

La QPC peut-elle être « prioritaire » ?

Paul Cassia, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (université Paris I)
Emmanuelle Saulnier-Cassia, Professeur à l'Université de Versailles-Saint-
Quentin-en-Yvelines, directrice du Centre de recherches Versailles
Institutions Publiques (VIP) - EA 3643

Par ses deux arrêts *Melki et Abdeli* du 29 juin 2010 (n° 10-40.001 et 10-40.002), la formation spécialisée de la Cour de cassation a tiré les enseignements combinés de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 (D. 2010. 1321, note A.

Levade ; RFDA 2010. 458, note P. Gaïa) et de l'arrêt *Melki et Abdeli* de la CJUE du 22 juin 2010 (aff. jtes C-188/10 et C-189/10, V. F. Donnat, La Cour de justice et la QPC :

chronique d'un arrêt prévisible et imprévu, D. 2010. 1640).

Appliquant la décision du 12 mai 2010, la Cour de cassation a d'abord pris acte de la dissociation posée par le Conseil constitutionnel entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union. La Cour de cassation était tenue de se plier à cette position, par l'effet de l'article 62 de la Constitution. Cela n'interdit

pas de considérer que son arrêt du 16 avril 2010 (RFDA 2010. 445, concl. M. Domingo

, 449, note M. Gautier , et 458, note P. Gaïa ; D. 2010. 1254, note A. Levade ;

AJDA 2010. 1023, note P. Manin Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directrice du Centre de recherches Versailles Institutions Publiques (VIP) - EA 3643) était, au moment où il a été rendu, juridiquement raisonnable comme l'a reconnu la CJUE (pt 28) : l'article 88-1 de la Constitution pouvait à l'évidence être interprété comme conférant une portée constitutionnelle aux engagements européens de la France, surtout depuis que l'article 88-2 ne comporte plus les deux premiers alinéas en vigueur avant le 1^{er} décembre 2009 relatifs aux transferts de compétences de la République française vers l'Union ; aucun obstacle constitutionnel ne se dresse contre l'exercice, par le Conseil constitutionnel saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution, d'un renvoi préjudiciel à la CJUE.

La formation spécialisée de la Cour de cassation s'est alors trouvée dans une situation que nul n'aurait imaginée et qui n'est plus destinée à se reproduire : la QPC qui lui a été transmise posait non seulement une question de constitutionnalité, mais également de conventionnalité.

La première ne pouvait en tout état de cause être renvoyée au Conseil constitutionnel, lequel

avait déjà décidé le 5 août 1993 (déc. n° 93-323 DC, AJDA 1993. 815 , note P. Wachsmann) que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale dans sa version actuellement applicable était conforme aux principes d'égalité, d'indivisibilité de la République et de liberté individuelle garantis par la Constitution. Puisque l'article 88-1 est une coquille vide qui ne comporte aucun droit ou liberté constitutionnels, la question posée par les demandeurs de la conformité à cette disposition de l'article 78-2 du code de procédure pénale ne présentait ni un caractère sérieux, ni un caractère nouveau, le Conseil constitutionnel ayant réglé par avance, dans sa décision du 12 mai 2010, le sort à réserver à tout moyen tiré de la méconnaissance de cet article par le législateur. L'une des conditions au renvoi posée par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'était donc pas remplie, quand bien même l'arrêt de la CJUE pouvait être analysé comme un changement dans les circonstances de droit : la Cour de cassation n'était pas saisie d'un moyen de constitutionnalité de nature à justifier le renvoi.

De même, la Cour de cassation statuant sur le renvoi d'une QPC n'était *a priori* pas habilitée à se prononcer sur la compatibilité de la législation litigieuse avec le droit de l'Union (sauf à considérer que l'article 267 TFUE lui donne directement cette habilitation), ce que la formation spécialisée se garde bien de faire en demandant au juge des libertés et de la détention de Lille de tirer les conséquences de l'incompatibilité de la législation en cause mise en évidence par la CJUE. Le Conseil constitutionnel a en effet indiqué dans sa décision du 12 mai 2010 qu'il ne se reconnaît pas la compétence de procéder à un contrôle de conformité au droit de l'Union lorsqu'il serait saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution. Autrement dit, la question de la compatibilité de l'article 78-2 du code de procédure pénale avec l'article 67 TFUE n'est pas (plus) un moyen de constitutionnalité.

La QPC était donc vouée à ne pas être renvoyée au Conseil constitutionnel. Mais avant même de se prononcer sur les conditions du renvoi telles que posées par l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958 modifiée, la Cour de cassation devait vérifier qu'elle était valablement saisie d'une QPC posant également, quoique dans une circonstance exceptionnelle, un moyen d'incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union.

Or, elle ne pouvait l'être que si la procédure conduisant à l'examen de la QPC est compatible avec le droit de l'Union. Faisant bénéficier la législation organique française d'une clémence que d'autres Etats membres doivent envier à la France (V. pour la législation espagnole : CJUE 26 janv. 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/00), la CJUE a en effet fort diplomatiquement laissé le soin aux juridictions françaises de vérifier si les trois conditions cumulatives posées au point 57 de l'arrêt, dont seule la réunion permettrait que la priorité soit compatible avec l'article 267 TFUE, pouvaient être remplies. En conséquence, après avoir repris à son compte la formule de l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, ce qui est sans doute une première dans l'ordre juridique français et va beaucoup plus loin que la réaffirmation par le Conseil d'Etat de son rôle de juge européen de droit commun (CE 14 mai

2010, *Rujovic*), la Cour de cassation a confronté le texte de la loi organique aux trois exigences de l'arrêt du 22 juin 2010.

Le résultat est net. Comme aucune disposition de la loi organique ne permet à l'une des deux juridictions suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'Union (V. en ce sens

notre article, Imbroglia autour de la QPC, D. 2010. spéc. 1241), la QPC ne satisfait pas en l'espèce à la deuxième des trois conditions posées par la CJUE et doit donc être écartée comme étant incompatible avec le droit de l'Union.

L'ordonnance du 7 novembre 1958 est donc d'ores et déjà doublement inconstitutionnelle : en tant qu'elle ne prévoit pas un sort particulier aux litiges dans lesquels est contestée la constitutionnalité des lois de transposition des directives (CJUE 22 juin 2010, pts 54 à 56) ; en tant qu'elle ne permet pas aux juridictions suprêmes saisies à la fois d'une QPC et d'une exception d'inconstitutionnalité dans le cadre d'un recours en cassation de prendre toute mesure conservatoire afin d'assurer la protection des droits conférés par l'Union.

Reste « la » grande interrogation à trancher : devant le juge *a quo*, c'est-à-dire devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, la QPC remplit-elle les conditions posées par la CJUE et le Conseil constitutionnel, en particulier la première d'entre elles, selon laquelle le juge saisi d'une QPC doit être libre à tout moment de la procédure de saisir la CJUE d'une question préjudicielle ?

Une réponse négative s'impose *a priori* puisque la juridiction saisie d'un moyen d'inconstitutionnalité par un mémoire distinct et motivé est tenue de traiter celle-ci avant tout autre examen du bien-fondé du litige : il est dans l'ADN de la QPC de reléguer l'exception d'inconstitutionnalité à une étape ultérieure de l'instance, de sorte que la CJUE ne peut jamais être saisie d'une question préjudicielle *avant* qu'il ait été statué sur la QPC par le juge *a quo*. Il n'en irait autrement qu'à condition que, comme il serait souhaitable, l'exception d'inconstitutionnalité soit examinée selon une procédure d'instruction identique à celle applicable au moyen d'inconstitutionnalité, comme cela est de fait le cas dans les procédures

d'urgence (V. CE, réf., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 , JCP G 2010. 739). Si une juridiction judiciaire devait considérer que la formalité de l'écrit distinct et motivé posée par l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée est contraire à l'article 267 TFUE en tant qu'elle l'empêche de saisir la CJUE à tout moment de la procédure, elle devrait alors « laisser inappliquées [celles des] dispositions de [cette] ordonnance (...) prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité », pour reprendre les termes des arrêts du 29 juin 2010. Le moyen d'inconstitutionnalité ne serait alors pas rejeté, mais instruit à l'ordinaire, à l'instar de tous les autres moyens soulevés par la partie intéressée, et examiné au fond à l'occasion du jugement sur l'ensemble du litige. A ce stade terminal de la procédure contentieuse seulement, il peut être admis que la juridiction se prononce d'abord sur la question de constitutionnalité - comme le prévoit à cet égard la législation belge qui a inspiré la loi organique du 10 décembre 2009, où le moyen d'inconstitutionnalité ne fait pas l'objet d'un traitement procédural accéléré.

La dispute des Horaces et des Curiaces ouverte depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 10 décembre 2009 est donc appelée à connaître de nouveaux épisodes.

Mots clés :
CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * Question prioritaire de constitutionnalité * Contrôle de conventionnalité * Traité de Lisbonne * Libre circulation des personnes