Cour de Luxembourg... Une note anonyme dans *Les Annales de la Seine* du 29 avril 2010 a fustigé « l'obstruction absurde » de la Cour de cassation : « son arrêt du 16 avril 2010 confine à l'invraisemblable ; il constitue une véritable provocation ».

6 - De manière tout à fait inattendue, c'est enfin le Palais-Royal qui a très vivement réagi à l'arrêt du 16 avril 2010 - sans doute pour influencer la CJUE tant que cela est encore possible -, au risque de donner une image déplorable des rapports entre juridictions françaises aux yeux des ordres juridiques des autres Etats membres et de celui de l'Union européenne.

Par sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, rendue au titre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel, à l'issue de ce qui doit constituer le plus long *obiter dictum* jamais prononcé par une institution française, a adopté une position radicalement contraire à celle de la Cour de cassation, en considérant que, même saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution, il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité d'une loi avec le TFUE. Le 14 mai 2010, dans une affaire *Rujovic* (10), deux sous-sections réunies du Conseil d'Etat ont, également *obiter*, repris l'essentiel des considérants de la décision rendue l'avant-veille rue de Montpensier - alors même que, dans cette affaire, l'audience publique s'était tenue le 5 mai sans que la problématique des rapports entre la loi organique et le droit de l'Union européenne soit évoquée (11) puisque précisément le litige n'avait aucunement

trait au droit de l'Union européenne et était relatif à la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés.

Dans une copie d'examen, de tels hors sujets seraient biffés d'un trait de plume rageur ; dans une décision juridictionnelle, ils doivent être examinés avec une attention supérieure à celle portée sur les considérants ayant permis de résoudre le litige.

7 - L'arrêt de la Cour de cassation est certes audacieux, dérangeant, et désormais complètement isolé, de sorte qu'il n'est hélas pas exclu que la juridiction judiciaire suprême décide de retirer son renvoi. Cela n'interdit pas qu'il puisse être approuvé (pour un autre commentaire approbateur, V. note P. Manin, AJDA 2010. 1023) tant dans la valeur qu'il a conférée au droit de l'Union européenne (I) qu'en ce qu'il a mis en cause l'obligation faite aux juridictions de se prononcer par priorité sur l'exception d'inconstitutionnalité (II), si l'on veut bien considérer que, aussi longtemps que le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont parfaitement habilités à interpréter les articles 61-1 et 88-1 de la Constitution et à préciser les effets de la combinaison de ces articles.

I - La valeur du droit primaire de l'Union européenne

8 - Les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance de 1958 modifiée distinguent deux catégories de moyens (et deux seulement) pouvant être dirigés contre une disposition législative promulguée : ceux qui se rattachent « aux droits et libertés garantis par la Constitution » ; ceux qui se rattachent « aux engagements internationaux de la France ».

Tout en affirmant la suprématie des dispositions constitutionnelles propres à la République française, la Cour de cassation a pris la position la plus respectueuse de la spécificité du droit de l'Union européenne en considérant qu'il relevait de la première des catégories (A), de sorte que le Conseil constitutionnel statuant en application de l'article 61-1 de la Constitution serait habilité à confronter la disposition législative litigieuse au droit de l'Union européenne (B).

A - L'article 88-1 permet-il l'insertion du droit de l'Union européenne dans le périmètre de l'exception d'inconstitutionnalité ?

9 - La Cour de cassation a considéré que le contrôle de la compatibilité de la disposition législative litigieuse à l'article 67 TFUE devait être analysé comme un contrôle de constitutionnalité, qu'il appartiendrait au Conseil constitutionnel d'exercer au titre de l'article 61-1 de la Constitution (12).

Malgré ce qu'ont fait valoir des commentateurs de l'arrêt du 16 avril 2010, ce raisonnement ne porte en rien atteinte « à la primauté de la Constitution de 1958 dans notre ordre juridique ». La Cour de cassation n'a pas jugé que le droit de l'Union européenne avait une valeur supra-constitutionnelle, comme cela ressort de la jurisprudence *Costa* de la CJCE de 1964, ce qui serait impossible du point de vue de la Constitution française : elle a décidé que ce droit avait la même valeur que la Constitution, de sorte que, pour pasticher la formulation jadis employée par le Conseil constitutionnel dans la décision *IVG* du 15 janvier 1975 (cons. 5), une loi contraire au traité de Lisbonne est pour cette raison contraire à la Constitution - à son article 88-1. Elle a même laissé entendre que, dans l'hypothèse imprévue d'un conflit entre une disposition constitutionnelle purement interne (ici l'art. 62 de la Constitution) et une disposition de l'Union de valeur constitutionnelle (ici l'art. 267 TFUE), la seconde devrait s'écarter au profit de la première.

10 - La Cour de cassation a ainsi donné force juridique à une position doctrinale en faveur d'un plein effet de l'article 88-1 de la Constitution (13), qui était celle du Conseil d'Etat dès 1995 (14) : de même que, par l'effet du renvoi du Préambule de la Constitution notamment à la Déclaration de 1789, celle-ci est constitutionnalisée, de même que, par l'effet de sa mention à l'article 77 de la Constitution, l'accord de Nouméa a une valeur constitutionnelle (15), la mention à l'article 88-1 des deux traités européens tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (et des actes auxquels les traités sur l'Union renvoient en leur donnant la même valeur, tels la Charte des droits fondamentaux de

l'UE ou les protocoles annexés aux TUE et au TFUE) ne peut que leur donner pleine valeur constitutionnelle¹⁶, quoi qu'en ait dit le Conseil constitutionnel au 16e considérant de sa décision du 12 mai 2010 précitée (« nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il ne revient pas [au Conseil constitutionnel] de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité », même au titre de l'article 61-1).

Cela n'a rien de choquant : les traités sur l'Union ou instituant la Communauté européenne et leurs modifications ont, pour la plupart, été examinés par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 de la Constitution, de sorte qu'il ne peut en principe pas y avoir de contrariété entre les stipulations conventionnelles et les dispositions constitutionnelles. Et en faisant systématiquement le choix d'une révision constitutionnelle « balai », qui renvoie au traité dans son ensemble et non aux seules stipulations dont la ratification préalable est subordonnée à une modification de la Constitution, le constituant paraît nécessairement avoir inclus le droit primaire de l'UE dans l'ordre constitutionnel français : par l'article 88-1, « le constituant a consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »¹⁷, consécration sur laquelle le constituant peut souverainement revenir à tout instant. D'ailleurs, dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a rappelé à deux reprises (cons. 16 et 18) que les « engagements européens » de la France sont singuliers par rapport à ses « engagements internationaux », ce qui justifie d'une certaine manière l'arrêt de la Cour de cassation rattachant le moyen tiré d'une violation du droit de l'Union aux « droits et libertés garantis par la Constitution ».

11 - Il est à cet égard probable que, dans l'esprit des membres de la formation spécialisée de la Cour de cassation, une valeur constitutionnelle ne puisse être conférée qu'au droit primaire de l'Union tel qu'il résulte du traité de Lisbonne, et non aux dispositions dérivées prises par le Conseil de l'UE, le Parlement et la Commission : celles-ci, qui peuvent être modifiées sans que la France ne donne nécessairement son consentement, n'ont qu'un caractère « contingent », pour reprendre un terme utilisé dans la décision *IVG*, qui interdit leur constitutionnalisation. Dans l'ordre juridique interne, elles ont valeur infra-constitutionnelle et supra-législative - ce qui justifie que ces actes de droit dérivé puissent être contrôlés au regard des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

12 - Quoi qu'il en soit, dans sa décision du 12 mai 2010, qui s'impose aux juridictions françaises par l'effet du dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a refusé toute intégration du droit de l'Union européenne dans les normes de constitutionnalité et a transposé sa jurisprudence *IVG* de 1975 au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, même lorsque est invoquée une violation des dispositions du TFUE. Pour sa part, sans faire aucunement référence à l'article 88-1 de la Constitution qui n'est pas même mentionné dans les visas¹⁸, la décision *Rujovic* du Conseil d'Etat reprend la position du Conseil constitutionnel qui distingue l'exception d'inconstitutionnalité de l'exception « d'ineuropéanité ».

Ainsi, ce n'est que d'une manière très éphémère, pendant la courte période allant du 16 avril au 12 mai 2010, que la valeur constitutionnelle du droit de l'Union européenne a été juridictionnellement consacrée dans l'ordre juridique français.

Il n'en reste pas moins qu'au 16 avril 2010 la Cour de cassation avait des raisons sérieuses de juger que, par l'effet de l'article 88-1 de la Constitution et des décisions du Conseil constitutionnel qui singularisent l'ordre juridique européen de l'ordre juridique international depuis 2004, le droit de l'Union européenne faisait partie de l'ordre constitutionnel français, et à en tirer les conséquences sur l'office des juridictions suprêmes et du Conseil constitutionnel saisis au titre de l'article 61-1.

B - Quelle est l'incidence de la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution ?

13 - En conséquence de l'arrêt du 16 avril 2010, la valeur constitutionnelle des traités

européens, pratiquement sans effet dans le cadre du contrôle de constitutionnalité préventif opéré par le seul Conseil constitutionnel au titre de l'article 61 de la Constitution, prend une tout autre portée dans le champ du contrôle *a posteriori* de l'article 61-1 de la Constitution.

A cet égard, la référence à la jurisprudence *IVG* de 1975 faite par les commentateurs de l'arrêt du 16 avril 2010 était doublement inopérante jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010 : cette jurisprudence ne concernait que « l'ordre juridique international » et non celui auquel l'article 88-1 de la Constitution renvoie depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 ; elle ne portait que sur la compétence du Conseil constitutionnel saisi comme institution, au titre de l'article 61 de la Constitution (19), et non sur sa compétence en qualité de juridiction, saisie en application du récent article 61-1 de la Constitution (ou d'ailleurs en qualité de juge électoral). Si, comme l'a jugé la Cour de cassation, les stipulations du TFUE relèvent des « droits et libertés » que la Constitution garantit, nul obstacle constitutionnel ne se dresse contre l'exercice d'un contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC.

14 - De même, l'arrêt du 16 avril 2010 n'est pas contradictoire avec la position arrêtée par le Conseil constitutionnel relative au contrôle de la compatibilité des lois avec les directives que ces lois transposent (20), qui a trait aux rapports loi-directive dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, où l'office du Conseil constitutionnel est temporellement limité par l'article 61 de la Constitution. Quand bien même tout ou partie du droit de l'Union européenne aurait valeur constitutionnelle, les modalités du contrôle préventif de constitutionnalité font normalement obstacle à l'examen de la compatibilité de la loi non promulguée avec ce droit, dès lors que le délai d'un mois, voire de huit jours, imposé au Conseil constitutionnel pour se prononcer est prévu par la Constitution et peut être considéré comme figurant parmi les singularités constitutionnelles de la France. C'est ce délai qui empêche l'utilisation de la procédure **préjudicielle** dans le cadre de l'article 61 de la Constitution et donc le contrôle de la compatibilité de la loi non promulguée avec le droit de l'Union européenne (21), sous la réserve du contrôle de l'absence de conformité manifeste de la loi à la directive qu'elle transpose. Or, un tel empêchement constitutionnel n'est pas opposable sous l'empire de l'article 61-1 de la Constitution, où des dispositions européennes conférant des « droits et libertés » aux justiciables, tel l'article 67 TFUE, peuvent être utilement invoquées *via* l'article 88-1. Autrement dit, le logiciel n'est pas le même selon que le Conseil constitutionnel statue *a priori* ou *a posteriori*.

15 - En l'occurrence, la valeur constitutionnelle reconnue (par la Cour de cassation uniquement) au TFUE implique que le Conseil constitutionnel, s'il avait été saisi dans le cadre du contrôle *a posteriori* de l'article 61-1 de la Constitution, aurait dû examiner la compatibilité de l'alinéa 4 de l'article 78-2 du code de procédure pénale avec l'article 67 TFUE, et le cas échéant saisir la CJUE à titre **préjudiciel**, sans que soit opposable ici le délai de trois mois qui lui est imparti par l'article 23-10 de l'ordonnance de 1958 modifiée pour statuer. En effet, contrairement à ce qui est prévu par l'article 61 de la Constitution pour le contrôle préventif, le délai de trois mois a été fixé par le législateur organique, et non par l'article 61-1 de la Constitution, de sorte qu'il aurait théoriquement pu être écarté par le Conseil constitutionnel pour assurer le plein effet du droit primaire de l'Union.

Toutefois, dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a considéré que sa compétence au titre de l'article 61-1 de la Constitution devait être alignée sur celle qu'il possède lorsqu'il est saisi *a priori*, qui exclut le contrôle de conventionnalité des lois.

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont donc relégué le droit de l'Union européenne au rang infra-constitutionnel qu'il n'avait pas explicitement même avant le 16 avril 2010 (22). Cette relégation permet-elle pour autant de « sauver » la QPC ?

II - La compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union européenne

16 - A s'en tenir à l'arrêt du 16 avril 2010, qui intègre le contrôle de compatibilité avec le droit primaire de l'Union européenne dans le périmètre du contrôle de constitutionnalité des lois, la contrariété de la QPC à l'article 267 TFUE est certaine (A). En posant le principe d'une

étanchéité entre exceptions d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité, les décisions du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010 et du Conseil d'Etat du 14 mai 2010 paraissent esquisser la mise en cause de la QPC au regard de la jurisprudence *Simmenthal* du 9 mars 1978 ; mais elles ne préservent pas nécessairement la QPC d'une contrariété aux principes européens d'équivalence et d'effectivité entre les voies de droit nationale et européenne (B).

A - La QPC et les principes européens de primauté et d'immédiateté

17 - Si, comme l'a fort bien démontré la Cour de cassation, un moyen tiré de la méconnaissance du droit primaire de l'Union doit être inclus dans le champ de l'exception d'inconstitutionnalité qu'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel de trancher au titre de l'article 61-1 lorsque les critères de recevabilité de la QPC sont remplis⁽²³⁾, le mécanisme de la QPC est à l'évidence condamné par la jurisprudence *Simmenthal*, récemment rappelée par la CJUE, pour qui une juridiction d'un Etat membre doit avoir une entière liberté de saisir ou non la Cour d'une demande de décision **préjudicielle** et *a fortiori* de procéder à l'interprétation du droit de l'Union européenne⁽²⁴⁾, sans passer par le « filtre » d'une autre juridiction, fût-elle une cour constitutionnelle. La « simmenthalisation » de la QPC par la Cour de cassation rend inéluctable le constat de sa contrariété à l'article 267 TFUE.

La CJUE n'a en effet pas à se faire juge de l'interprétation donnée aux articles 61-1 et 88-1 de la Constitution par la Cour de cassation, quand bien même celle-ci a été, par définition eu égard à l'entrée en vigueur récente de l'article 61-1, inédite dans l'ordre juridique français et n'a pas été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010⁽²⁵⁾ - on ne peut à cet égard que déplorer à nouveau l'étalage sur la scène juridictionnelle européenne de la « guerre des juges » entre Cour de cassation d'une part, et Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat d'autre part, qui mettra peut-être la CJUE dans l'embarras pour répondre au renvoi **préjudiciel** dont elle est saisie.

L'article 62 de la Constitution ne s'imposant pas à la CJUE, le principal « risque » contentieux auquel s'expose le renvoi **préjudiciel**, dès lors que l'on veut bien admettre que le litige sera toujours pendant devant la Cour de cassation au moment où la CJUE statuera, est le refus de la CJUE de faire droit à la demande de la Cour de cassation visant à soumettre cette question à la procédure d'urgence de l'article 104 *ter* du règlement de procédure de la CJUE⁽²⁶⁾. Mais la Cour de cassation a veillé à exposer les circonstances de droit et de fait qui établissent l'urgence particulière (l'obligation de statuer sur le renvoi au Conseil constitutionnel dans le délai de trois mois prévu à l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958) et les risques encourus pour le demandeur, maintenu en rétention au moment du renvoi, si ce renvoi suivait la procédure **préjudicielle** normale⁽²⁷⁾.

Il serait donc indispensable que, au prix d'une reformulation de la question posée par la Cour de cassation, la CJUE purge le débat relatif à « l'unionité » de la QPC, qui autrement ne manquerait pas de lui être reposé - une juridiction française pourrait même aller jusqu'à décider sans renvoi préalable que la loi organique est contraire au droit de l'Union européenne.

18 - Bien entendu, quoi qu'en aient dit à cet égard des commentateurs de l'arrêt du 16 avril 2010, si la CJUE jugeait en substance que la règle d'examen prioritaire de l'exception d'inconstitutionnalité, avec renvoi au Conseil constitutionnel en cas de doute sur la constitutionnalité, est contraire à la primauté et à l'immédiateté du droit de l'Union européenne, cette circonstance n'aboutirait pas à conférer au Conseil constitutionnel un monopole en matière d'examen de conventionnalité : dans les litiges où une loi serait en cause au regard tant de la Constitution que d'une disposition d'un traité européen, la règle de priorité disparaîtrait. Toute juridiction pourrait d'elle-même, conformément à la jurisprudence *Simmenthal*, se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité sans statuer au préalable sur l'exception d'inconstitutionnalité ; les parties pourraient demander à la juridiction que l'exception d'inconventionnalité soit traitée avant l'exception d'inconstitutionnalité, s'économisant ainsi la transmission du moyen à la juridiction suprême et son renvoi au Conseil constitutionnel.

19 - Qu'en serait-il toutefois si la CJUE se référait à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat de la loi organique, selon laquelle, d'une part, l'exception de contrariété au droit de l'Union européenne est distincte de l'exception d'inconstitutionnalité (ce qui en soit ne fait pas difficulté), et, d'autre part, la juridiction « dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du TFUE, une question préjudicielle à la CJUE » (italiques ajoutés) ?

L'incise « à tout instant » est surprenante : eu égard à la priorité de la QPC, ce n'est en réalité qu'après l'examen de l'exception d'inconstitutionnalité que le moyen tiré d'une violation du droit de l'Union pourra être examiné et, le cas échéant, l'article 267 TFUE mis en oeuvre ! C'est clairement ce qui résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 : la juridiction ne pourra exercer le contrôle de conventionnalité qu' « après avoir appliqué les dispositions relatives à la QPC » (28) ! Ainsi, il n'a pas été possible à la cour administrative d'appel de Paris de faire immédiatement droit à un moyen tiré de l'inconventionnalité de dispositions législatives relatives à la délivrance de la carte de combattant, qui avaient pourtant déjà été jugées inconventionnelles dans d'autres affaires par le tribunal administratif de Paris, puisque « la cour ne pouvait que se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat, par application de l'article 23-2 de la loi organique » (29). Ce différé dans l'examen des moyens invoquant le droit de l'Union européenne est-il cohérent avec la jurisprudence *Simmenthal* et l'exigence de « pleine efficacité » de ce droit qu'elle véhicule ?

Au surplus, on ne voit pas en pratique comment l'article 267 TFUE pourrait recevoir une application concomitante ou même immédiatement postérieure à la QPC (30). Supposons en effet qu'un litige soit formé, dans lequel le demandeur conteste par la voie de l'exception une disposition législative tant au regard des droits et libertés constitutionnels qu'au regard des engagements européens de la France. La QPC doit être présentée par un écrit distinct et motivé, et la juridiction doit se prononcer toutes affaires cessantes, le plus rapidement possible, sur la transmission de l'exception d'inconstitutionnalité, sans normalement que les autres moyens (dont celui d'inconventionnalité) aient fait l'objet d'une instruction. Par suite, c'est uniquement autour de l'exception d'inconstitutionnalité que les parties vont d'abord et par priorité débattre, le défendeur ne pouvant matériellement, dans la plupart des cas, produire une défense solide que pour ce qui concerne la QPC, seul moyen que la juridiction est tenue pour l'application de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 d'examiner au fond de manière accélérée. Ainsi, normalement, sauf diligence particulière de la juridiction, non obligatoire aux termes de l'ordonnance de 1958 modifiée, il ne lui sera pas possible de se prononcer « à tout instant » sur le moyen tiré de la violation par le législateur du droit de l'Union européenne, en tout cas pas tant que ce moyen n'aura pas fait l'objet d'un débat entre les parties, dont les textes ne prévoient pas qu'il a lieu concomitamment au traitement de la QPC. Peut-on dans ces conditions sérieusement soutenir que la priorité d'examen de l'exception d'inconstitutionnalité soit conforme à l'immédiateté du droit de l'Union européenne ?

B - La QPC et les principes européens d'effectivité et d'équivalence

20 - En tout état de cause, même à s'en tenir à la distinction entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité de la loi promulguée au droit de l'Union européenne (contrôle « d'européanité » ou « d'unionité ») posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010, il y a un risque que la priorité imposée par le législateur organique, ainsi d'ailleurs que le caractère d'ordre public de l'exception d'inconstitutionnalité, soit contraire aux principes européens d'effectivité et d'équivalence entre les voies de droit nationale et européenne (31).

La CJUE a à cet égard jugé que la procédure espagnole qui instaurait une différence de traitement dans l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat espagnol, suivant qu'est invoquée une violation du droit de l'Union européenne ou une violation du droit constitutionnel espagnol, est contraire au principe d'équivalence, les deux moyens étant de même nature et devant par conséquent être examinés selon des conditions procédurales similaires (32). Il paraît en aller nécessairement de même pour l'accélération du contrôle de constitutionnalité

induit par la priorité de la QPC : l'analogie parfois faite avec les distinctions purement procédurales entre, d'une part, la recevabilité et le fond et, d'autre part, la légalité externe et interne de l'acte litigieux est trompeuse, dès lors que, par l'effet de la règle de priorité avec présentation d'un mémoire et lecture d'un arrêt *ad hoc*, l'examen du moyen d'inconventionnalité est normalement reporté à une étape distincte et postérieure de l'instance. En effet, alors que le bien-fondé est examiné aussitôt après la reconnaissance de la recevabilité de la requête, alors que la légalité interne est traitée dès que les moyens de légalité externe ont été rejetés, la loi organique ne prévoit pas que l'exception d'inconventionnalité est examinée « dans la foulée » de l'exception d'inconstitutionnalité par la même formation de jugement⁽³³⁾, la juridiction disposant d'une entière liberté à cet égard de faire suivre ou non à l'exception d'inconventionnalité le traitement procédural accéléré dont bénéficie la seule QPC.

21 - Nombre d'observateurs de la QPC sont en effet trop optimistes lorsqu'ils affirment que la priorité constitutionnelle ne fait pas obstacle au contrôle concomitant du respect du droit de l'Union européenne, « ni même ne le retarde, le juge pouvant poser simultanément les deux questions [de conventionnalité et de constitutionnalité] »⁽³⁴⁾. Le sursis à statuer en principe consécutif à la transmission (art. 23-3 Ord. 7 nov. 1958) ou au renvoi (art. 23-5 Ord. 7 nov. 1958) de la QPC empêche l'examen immédiat des moyens tirés de la violation du droit de l'Union européenne, l'office du juge *a quo* étant « gelé » pour le principal jusqu'à refus de renvoi ou à la déclaration de conformité faite par le Conseil constitutionnel⁽³⁵⁾, de sorte que, à supposer même qu'un renvoi **préjudiciel** à la CJUE soit possible, la juridiction ne peut se prononcer au fond sur le moyen tiré de la violation du droit de l'Union européenne tant que la QPC n'a pas été tranchée, en méconnaissance du principe d'effectivité.

22 - La seconde phrase du premier alinéa de l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 modifiée, selon laquelle « le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires », ne change ce constat qu'à la marge. Trois cas de figure doivent à cet égard être distingués.

Le premier est celui des juridictions suprêmes. Les dispositions précitées de l'article 23-3 n'ont pas d'équivalent lorsque le litige est pendant devant l'une des deux juridictions suprêmes ou transmis à celle-ci par le juge *a quo* (art. 23-5, al. 4). Sur quel fondement textuel la juridiction suprême pourrait-elle décider de procéder à un renvoi **préjudiciel** à la CJUE alors que le cours de l'instruction est suspendu ? Au surplus, le Conseil d'Etat a eu beau jeu d'indiquer, dans sa décision du 14 mai 2010, qu'il est loisible au juge administratif « lorsque l'urgence le commande, de faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ». Cette faculté est limitée aux cas d'urgence, qui ne devrait être qu'exceptionnellement matérialisée, et non à tous les litiges dans lesquels une loi est contestée au regard du droit de l'Union européenne ; au demeurant, la mise en oeuvre de cette faculté suppose que la partie concernée fasse l'effort, non requis pour la QPC, de démontrer l'urgence : l'équivalence entre les voies de droit est perdue de vue ! Et si la dernière phrase du 4^e alinéa de l'article 23-5 dispose que, lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation « est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer », cette faculté est, d'une part, inapplicable aux recours en cassation de droit commun où les juridictions suprêmes ne sont jamais tenues de se prononcer en urgence et, d'autre part, sans effet pour l'instant dans les litiges où le Conseil d'Etat statue en référé après annulation de l'ordonnance litigieuse, puisqu'il résulte d'une jurisprudence aussi constante que critiquée que le juge administratif de l'urgence n'est pas habilité à se prononcer sur la conventionnalité des lois⁽³⁶⁾.

Le deuxième cas de figure concerne le juge *a quo* saisi au fond d'une QPC et d'une exception d'inconventionnalité. Quoiqu'en ait considéré le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010⁽³⁷⁾, l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 ne paraît pas permettre qu'un renvoi **préjudiciel** puisse être formé, en particulier lorsqu'une QPC a été transmise à la juridiction suprême : l'auteur de la QPC ayant obtenu satisfaction et un sursis à statuer ayant été prononcé, il n'y a pas d'intérêt à ce que le juge *a quo* statue sur l'exception d'inconventionnalité. En outre, la saisine à titre **préjudiciel** de la CJUE suppose que le juge ait préalablement procédé à l'examen du bien-fondé des éventuels moyens de droit interne

soulevés à l'encontre de l'acte contesté par la voie de l'action dont la disposition législative litigieuse fait application (comme le rappelle A. Courrèges, précisément à l'occasion de l'examen d'une QPC : « face à une question **préjudicielle**, le juge ne doit surseoir à statuer pour poser la question **préjudicielle** que si aucun autre moyen ne lui permet de régler le litige », concl. sur CE 14 avr. 2010, *Union des familles en Europe*, AJDA 2010. 1013 ⁽³⁸⁾), un tel examen du fond du litige allant au-delà de la notion de mesure provisoire ou conservatoire. De plus, un renvoi **préjudiciel** ne paraît pas davantage entrer dans la catégorie des « mesures provisoires ou conservatoires », car il n'est pas destiné à maintenir une situation de fait ou de droit ⁽³⁸⁾, mais à faire trancher des questions de droit par un arrêt revêtu de l'autorité de la chose jugée qui s'impose à la juridiction de renvoi ⁽³⁹⁾. Ainsi, par l'effet de la priorité de l'exception d'inconstitutionnalité, les juges *a quo* paraissent être, temporairement, privés de la faculté ou de l'obligation d'utiliser la procédure de l'article 267 TFUE. Enfin, en tout état de cause, cette disposition de la loi organique n'autorise pas le juge *a quo* à écarter de lui-même, immédiatement, la loi qu'il estime contraire au droit de l'Union européenne, cette mesure dépassant elle aussi le cadre de la simple instruction de l'affaire et étant au surplus dépourvue de caractère provisoire ou conservatoire.

Le troisième et dernier cas de figure porte sur la suspension des effets de la loi possiblement inconstitutionnelle. Dans son propre commentaire de sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel a indiqué que le juge *a quo*, qui a transmis une QPC, « peut suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tirent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ». Les choses ne paraissent pas si simples, et il faut distinguer deux hypothèses. D'une part, la partie intéressée peut avoir soulevé un moyen d'inconstitutionnalité substantiellement identique au moyen d'inconstitutionnalité, de sorte que le sursis à statuer consécutif à la QPC rend sans objet l'examen du moyen tiré de la violation du droit de l'Union européenne, dans l'attente de la décision de la juridiction suprême ou du Conseil constitutionnel. D'autre part, la partie intéressée peut avoir soulevé un moyen d'inconstitutionnalité différent du moyen d'inconstitutionnalité ayant conduit à la transmission de la QPC. Dans ce cas, le principe du contradictoire paraît faire obstacle à une suspension « immédiate » (cons. 14) de la loi inconstitutionnelle : le débat entre les parties n'ayant porté que sur le moyen présenté dans l'écrit distinct et motivé relatif à l'inconstitutionnalité de la loi, la partie adverse doit être mise à même de tenter de démontrer que la disposition législative critiquée est conventionnelle, ce qui suppose l'institution d'échanges et d'une audience particulières, nécessairement postérieures à l'examen de la QPC.

23 - Les nombreux contempteurs de l'arrêt du 16 avril 2010 ne peuvent davantage s'appuyer sur l'autorité du précédent belge qui a inspiré la QPC à la française : la CJUE est actuellement saisie, par le tribunal de première instance de Liège, de la question de la compatibilité de la loi belge du 12 juillet 2009 avec l'article 267 TFUE ⁽⁴⁰⁾ !

24 - Malgré le désaveu du Conseil constitutionnel quant à la valeur du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique français, force est de relever que la position de la Cour de cassation trouvait des justifications sérieuses, et veillait à assurer la primauté du droit de l'Union européenne dans le respect de la suprématie de la Constitution française. La juridiction judiciaire suprême n'a à aucun moment porté atteinte à la séparation des pouvoirs en exerçant un contrôle « d'unionité » de la loi organique du 10 décembre 2009, que le Conseil constitutionnel n'a pu opérer, par application de sa jurisprudence *IVG*, ni dans sa décision du 3 décembre 2009, ni dans celle du 12 mai 2010 - quoique, au risque de la contradiction, celle-ci permet en pratique de déduire que, pour le Conseil constitutionnel, la priorité est conforme aux engagements européens de la France...

25 - S'agissant de la question renvoyée à la CJUE, qui pourrait désormais être comprise comme tendant à savoir si la priorité de la QPC est conforme au droit de l'Union européenne même si le Conseil constitutionnel n'a pas alors à être saisi dans les litiges où la loi est contestée au regard du TFUE, force est de constater que ce n'est à l'évidence pas le principe

même d'une exception d'inconstitutionnalité que l'arrêt du 16 avril 2010 a mis en cause, mais simplement l'une des modalités d'examen de la QPC (son caractère prioritaire), qui n'est pas exigée par le texte de l'article 61-1 de la Constitution. La Cour de cassation est bien entendu favorable à l'exception d'inconstitutionnalité - qui ne l'est plus aujourd'hui ? Simplement, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, cette exception ne devrait pas avoir de rang de priorité par rapport à l'exception d'inconventionnalité de la loi. Cette impossibilité avait été bien perçue par le gouvernement, le projet de loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution ayant (maladroitemment) ménagé une spécificité aux moyens dirigés contre la loi et relevant du champ de l'article 88-1 de la Constitution (41).

26 - La limitation de la priorité constitutionnelle aux litiges extérieurs au champ d'application du droit de l'Union européenne serait donc un retour aux sources, en attendant l'indispensable refonte d'ensemble du mécanisme d'application de l'article 61-1 de la Constitution. Celui-ci est, par l'effet du double filtre (celui du juge *a quo* et de la juridiction suprême), inutilement lourd et complexe ; il risque de mettre le Conseil constitutionnel fréquemment en porte-à-faux par rapport au principe d'impartialité ; il est coûteux pour les justiciables, qui sont les grands oubliés d'une réforme faite pourtant en leur nom, mais destinée en réalité à canaliser l'inévitable reconnaissance prétorienne d'une exception d'inconstitutionnalité des lois (42)...

Mots clés :

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * Question prioritaire de constitutionnalité * Procédure * CJUE * Question préjudicielle

(1) D. 2010. 1229, chron. P. Fombeur, et 1254, note A. Levade ; Edito F. Rome, D. 2010. 1137 (43).

(2) Séance du 27 avr. 2010, discussion sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'art. 65 de la Constitution.

(3) D. Ludet, « La question qui ne devait pas être posée ? », *Le Monde*, 13 mai 2010.

(4) *Le Monde*, 22 avr. 2010 ; comp. G. Drago, La Cour de cassation, défenseur des libertés, *Le Monde*, 4 mai 2010.

(5) B. Mathieu, La Cour de cassation tente de faire invalider la QPC par la Cour de Luxembourg, JCP G 2010, n° 17, 464.

(6) D. Rousseau et D. Lévy, La Cour de cassation et la QPC : pourquoi tant de méfiance ?, *Gaz. Pal.* 25-27 avr. 2010. 20.


(7) D. Simon et A. Rigaux, Drôle de drame : la Cour de cassation et la QPC, *Europe*, mai 2010, Etude 5.


(8) A. Levade, note sous CE 14 avr. 2010, D. 2010. Jur. 1061 (44). L'on rappellera toutefois que, par une décision encore peu commentée, le Conseil d'Etat a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause sa dualité fonctionnelle (16 avr. 2010, *Association Alcaly e. a.*, n° 320667).

(9) *Le Monde*, 22 avr. 2010.



(10) CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305 (45).

(11) Comme cela ressort des conclusions que Mme Julie Burguburu a eu l'amabilité de nous communiquer, naturellement muettes sur la position de principe prise par les sous-sections réunies. L'*obiter* a probablement été rédigé au cours du délibéré par la « *troïka* », composée des plus hautes autorités de la section du contentieux.








(12) V. par analogie, pour un renvoi **préjudiciel** formé par la Cour constitutionnelle italienne dans un litige où le droit communautaire était un « élément constitutif du périmètre de constitutionnalité » dans le recours de légalité constitutionnelle, par application de l'art. 117, al. 1er, de la Constitution : CJCE 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08 (concl. J. Kokott, pt 22) (AJDA 2010. 248 , chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat).

(13) P. Cassia et E. Saulnier, *Le Conseil d'Etat et la primauté du droit communautaire : nouvelles variations sur la hiérarchie des normes*, RDP 2000. 305 ; V. aussi : E. Picard, *Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ?*, RFDA 1993. 47 , spéc. p. 52 ; A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Dalloz, coll. NBT, 2007, spéc. § 178 s. ; J. Rideau et F. Picod, *Commentaire de l'article 88-1*, in F. Luchaire e. a. (dir), *La Constitution de la République française*, Economica, 2009, spéc. p. 1904.




(14) Conseil d'Etat, Rapport public n° 46, 1995, p. 66, qui évoque « l'indiscutable promotion au rang de normes constitutionnelles [des] normes européennes ».






(15) Cass., ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., 2007, n° 1GACIV1220070001 ; D. 2000. Jur. 865 , note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RTD civ. 2000. 672 , obs. R. Libchaber.

(16) A la différence, par exemple, des deux protocoles annexés au traité de Lisbonne, qui ne sont pas visés par l'art. 88-1, ou des déclarations annexées dans l'acte final de la Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres du 23 juill. 2007.

(17) Cons. const. 19 nov. 2004, déc. n° 2004-505 DC, cons. 11, AJDA 2005. 211 , note O. Dord, et 219, note D. Chamussy ; D. 2004. Chron. 3075 , par B. Mathieu, et Pan. 2005. 1127, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 30 , note C. Maugué, 2005. 1 , étude H. Labayle et J.-L. Sauron, et 34 , obs. F. Sudre ; RTD eur. 2005. 557 , étude V. Champeil-Desplats ; 20 déc. 2007, déc. n° 2007-560 DC, cons. 7, RTD eur. 2008. 5 , étude J. Roux.

(18) Cette absence peut s'expliquer soit parce que le litige n'avait pas trait au droit de l'Union européenne, le Conseil d'Etat ayant statué *obiter* sur les rapports entre la priorité posée par la loi organique et l'article 267 TFUE, soit parce que cet *obiter* a été ajouté très peu de temps avant la lecture de la décision, les visas ayant été préparés pour l'audience publique.


(19) V. aussi Cons. const. 23 juill. 1999, déc. n° 99-416 DC, cons. 16, AJDA 1999. 700 , note J.-E. Schoettl ; D. 2000. Somm. 265 , obs. L. Marino, 422, obs. L. Gay, et 423, obs. M. Fatin-Rouge ; RTD civ. 1999. 724 , obs. N. Molfessis.

(20) Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, Dr. adm. 10/2006, comm. 155 ; RTD civ. 2006. 791 , obs. T. Revet, et 2007. 80 , obs. R. Encinas de Munagorri ; D. 2006. Chron. 2157 , par C. Castets-Renard, et Chron. 2878 , par X. Magnon, et 2007. Pan. 1166 , obs. L. Gay.

(21) Cons. const. 27 juill. 2006, préc., cons. 20.

(22) V. D. Ritleng, *L'arrêt Perreux ou la fin d'une exception française*, RTD eur. 2010, spéc. p. 231, qui, se référant aux propos du vice-président du Conseil d'Etat, rappelle que pour la haute juridiction administrative française, en conséquence de l'art. 88-1 de la Constitution, « le respect de la Constitution passe, d'une certaine manière, par la garantie de l'effectivité interne du droit de l'Union ».





(23) *Contra* : Sénat, rapport n° 637, 29 sept. 2009, spéc. p. 28 : « la question de constitutionnalité est distincte de celle de conformité avec le droit communautaire (...) » ; et dans le même sens : Cons. const. 12 mai 2010, préc., cons. 11.


(24) CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, spéc. pt 53, AJDA 2010. 248 , chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

(25) CJUE, Note informative sur l'introduction de procédures **préjudicielles** par les juridictions nationales, 5 déc. 2009, JOUE C 297/01, § 7 : « Il n'appartient pas à la Cour (...) de trancher les divergences d'opinion sur l'interprétation ou l'application des règles de droit national ».



(26) V. par analogie, rejetant la demande du Conseil d'Etat visant à soumettre le renvoi **préjudiciel** à la procédure accélérée de l'art. 104 *bis* : CJCE, ord. prés., 21 nov. 2005, *CGT*, aff. C-385/05.

(27) Au demeurant, le 4e alinéa de l'art. 267 TFUE dispose que lorsqu'une question **préjudicielle** « est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais » - alinéa sans doute applicable aux affaires où la personne est « retenue ». Il est vrai que, par l'effet de l'art. L. 552-7 c. étrangers, le placement en rétention ne peut excéder une durée de trente jours, de sorte que la rétention aura pris fin au moment où la CJUE se prononcera sur la saisine de la Cour de cassation. En faveur de la recevabilité de la question **préjudicielle**, V. P. Manin, note préc.

(28) Cons. const. 3 déc. 2009, déc. n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (cons. 14), RTD civ. 2010. 66 , obs. P. Puig ; AJDA 2010. 80 , étude A. Roblot-Troizier, et 88 , étude M. Verpeaux ; RFDA 2010. 1 , étude B. Genevois.

(29) Note F. Lelièvre sous CAA Paris, ord., 28 mars 2010, *Aoued*, n° 09PA00376, AJDA 2010. 1030 .

(30) Sauf pour le cas particulier des litiges introduits avant le 1er mars 2010 dans lesquels est critiquée la conventionnalité d'une loi.


(31) V. P. Cassia, **Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité**, AJDA 2009. Tribune 2193  ; Choisir la QPC, *in* D. Rousseau (dir.), *La QPC*, Lextenso éditions, 2010, spéc. p. 79 s. Sur la contrariété probable de la QPC au droit de l'Union européenne, V. aussi D. Simon, *Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ?*, Europe, 5/2009, repère n° 5 ; Y. Gaudemet, *Questions à la QPC*, RJEP 2/2010, repère ; B. Genevois, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, RFDA 2010. 1 , spéc. p. 6. Comp. : S. Platon, *QPC et droit de l'Union européenne*, JCP Adm. 2010. 2162.

(32) CJUE 26 janv. 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, aff. C-118/08, Europe, 3/2010, comm. D. Simon, n° 100 : le principe d'équivalence « requiert que l'ensemble des règles applicables aux recours s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux similaires fondés sur la méconnaissance du droit interne » (pt 33).

(33) Ce qui serait en tout état de cause impossible à la Cour de cassation, où la QPC doit être examinée par une formation spécialisée.

(34) B. Mathieu, *La QPC : une nouvelle voie de droit*, JCP G 2009, n° 52, 602, § 21.

(35) Cons. const. 3 déc. 2009, déc. n° 2009-595 DC, préc. (cons. 17).

(36) Les Grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, 2e éd., 2009, p. 281-283, et en particulier : CE, réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'Immigration c/ Gaghiev*, n° 325884  : « il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier si ces dispositions [législatives] méconnaissent les objectifs [d'une directive communautaire] ».

(37) « Considérant (...), que l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de

l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une **question prioritaire de constitutionnalité**, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question **préjudicielle** en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (cons. 15).

(38) Sur la notion de mesure provisoire ou conservatoire, V. par ex. : CJCE 26 mars 1992, *Reichert et Kockler*, aff. C-261/90, pt 34, Rev. crit. DIP 1992. 714¹, note B. Ancel ; D. 1992. IR 131¹ ; CJCE 28 avr. 2005, *St Paul Dairy Industries*, aff. C- 104/03, pt 13, Rev. crit. DIP 2005. 742¹, note E. Pataut ; D. 2006. Pan. 1495¹, obs. F. Jault-Seseke.

(39) Sur l'autorité des arrêts **préjudiciels**, V. CE, ass., 11 déc. 2006, *De Groot en Sloop Allium BV*, Lebon p. 512¹ ; RFDA 2007. 372¹, concl. F. Séners ; D. 2007. Jur. 994¹, note O. Steck ; AJDA 2007. 136¹, chron. C. Landais et F. Lenica ; RTD civ. 2007. 299¹, obs. P. Remy-Corlay ; RTD eur. 2007. 473¹, étude F. Dieu.

(40) *Chartry*, aff. C-457/09, JOUE 13 févr. 2010, C 37/3.

(41) V. A. Levade, Le projet de loi organique relatif à la question **préjudicielle** de constitutionnalité, AIJC 2008, spéc. p. 20.

(42) V. en ce sens : N. Sarkozy, Discours du 1er mars 2010 au Conseil constitutionnel sur l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution : « on aurait pu naturellement souhaiter en rester au contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation (...). Mais après avoir longuement réfléchi et observé que la loi promulguée était déjà susceptible d'être remise en cause au regard des traités internationaux, je me suis convaincu que c'était s'exposer de façon certaine, à plus ou moins longue échéance, au contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire (...) ».