QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice

Isabelle Boucobza

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/12684>

DOI : 10.4000/revdh.12684

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Isabelle Boucobza, « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 18 juillet 2021, consulté le 18 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12684> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.12684>

Ce document a été généré automatiquement le 18 juillet 2021.

Tous droits réservés

QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice

Isabelle Boucobza

- 1 Comment définir la matière sur laquelle porte cette recherche¹ ? Il est difficile de l'isoler sur la base des dispositions attaquées. On ne trouve pas ici un corpus de règles particulièrement bien identifiables – comme le droit pénal ou le droit des étrangers, le droit du travail ou encore le droit de l'environnement – dans lequel on pourrait ranger les décisions qui nous intéressent. Ces dernières traversent plusieurs ensembles de règles très diverses : procédure pénale, droit pénal, droit administratif, droit du travail ou des affaires etc.
- 2 Si l'identification du champ juridique sur lequel porte notre regard ne peut se faire sur le critère des dispositions attaquées, on a fait le choix de se reporter sur celui des moyens soulevés qui ont été regroupés sous la bannière très générale de la question du « fonctionnement de la justice ». Il s'agit dans la plupart des cas d'affaires dans lesquelles les requérants soulèvent notamment le moyen de la violation de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC). Le recours à cette disposition semble à première vue entendu principalement, dans une approche subjective, comme la demande de protection de certains droits des individus rattachés aux conditions nécessaires au déroulement d'un procès, autrement dit, un certain nombre de droits « procéduraux » ou « processuels » du justiciable – droit au recours

juridictionnel, droits de la défense, égalité devant la justice etc. Il n'y a pas lieu de s'étonner que dans le cadre de la QPC le recours à l'article 16 présente plutôt une dimension individuelle, formelle et procédurale puisque le requérant doit démontrer une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Mais une dimension davantage objective et institutionnelle du recours à l'article 16 est également présente dès lors que ces affaires - à travers la question de la garantie des droits - ont des implications institutionnelles relatives à la séparation des pouvoirs, à l'indépendance des juridictions ou de l'autorité judiciaire ou à la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels. La notion doctrinale de « droits-garanties » fait d'ailleurs le pont entre les deux perspectives qui évoquent la reconnaissance de droits et les moyens de les défendre face au pouvoir².

- 3 Comme chacun sait, le droit processuel ou droit du procès est d'abord marqué par l'influence du « procès équitable » tel qu'il résulte notamment de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH) ainsi que de ses développements jurisprudentiels énoncés par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Ce droit est également relayé en droit de l'Union européenne par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union (Charte, art. 47 à 50). Dès lors que le Conseil constitutionnel a refusé à partir de sa jurisprudence IVG en 1975³ de procéder au contrôle de conventionnalité des lois, ce sont les juridictions nationales judiciaires et administratives qui ont donné application à cet ensemble de règles. Ce dernier vise à assurer aux justiciables que la procédure qui mène au jugement et que le jugement lui-même leur permettent de d'obtenir la protection et la jouissance de l'ensemble des droits et libertés consacrés par la CSDH. Il en résulte toute une série de droits et de principes qui s'imposent aux juges et aux institutions : droits de la défense, droit à un juge indépendant et impartial, principe de sécurité juridique etc. Face à la diffusion de ce droit au procès équitable « venu d'ailleurs » selon la formule bien connue, le Conseil constitutionnel entreprend dans le courant des années 1990, de définir un corps de règles qui s'inspire de celui du procès équitable à partir d'une interprétation très inventive de l'article 16 de la DDHC. En effet, à défaut de dispositions constitutionnelles suffisantes pour rivaliser avec la CSDH, le Conseil - activement soutenu en cela par une partie de la doctrine⁴ - va s'employer à définir un catalogue de droits comparables à ceux du procès équitable européen tout en cherchant à garder sa marge de manœuvre à l'égard d'une matière qui n'est pourtant plus uniquement nationale. Il se joue probablement ici quelque chose que n'est pas étranger à l'idée que « l'organisation de la justice demeure un des attributs de l'État les plus caractéristiques de la souveraineté alors que la fonction juridictionnelle n'est plus dans les États membres de l'Union et dans les États parties à la CSDH uniquement liée à l'État »⁵. Cette tension entre dimension supranationale et dimension nationale des règles du procès et de l'organisation de la justice joue un rôle déterminant dans la définition des traits distinctifs des décisions QPC fondées sur l'article 16 de la DDHC dans ces dix dernières années.

- 4 Les tiraillements de cette matière jurisprudentielle marquée par la coexistence entre un droit européen du procès équitable particulièrement développé et un droit national du procès fondé sur l'article 16 de la DDHC trouvent également à s'illustrer dans le champ académique. Le droit processuel, comme discipline universitaire, est en effet une discipline juridique bien installée qui est l'apanage de spécialistes qui sont soit des publicistes, experts en droit européen des droits de l'Homme, soit des privatistes qui

gravitent dans le champ du droit processuel/droit judiciaire privé. Ce droit a souvent fait l'objet d'une systématisation académique qui se veut transnationale et transdisciplinaire. Autrement dit, si cette discipline intègre aujourd'hui l'étude des droits processuels issus de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il ne s'agit pas de son objet principal. Pour compliquer encore les choses, certains travaux dans le champ du droit processuel utilisent une terminologie qui finit presque par délaisser complètement le champ du procès et des juges puisqu'ils évoquent plus largement les « droits et libertés procédurales » ou les « droits procéduraux » laissant entendre qu'ils s'appliquent en dehors même de la présence d'un organe juridictionnel⁶. A côté du droit processuel, dans le champ académique, on pourrait également s'attendre à trouver un droit constitutionnel juridictionnel ou un droit institutionnel juridictionnel⁷ ou droit constitutionnel de l'organisation de la justice. Cependant cette dernière perspective n'est pas très prisée chez les juristes universitaires français pour lesquels la question de la justice a toujours été à part. Elle fait l'objet d'un traitement lapidaire – à la toute fin des manuels de droit constitutionnel – ou de traitements éclatés entre privatistes (pénalistes d'un côté et spécialistes de droit processuel/institutions juridictionnelles/droit judiciaire privé de l'autre) et publicistes (administrativistes qui se chargent de l'étude du Conseil d'Etat et du contentieux administratif et constitutionnalistes qui se consacrent prioritairement au Conseil constitutionnel). L'usage même du concept vague de « justice » est un indice des insuffisances du langage technique en la matière. Il permet de réunir dans un même ensemble aux contours imprécis des institutions, des statuts et des procédures très différents les uns des autres en se passant des mots qui fâchent : « pouvoir » ou « autorité », « judiciaire » ou « juridictionnel »⁸.

- 5 On l'a évoqué, le laconisme de la Constitution n'y est pas pour rien. Le titre VIII de la Constitution demeure exclusivement consacré à l'autorité judiciaire et le Conseil d'Etat n'apparaît en tant qu'organe juridictionnel dans la Constitution qu'à compter de 2008 précisément en raison de son rôle de filtre dans le cadre de la QPC. C'est donc d'abord la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans les années 1980, qui a conféré un ancrage constitutionnel à la justice administrative par deux décisions historiques relatives respectivement à la question de l'indépendance des juridictions administratives et à délimitation d'un champ de compétences qui leur est propre⁹. La jurisprudence constitutionnelle a également marqué de son empreinte le droit français relatif à la justice par l'interprétation restrictive qu'elle a produite à l'égard de la notion de « liberté individuelle » présente à l'article 66 de la Constitution. Cette jurisprudence a eu pour conséquence de limiter le champ de compétence exclusif de l'autorité judiciaire et de permettre également au Conseil d'Etat et aux juges administratifs d'exercer leurs attributions dans le domaine des libertés¹⁰. Ces premières jurisprudences sont suivies par d'autres décisions marquées par la montée en puissance du recours à l'article 16 de la DDHC qui donne l'impression qu'il y a une unification du régime des organes réputés exercer la fonction juridictionnelle¹¹. Cette tendance n'a fait que prendre de l'ampleur avec la QPC, comme cette contribution tentera de le montrer.
- 6 Ce rapide rappel historique donne d'emblée plusieurs éléments d'analyse de l'objet de cette recherche. D'un côté, la jurisprudence QPC fondée sur l'article 16 entend produire un dépassement, voire déclencher un processus d'unification. De l'autre, la QPC s'inscrit dans un système de dualité de juridictions où de grandes différences persistent entre les justices judiciaire et administrative. A cette première division s'ajoute une

autre fragmentation apportée par la présence de diverses juridictions spécialisées. La multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI), dont l'identité originale franchit la délimitation habituelle existante entre administration et justice, accroît encore la fragmentation. Il est vrai que les différences entre justice judiciaire et administrative tendent souvent à être passées sous silence ou minimisées tant par la jurisprudence constitutionnelle que par les discours doctrinaux. Face à cette lecture qui met en avant ce qu'il peut y avoir de commun entre les divers juges, une vision très ancrée de l'autorité judiciaire comme « service public », dépendante de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour les questions relatives à son fonctionnement¹², demeure un point fixe qui introduit une disparité entre les deux ordres de juridictions chargées de porter la QPC devant le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat se prononce tant dans sa fonction consultative¹³ que dans sa fonction contentieuse sur des questions relatives au fonctionnement de la justice judiciaire, cette dernière compétence pouvant le conduire d'ailleurs à porter devant le Conseil Constitutionnel des QPC relatives à l'autorité judiciaire¹⁴. Cette disparité se manifeste encore dans les relations plus étroites et particulièrement évidentes entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Sans parler de l'architecture, au sens propre, qui fait du Conseil constitutionnel une annexe du Palais-Royal où siège le Conseil d'État, on peut rappeler la très grande constance de la présence d'un Conseiller d'État dans la fonction stratégique de secrétaire général du Conseil constitutionnel. La continuité entre les deux institutions se confirme encore dans certaines jurisprudences concordantes, notamment cette position partagée sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité ou encore sur les conflits de compétences entre autorité judiciaire et juge administratif.

- 7 En somme, la QPC intervient dans un cadre institutionnel où les trois juridictions appelées à la faire fonctionner présentent d'importantes spécificités, la plus frappante d'entre elles étant certainement qu'une seule de ces trois institutions, la Cour de cassation (comme l'ensemble des juridictions judiciaires), n'a jamais fait l'objet de doutes quant à sa qualité de « juridiction ». Pourtant dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle – et désormais dans le cadre de la QPC, le Conseil Constitutionnel pourrait avoir, sinon le dernier mot, du moins une parole prépondérante pour déterminer les caractères que doit présenter une juridiction, les compétences qui lui reviennent ou encore les garanties qu'elle doit présenter. L'emploi du conditionnel se justifie car la marge de manœuvre du Conseil Constitutionnel pour intervenir dans ce domaine dépend largement du bon vouloir des juridictions suprêmes. Leur rôle de filtre permet en effet de ne pas renvoyer certaines QPC portant sur des aspects qui les définissent tout particulièrement¹⁵ ; on pense par exemple à la double fonction du Conseil d'État : conseil du gouvernement et juridiction administrative suprême.
- 8 En dépit de ces limites bien connues, on constate que les moyens procéduraux invoqués au titre de l'article 16 de la DDHC relatifs au fonctionnement de la justice (droit au recours effectif, autorités des décisions du Conseil constitutionnel, droits de la défense...) occupent 32,3 % des cas, soit 236 décisions sur 730 QPC produites en 10 ans. A ce premier groupe de décisions il faudrait joindre les 56 décisions où le moyen de la sécurité juridique (non-rétroactivité etc.) est sollicité soit 7,7 % des cas. Enfin, le domaine du fonctionnement de la justice peut évidemment croiser celui des décisions où le moyen substantiel de la liberté individuelle est invoqué (article 66 de la Constitution) qui représente 164 décisions soit 22,5 % des cas. Afin de faire face au nombre élevé de décisions entrant dans le champ de cette étude, un premier temps a

été consacré à la recherche et au recensement des points de focalisation qui émergeaient de cette masse. Il pouvait s'agir soit de l'usage de l'expression « procès équitable » ou autre expression approchante, soit d'un nombre récurrent de décisions sur une même question telle celle de l'application des droits procéduraux aux AAI, soit encore de la référence répétitive aux principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles. Une fois repérés ces points de focalisation en procédant à l'identification des cas les plus pertinents, ils ont été étudiés en procédant à une analyse des décisions souvent confrontée aux principaux commentaires auxquels elles ont donné lieu. Cette ligne méthodologique avait pour objectif d'apporter un éclairage analytique et critique. L'analyse et la critique s'inscrivent ici dans une perspective épistémologique non normative. Elles établissent une distance à l'égard des arguments formulés par le Conseil constitutionnel et par les commentateurs officiels ou doctrinaux justifiant les solutions jurisprudentielles. Autrement dit, l'objectif est avant tout d'expliquer l'existence de ces solutions jurisprudentielles et non de « justifier les justifications »¹⁶.

- 9 En tout état de cause, le nombre élevé de décisions croisant le champ de cette recherche signifie que Cour de cassation et Conseil d'Etat jouent le jeu de la QPC dans un domaine qui les intéressent directement¹⁷. En effet, les QPC en matière de justice ont cette particularité de mettre les juges en première ligne pour parler d'eux-mêmes, à l'occasion des QPC posées par les justiciables. Les enjeux sont de taille pour chacune des trois juridictions impliquées dans le processus de la QPC. Pour le Conseil constitutionnel, il s'agit de rattraper un retard par rapport à la CEDH qui a bâti depuis plusieurs années une jurisprudence foisonnante sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention avec la construction du modèle du procès équitable. Mais en creux, se profile l'affirmation de la juridictionnalisation du Conseil lui-même qui prétend, si l'on en croit la voix de ses différents présidents depuis la réforme constitutionnelle de 2008, se transformer en une véritable Cour constitutionnelle, voire en une Cour suprême¹⁸. La Cour de cassation comme le Conseil d'Etat sont également influencés par le modèle du procès équitable auxquels ils font souvent appel et qui s'applique également à eux, qu'il les protège¹⁹ ou qu'il les menace²⁰. Une chose est sûre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fondée sur l'article 16 de la DDHC est scrutée à la lumière de celle de la CEDH. La jurisprudence QPC en matière de droits procéduraux marche dans les pas de l'interprétation particulièrement créatrice de cet article par le Conseil constitutionnel depuis le milieu des années 1990. Cette jurisprudence s'affirme avec le plein soutien d'une partie de la doctrine qui l'incite à s'inspirer, sans le dire, des standards européens du procès équitable²¹. L'hypothèse que l'on formule est donc que l'affirmation de ces « droits procéduraux »²² – qui est une forme de nationalisation – illustre la volonté du Conseil de se les approprier pour éviter d'être marginalisé sur ce qu'il considère comme son terrain : la définition du rôle du juge dans la garantie des droits de l'Homme. Au-delà de l'intérêt que représente pour tous les juges impliqués dans la QPC la possibilité de définir les règles qui les concernent, le pourcentage important de décisions dans le champ de l'article 16 révèle aussi l'intérêt stratégique des plaideurs à recourir à des arguments dits procéduraux.
- 10 L'examen de cette jurisprudence abondante révèle une matière très fragmentée et dense. Il n'est pas aisé d'y dessiner les contours d'un droit constitutionnel processuel – un droit qui intéresse le déroulement de tous les procès – ou pour le formuler dans des termes que le juge constitutionnel utilise parfois : un droit constitutionnel à une procédure « juste et équitable »²³. On peut aussi y voir une stratégie subtile et complexe

pour maintenir des distances avec les standards européens et donner l'impression de s'y conformer : « Y penser toujours, n'en parler jamais »²⁴. Ce faisant, le Conseil constitutionnel se donne les moyens de rester maître de leur formulation ; une manière parmi d'autres de ménager discrètement une conception française de l'organisation de la justice. Ce positionnement ambigu – tout en distance et proximité – à l'égard de la jurisprudence de Strasbourg se confirme dans sa jurisprudence relative aux AAI. Il leur applique les droits procéduraux tirés de l'article 16 alors même qu'ils sont en principe réservés aux organes juridictionnels (I). D'autres décisions QPC montrent plus nettement cette volonté de consolider une conception française de l'organisation de la justice, qui n'est pas sans lien avec la « conception française de la séparation des pouvoirs » et le poids de la dualité de juridictions dans les institutions. Cette conception s'observe dans les rapports entre les organes juridictionnels et les autres pouvoirs de l'Etat, ainsi qu'entre organes juridictionnels. Cela démontre que la QPC peut avoir des conséquences considérables sur les questions relatives à l'organisation des pouvoirs alors même que son périmètre de principe a été borné aux atteintes aux « droits et libertés que la constitution garantit ». A rebours de cette tendance qui consiste à présenter la Constitution avant tout comme une Charte des droits et libertés, la jurisprudence QPC relative à l'article 16 démontre que la protection des droits et libertés ne se pense pas en dehors de la mécanique des rapports qu'elle organise entre les pouvoirs (II).

I- L'affirmation complexe des droits procéduraux des justiciables applicables aux juridictions et aux autorités administratives indépendantes

- 11 Le Conseil constitutionnel n'a pas attendu la QPC pour reconnaître un ensemble de règles et de principes relatifs au fonctionnement de la justice et aux règles du procès. Plusieurs décisions DC sont intervenues pour reconnaître la valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel²⁵, le respect des droits de la défense²⁶ ou encore « les exigences constitutionnelles d'un juge indépendant et impartial » qui découlent, selon lui, de l'article 16 DDHC²⁷. La valeur constitutionnelle du droit au procès équitable intervient également avant la QPC dans une décision de 2005²⁸. Dès 1989, en matière pénale, le Conseil constitutionnel avait employé une autre formulation : le respect des droits de la défense implique le respect d'une « procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »²⁹. Avec l'avènement de la QPC, on constate une inflation de décisions où interviennent des droits procéduraux tirés de l'article 16. Cette profusion s'explique, outre l'intérêt déjà évoqué des plaideurs et des juges eux-mêmes pour ces questions procédurales, par le registre imposé en QPC qui exige, pour la recevabilité même de la procédure, que la loi attaquée porte atteinte aux droits et aux libertés garantis. Tout en produisant un effet d'unification autour de la procédure QPC, ces décisions nombreuses forment une casuistique complexe³⁰ autour des droits procéduraux sans principe directeur évident. Cette absence de principe directeur pourrait être l'un des signes de la volonté du Conseil constitutionnel de définir sa propre doctrine du procès équitable, en se démarquant de celle qui vient de Strasbourg (A). Ces décisions se distinguent également par le fait qu'elles débordent du champ de la justice au sens organique par l'application de droits procéduraux à des

autorités administratives indépendantes, là aussi dans un rapport entre alignement et rupture avec la jurisprudence de Strasbourg (B).

A. Les droits procéduraux des justiciables, « des droits et libertés que la Constitution garantit », sans principe directeur évident

- 12 Cette unification minimale autour de l'appartenance à la catégorie des « droits et libertés que la constitution garantit » explique la difficulté de lire la jurisprudence QPC relatives aux droits procéduraux des justiciables. Celle-ci tient au fait que le Conseil constitutionnel la construit à partir de l'interprétation qu'il donne de l'article 16 qu'il produit sous influence doctrinale (voir *supra*). Ainsi, le Conseil reprend et consacre - sans reconnaître d'affiliation explicite dans ses décisions - la plupart des droits reconnus dans le cadre du procès équitable européen en les formulant à sa manière. Cette jurisprudence intervient dans des domaines très variés (droit pénal, droit fiscal, droit administratif etc.). Dans la jurisprudence QPC, la référence explicite à un droit (constitutionnel) à un procès équitable apparaît (davantage que dans sa jurisprudence DC) comme un droit procédural comme un autre, avec toutefois un contenu indéterminé. Surtout, son champ d'influence semble volontairement plus réduit que le standard européen promu dans le cadre de la jurisprudence de la CEDH³¹. Si cette prise de distance avec la formule européenne (droit au procès équitable) fait perdre au Conseil constitutionnel un principe directeur qui pouvait sembler évident, elle lui fait gagner en indépendance par rapport à la jurisprudence de Strasbourg (1). Car immanquablement, cette jurisprudence QPC est comparée à celle du juge de Strasbourg afin d'en souligner les convergences et les divergences. Une idée prédomine toutefois, celle d'un rattrapage du retard du Conseil constitutionnel en la matière grâce à sa jurisprudence QPC. En cela le Conseil aurait gagné, avec la doctrine qui l'y a poussé, son pari : constitutionnaliser les droits procéduraux issus de la jurisprudence de Strasbourg, en tentant dans la mesure de possible, de rester maître de leur formulation (2). Si le procès équitable ne joue pas le rôle de principe directeur, on peut se demander si la « garantie des droits » tirée de l'article 16 s'y substituerait, comme certaines lectures doctrinales des décisions QPC le laissent entendre. Tout au plus peut-on observer que le Conseil constitutionnel adopte une jurisprudence ouverte à la protection des droits procéduraux en admettant la recevabilité de QPC fondée sur l'atteinte à des principes institutionnels dont la violation a des conséquences sur la protection des droits et libertés comme l'incompétence négative du législatif ou la séparation des pouvoirs (3).

1) Le droit au procès équitable, un droit procédural parmi d'autres dans la jurisprudence QPC ?

- 13 Le droit procédural le plus sollicité en QPC est sans aucun doute le droit à un recours juridictionnel effectif. Il peut être invoqué en QPC depuis les premières jurisprudences mettant en œuvre cette procédure³². Il est presque inutile de souligner que la mobilisation massive de ce droit est nécessairement favorable à l'intervention du juge : il coïncide avec l'idée communément partagée – dans le monde des juristes et même au-delà – que la garantie juridictionnelle serait la plus efficace pour protéger les droits et libertés. Ainsi plusieurs auteurs n'hésitent pas à qualifier le droit au juge comme « la

garantie de la garantie des droits »³³ ou comme un « véritable droit à la garantie des droits »³⁴.

- 14 Dans la décision QPC 2010-71 QPC, le Conseil constitutionnel fait explicitement découler ce droit de l'article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'est garanti par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ». Faire découler ce droit de l'article 16 n'en demeure pas moins un tour de force et un choix délibéré du Conseil constitutionnel puisqu'il est parfaitement évident que le texte cité est trop général pour qu'il soit possible d'en tirer de façon nécessaire les conséquences que le Conseil affirme en déduire. Pour justifier cette jurisprudence créatrice, Régis Fraisse rappelle les difficultés que rencontrait le juge constitutionnel des années 1990 qui invoquait de plus en plus souvent le droit au recours juridictionnel mais « ne savait ou ne disait à quelle disposition du bloc de constitutionnalité le rattacher »³⁵. Ce témoignage interroge et laisse poindre une forme soit de naïveté, soit de cynisme : est-ce que la jurisprudence est plus légitime lorsqu'elle fait dire à peu près tout ce qu'elle veut à une disposition aussi générale que l'article 16 de la DDHC ?
- 15 La chose se reproduit pour les droits de la défense, eux aussi garantis par l'article 16 de la DDHC auquel le Conseil constitutionnel adjoint l'exigence de garanties égales pour les justiciables (article 6 de la DDHC)³⁶ en précisant que « le respect du principe des droits de la défense (...) implique en particulier « l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »³⁷.
- 16 « Droit au procès équitable » ou à une « procédure juste et équitable », ces formules illustrent des usages pluriels et non stabilisés. Surtout, ces références se concrétisent sous la forme de courtes énumérations avec d'autres droits procéduraux, comme si le droit au procès équitable n'était qu'un droit procédural parmi d'autres et non un cadre dans lequel les droits procéduraux s'inscrivent. Ainsi, certaines décisions citent l'article 16 et place le procès équitable au milieu d'une sorte de suite : « sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense »³⁸. Parfois, en lieu et place des droits de la défense, le Conseil constitutionnel mentionne le principe du contradictoire³⁹ ou l'égalité des armes⁴⁰. Cette tendance à placer le procès équitable dans ces suites de droits procéduraux interroge, en lui-même, ce droit entre-t-il dans la catégorie des droits et libertés que la constitution garantit ?
- 17 A cette première interrogation s'en ajoute immédiatement une seconde : quel est le contenu de ce droit ? Les décisions l'évoquent sans le définir, comme s'il était auto-évident. La question du contenu se pose d'autant plus en raison de la mutation que la jurisprudence QCP présente par rapport à la jurisprudence des DC où le procès équitable semblait couvrir un plus large spectre allant de l'exigence d'impartialité du juge, en passant par les droits de la défense et le droit au recours. En QPC, le champ d'action du procès équitable semble s'être réduit tout en demeurant assez mystérieux, notamment dans ses liens avec le principe d'indépendance et d'impartialité que le Conseil constitutionnel semble prendre soin de détacher de l'évocation du droit à un procès équitable, ce qui tranche avec ce que l'on sait du rapport entre procès équitable et indépendance et impartialité dans la jurisprudence de la CEDH⁴¹ donnant ainsi à voir une réelle singularité du « procès (équitable) à la française ». En effet, dans la jurisprudence QPC, le juge semble soigneusement éviter de parler d'un « droit à un juge

indépendant » en le détachant systématiquement des suites de droits procéduraux au sein desquelles il inclut une référence au caractère équitable et/ou juste de la procédure.

- 18 Il préfère en appeler au « principe d'indépendance des juridictions » qu'il dégage lui aussi de l'article 16 et qui peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴². Il est également invocable quand il est couplé au principe d'impartialité dans la formule bien connue « les principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »⁴³.
- 19 Cet exemple montre, mais il est presque inutile de le préciser, que la jurisprudence QPC en matière de droits procéduraux du justiciable se construit sous une double contrainte : celle de se rapprocher des exigences du procès équitable européen et celle de s'en distinguer, pour rester maître, tant que possible, de son destin. Cette double contrainte apparaît associée à l'idée d'un retard qui serait en train d'être rattrapé par le Conseil constitutionnel par rapport à la Cour de Strasbourg, notamment dans le cadre de sa jurisprudence QPC.

2) Double contrainte : se conformer aux règles conventionnelles du procès équitable tout en restant maître de la formulation des droits procéduraux des justiciables

- 20 Le caractère mystérieux de la référence au procès équitable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est certainement le produit de la double contrainte à peine évoquée. Cette dernière a maintes fois été relevée en doctrine, il est fait remarquer que le Conseil constitutionnel sait pertinemment ce qu'il risque s'il ne joue pas le jeu de la convergence. Outre les condamnations venant de Strasbourg, on pourrait ajouter qu'une jurisprudence nettement divergente pourrait fragiliser sa position actuelle qui le conduit à participer à la définition même des droits procéduraux et par voie de conséquence, peut-être, au crédit qui peut être porté au processus qui le conduit à se « normaliser »⁴⁴, autrement dit à se « juridictionnaliser ».
- 21 Au surplus, les juridictions suprêmes en France ont été les premières à faire respecter le principe du procès équitable tel qu'il est issu de la CEDH. C'est d'ailleurs selon l'avis des spécialistes de droit processuel, de loin, l'instrument le plus fréquemment invoqué notamment lorsqu'il est question du droit au juge⁴⁵. Mais ces juridictions ont été et sont encore, pour des raisons différentes, elles-mêmes l'objet de l'attention des plaideurs qui exigent qu'elles respectent elles-mêmes les règles du procès équitable européen. Chacun sait que les réformes de la justice administrative entreprises à la suite de jurisprudence européenne mettant en cause la double fonction juridictionnelle et consultative du Conseil d'Etat ainsi que la place du rapporteur public dans le contentieux administratif ne sont pas étrangères aux menaces que la Cour de Strasbourg a pu faire peser sur l'organisation traditionnelle, voire sur l'existence même de la justice administrative et notamment de sa juridiction suprême⁴⁶. Le Conseil d'Etat surveille donc de près les effets que la jurisprudence de la CEDH pourrait avoir sur celle du Conseil constitutionnel. Du côté de l'ordre judiciaire, les jurisprudences relatives à l'indépendance du parquet à l'égard de l'exécutif reconnue nécessaire par la CEDH et par la Cour de cassation elle-même pour répondre aux exigences du procès équitable européen continuent d'alimenter les controverses face à la position adoptée par le Conseil constitutionnel en 2017⁴⁷ (voir *infra* partir II). Pour d'autres questions, notamment en matière de procédure pénale, le mouvement serait plutôt celui de la

recherche d'une complémentarité entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité : la Cour de cassation renverrait en effet au Conseil constitutionnel des QPC susceptibles de faire évoluer le législateur sur des points où il résistait aux condamnations de la CEDH, comme ce fut le cas en matière de droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue⁴⁸, ou encore en matière d'accès aux pièces du dossier par une personne ayant choisi de se défendre sans l'assistance d'un avocat⁴⁹. Toutefois, pour d'autres questions, on observe des formes d'alignement en trompe l'œil de la part du Conseil constitutionnel. De l'avis des spécialistes, c'est le cas notamment à l'égard de la jurisprudence de la CEDH relative au *principe non bis in idem*⁵⁰.

- 22 On peut illustrer plus généralement la pression que les juges ordinaires peuvent exercer sur le Conseil constitutionnel en se fondant sur la jurisprudence de la CEDH en matière de procès équitable en évoquant le contentieux des lois de validations qui l'a particulièrement bien illustré. Dans une décision QPC 2013-366 le Conseil constitutionnel a fini par s'aligner sur la jurisprudence de la CEDH qui exige un « motif impérieux d'intérêt général » et non un « motif d'intérêt général suffisant » traditionnellement requis pour justifier une loi de validation. Comme le remarque M. Afroukh, avec l'adoption de la formule européenne « le Conseil entend signifier que son contrôle est équivalent à celui exercé au titre de la CEDH »⁵¹. Le Conseil le fait d'ailleurs savoir sur son site internet : « il a parachevé l'évolution de sa jurisprudence sur les validations législatives, initiée il y a quinze ans. Désormais, les exigences constitutionnelles et conventionnelles se rejoignent entièrement. Cette identité des contrôles est porteuse de sécurité juridique »⁵². Cependant, le Conseil omet de rappeler que ce revirement apparaît comme une réaction à une décision de la Cour administrative d'appel de Paris jugeant inconstitutionnelle une loi de validation déclarée constitutionnelle, à savoir l'article 10 de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 opérant une validation du permis de construire accordé à la fondation Louis Vuitton.
⁵³ » Cette forme de « conventionnalisation du contrôle de constitutionnalité »⁵⁴ poussée par la jurisprudence des Cours suprêmes montre les limites de l'autonomie du Conseil constitutionnel dans le champ du procès équitable quand il est lui-même défendu par les juridictions nationales. Comme le rappelle Bruno Genevois, si le contrôle de constitutionnalité ne porte pas sur les engagements internationaux de la France depuis 1975, « rien n'interdit au juge constitutionnel de faire une application des droits et libertés constitutionnellement garantis à la lumière de ces engagements »⁵⁵. On pourrait aussi ajouter que rien ne l'y oblige mais il peut y être contraint, comme ce fut le cas avec les lois de validation qui n'est qu'un exemple parmi d'autres.
- 23 Autrement dit, le Conseil constitutionnel crée en se fondant sur l'article 16 certains droits et principes procéduraux en les interprétant à la lumière de l'article 6§1 de la CEDH, sans le dire explicitement, et se réserve la possibilité de les adapter au cadre juridique français en fonction de la marge de manœuvre dont il estime disposer sur le plan national. La chronique tenue depuis 2013 par Hélène Surrel aux Cahiers du Conseil constitutionnel⁵⁶, puis à la revue Titre VII en témoigne, elle fait l'inventaire des convergences et des divergences entre les deux jurisprudences – avec une partie toujours consacrée à la question des droits procéduraux—. Il en est de même l'omniprésence des références aux arrêts de la juridiction européenne dans les commentaires officiels des décisions du Conseil.
- 24 La foisonnante jurisprudence du Conseil constitutionnel en cette matière semble faire plutôt l'objet d'un accueil favorable, si l'on en croit les spécialistes de droit processuel.

Par sa jurisprudence QPC, le Conseil constitutionnel rattrape le retard qui pouvait être le sien⁵⁷. Autrement dit, sa jurisprudence est jugée globalement compatible avec celles exigences du procès équitable européen alors même qu'elle s'en distingue, comme si ce qui compte finalement ce serait l'intention du Conseil constitutionnel de construire des exigences comparables à celles du modèle européen sans le dupliquer. C'est la conclusion à laquelle parvient par exemple Emmanuel Jeuland : « en somme, l'arsenal de principes procéduraux du Conseil constitutionnel n'a rien à envier à celui de la CEDH »⁵⁸.

- 25 Le recours à l'article 16, selon Bruno Genevois, « vient au soutien d'une politique jurisprudentielle consistant à lui faire jouer au plan constitutionnel un rôle équivalent à l'article 6 de la CEDH sur le droit au procès équitable »⁵⁹. Cette politique jurisprudentielle présente une conception ouverte de la notion de « droits et libertés que la constitution garantit ». Certains commentateurs voient même dans la « garantie des droits » formulée à l'article 16, le principe directeur qui se substituerait avantageusement au droit constitutionnel à un procès équitable trop variable et incertain (voir *supra*).

3) La « garantie des droits » un principe directeur pour les droits procéduraux ?

- 26 Il faut reconnaître que la formule tirée de l'article 16 semble dépasser – de loin – la question de la garantie des droits procéduraux pour embrasser celle de la garantie de l'ensemble des droits procéduraux et substantiels. C'est précisément cette idée qui paraît guider la jurisprudence QPC : sans droit au juge, sans un juge indépendant et impartial, qui agit dans le cadre « d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties », la garantie de l'ensemble des droits des justiciables ne serait pas assurée.
- 27 Une interprétation plus difficile à saisir de la « garantie des droits » est parfois présentée par certains auteurs de la doctrine comme le produit d'un changement volontaire de doctrine de la part du Conseil constitutionnel qui aurait choisi de se fonder restrictivement sur cette partie de l'article 16 pour lui faire jouer un rôle semblable à celui du droit à un procès équitable dans la jurisprudence CEDH⁶⁰. Cette lecture doctrinale interroge cependant car le caractère vague et très plastique de la formule de la « garantie des droits » ne délivre pas un message aussi lisible que celui qui est proposé en droit européen des droits de l'Homme et que l'on identifie immédiatement comme un principe applicable au champ de la justice. Une loi serait donc jugée contraire au principe général de la « garantie des droits » si elle prive les justiciables des droits procéduraux tirés de l'article 16 tels qu'ils résultent de l'interprétation issue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.
- 28 A côté de ce rôle de principe directeur qui paraît plutôt assigné par la doctrine à la « garantie des droits », on constate en jurisprudence que le recours littéral à la formule de la « garantie des droits » dans le contentieux de la QPC l'ouvre à des questions de répartition des compétences et de rapports institutionnels qui pourraient *a priori* en sembler exclues. C'est le cas notamment dans la jurisprudence sur les lois de validations. Très tôt après l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel reconnaît que le principe de la « garantie des droits » puisse être invoqué à l'appui d'une QPC⁶¹. En se fondant sur ce principe, le Conseil constitutionnel ouvre aux justiciables la possibilité de contester l'empiètement du législateur sur l'exercice de la fonction de juger⁶² qui priverait le justiciable de son droit au recours juridictionnel. On

voit bien ici le lien étroit qui se joue entre « garantie des droits » et « séparation des pouvoirs ». Les droits procéduraux permettent aux justiciables de faire valoir le respect de la distribution des compétences entre le législateur et les juges. En effet, les droits et libertés qui sont au cœur de la QPC sont garantis *par la Constitution* (article 61-1 de la Constitution). Et il a été démontré que dans la tradition du libéralisme politique dont est issue la DDHC, la Constitution s'entend aussi comme une répartition des compétences dont la vocation est d'assurer la limitation du pouvoir politique afin de garantir tous les droits⁶³. La « garantie des droits », dans le cadre de la QPC, serait aujourd'hui détachable de la question de la limitation du pouvoir telle qu'elle s'organise par la répartition des compétences ?

- 29 Cette question mérite d'autant plus d'être posée que, dans son principe, une QPC ne permet pas de contester la conformité de la loi à l'ensemble de la Constitution, c'est-à-dire aux dispositions qui fixent l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics⁶⁴. Ces règles d'organisation des pouvoirs peuvent néanmoins être déterminantes pour la protection des droits et libertés, ce que le Conseil constitutionnel semble parfaitement percevoir dans le champ de la justice. Penser autrement conduirait à admettre une position un peu naïve : la protection des droits pourrait être assurée du simple fait que certaines règles reconnaissent aux individus de faire valoir leurs droits devant un juge (droit au recours juridictionnel) sans reconnaître que la jouissance de ces droits peut elle-même être impactée par les ingérences possibles d'un organe, ici le législateur, sur les compétences d'un autre l'administration et/ou le juge ?
- 30 L'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs au titre de la QPC montre que le Conseil constitutionnel comprend le lien étroit qui unit les deux. Des remarques comparables peuvent être faites au sujet de l'invocabilité de l'incompétence négative du législateur. Ainsi, dans une décision QPC 2015-506 QPC, le Conseil constitutionnel a estimé que « le législateur avait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui affectent par elles-mêmes le principe d'indépendance des juridictions ». Même si l'incompétence négative ou le principe de la séparation des pouvoirs ne constituent pas nécessairement un droit ou une liberté que la Constitution garantit, le Conseil admet leur invocabilité dans le cadre de la QPC⁶⁵ dès lors que leur méconnaissance porterait atteinte à un droit ou une liberté.
- 31 Reste ensuite que la reconnaissance de ces liens étroits entre garantie des droits et séparation des pouvoirs peut jouer dans les deux sens : elle peut être favorable à une protection renforcée des droits des justiciables mais elle peut aussi lui être défavorable dès lors que le juge prend parti pour une organisation des pouvoirs qui conforte les prérogatives de l'administration au détriment des droits des justiciables. En l'occurrence, on peut prendre l'exemple de la jurisprudence relative au verrou de Bercy et interroger le contenu que le juge y donne du principe de la séparation des pouvoirs et de celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire. En effet, alors même que le juge constitutionnel reconnaît la possible invocation du principe pour fonder une QPC, le Conseil constitutionnel n'en donne aucune définition mais surtout laisse entendre que le pouvoir qui est donné à l'administration fiscale d'autoriser le dépôt d'une plainte pour la répression de certaines infractions fiscales a pour effet d'empêcher l'autorité judiciaire d'exercer sa mission. Cette compétence attribuée à l'administration fiscale qui empêche l'autorité judiciaire d'agir n'est pas en soi jugée inconstitutionnelle dans

la mesure où le juge estime que l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs n'est pas disproportionnée⁶⁶.

- 32 Autrement dit, le principe de la séparation des pouvoirs, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'est pas incompatible avec des dispositions qui prévoient des empiètements de l'exécutif dans le domaine de la justice. Cette question s'étend également à celle des frontières poreuses entre administration et juridiction dans la jurisprudence QPC en matière de droits procéduraux des justiciables devant les AAI.

B. Article 16, QPC et AAI : les droits procéduraux des justiciables en dehors des juges ?

- 33 La jurisprudence QPC relatives aux AAI s'est particulièrement développée en raison d'un nombre important de décisions où étaient en cause des autorités de régulation. Il s'agit de décisions où étaient en jeu des intérêts économiques conséquents où les opérateurs économiques tentent d'obtenir gain de cause notamment en faisant appel à l'article 16 pour contester les pouvoirs conférés par la loi aux régulateurs. Cette jurisprudence peut donner lieu à deux lectures. D'un côté, certains y voient un mouvement de « juridictionnalisation » de ces autorités auxquelles le juge constitutionnel impose de respecter les droits procéduraux des justiciables. En d'autres termes, l'imposition du respect des garanties du procès conduirait à changer la nature des AAI (1). Toutefois, une autre lecture de cette jurisprudence est possible : elle consiste à souligner la confusion et l'ambivalence qu'elle entretient entre administration et juridiction permettant de transférer à des autorités non juridictionnelles des pouvoirs considérés comme propres aux juges, ce qui permet de rester fidèle à l'intention initiale qui a présidé à la création de ces autorités : soustraire des compétences aux juridictions pour les remettre à des autorités administratives « expertes » chargées de balancer les exigences du droit avec celle de l'efficacité de l'action économique dans un cadre procédural plus souple (2).

1) « Juridictionnalisation » des autorités de régulation ? (...)

- 34 La séparation des pouvoirs, telle que la comprend le Conseil constitutionnel, n'est pas non plus incompatible avec l'existence d'AAI chargées d'un pouvoir réglementaire pour l'organisation d'un marché ou d'une profession ou/et de compétences pour prononcer des sanctions pécuniaires⁶⁷ ou régler des différends entre des agents économiques. En effet, selon le juge constitutionnel dans le cadre de sa jurisprudence DC, l'exercice de ce pouvoir ne contredit pas le principe dès lors qu'il s'applique « à des domaines déterminés » et qu'il s'exerce « dans le cadre défini par les lois et règlements »⁶⁸. De même, si le pouvoir de sanction a été admis, c'est à la condition qu'il soit « exclusif de toute privation de liberté » et que son exercice soit entouré de certaines garanties procédurales⁶⁹. Quand elle inflige une sanction d'une « gravité » telle qu'elle doit être qualifiée de punition, l'autorité administrative devra respecter des principes transposés du droit et de la procédure pénale⁷⁰. Ces exigences s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur laisse le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire/ juridictionnelle.
- 35 C'est sur ce dernier point - et notamment pour la catégorie bien spécifique des AAI dites « autorités de régulation » -, que la jurisprudence QPC s'est singulièrement étoffée. Par une série de décisions intervenues quelques temps après l'entrée en

vigueur du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et dont le flux ne s'est pas démenti au fil des années suivantes, le Conseil constitutionnel a donc exigé de l'autorité qui inflige une punition qu'elle respecte également les principes d'indépendance et d'impartialité tirés de l'article 16⁷¹ qui s'appliquaient jusque-là aux autorités judiciaires/juridictionnelles. Au passage, il convient de noter que le Conseil constitutionnel n'hésite donc pas à exiger de ces autorités pourtant désignées comme « indépendantes » qu'elles respectent les principes d'indépendance et d'impartialité dont, on le montrera, les contours sont cependant parfois difficiles à saisir (voir aussi *infra* partie II) notamment parce que le Conseil tend à se concentrer sur l'impartialité et à la fondre avec l'indépendance. Il applique en effet aux autorités de régulation une conception relativement exigeante de l'impartialité en la concevant à travers la question de la séparation des fonctions de poursuite d'instruction et de jugement.

- 36 Sans surprise, en matière de pouvoir répressif des AAI, il est aussi fait mention de la pression de la jurisprudence de la CEDH – qu'elle soit réelle ou supposée –. En effet, en la matière, beaucoup d'encre a coulé sur le point de savoir si les autorités administratives dotées du pouvoir de prononcer des sanctions pouvaient recevoir la qualification de « tribunal »⁷² au sens de l'article 6 §1 de la CEDH et non au sens du droit interne. En outre, l'exercice de ce pouvoir répressif par une autorité administrative est présenté comme imposant un encadrement rigoureux au regard de l'exigence d'un « procès équitable » et du principe corrélatif « d'impartialité ». Toutefois, le fait de reconnaître que les sanctions prononcées par les autorités de régulation le sont bien au sens européen de « matière pénale » n'emporte pas obligatoirement devant ces autorités, l'application de toutes les garanties du procès équitable. La Cour européenne accepte que ces garanties ne jouent pas dans une première instance devant une autorité administrative, dès lors que les sanctions prononcées peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant une juridiction offrant toutes les garanties de l'article 6 de la Convention. En revanche, les juridictions ordinaires françaises ont adopté une position bien plus exigeante que la Cour de Strasbourg⁷³. Les jurisprudences QPC relatives aux AAI font écho à ces jurisprudences françaises plus sévères qui étendent les exigences procédurales tirées de l'article 16 de la DDHC au-delà même des juridictions⁷⁴.
- 37 Dans l'affaire 2012-280 QPC, selon la société requérante, les dispositions attaquées du code du commerce méconnaissent les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions qui découlent de l'article 16 en n'assurant pas une séparation entre les formations de l'Autorité de la concurrence chargées de délivrer les autorisations de concentration et celles chargées de prononcer des sanctions à l'occasion du contrôle des opérations de concentration. Le Conseil constitutionnel rejette ces moyens et conclut à l'absence violation de l'article 16 de la DDHC. Cependant la portée de cette décision tient à ce que le Conseil constitutionnel reprend son considérant traditionnel en matière de pouvoir répressif des AAI et y inclut l'exigence de garantie de l'indépendance et l'impartialité : « qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une *autorité de nature non juridictionnelle* ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁷⁵.

- 38 Il en ressort dès lors qu'un organe - quelle que soit sa qualification - qui exerce un pouvoir de sanction, se verra appliquer les principes d'indépendance et d'impartialité qui sont habituellement associés aux juridictions. Cette jurisprudence a été confirmée concernant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), le Conseil concluant en l'occurrence à la méconnaissance du principe d'impartialité en raison du cumul de fonctions poursuite-instruction et de sanction⁷⁶. Le Conseil constitutionnel ne considère donc pas les autorités de régulation comme des juridictions, mais à l'occasion des premières décisions QPC les concernant, rapproche leur régime juridique de celui des juridictions lorsque leur pouvoir répressif est en cause, en les soumettant aux respects des principes tirés de l'article 16 de la DDHC.
- 39 Le constat doctrinal est plutôt unanime⁷⁷ : ces décisions accélèrent un mouvement de « juridictionnalisation » des autorités administratives indépendantes. Mais que faut-il entendre par « juridictionnalisation » ? Dans un premier sens, matériel, il s'agirait de faire référence à l'exercice d'un pouvoir de sanction (qui a le caractère d'une punition) et qui déterminerait le caractère juridictionnel de cette compétence conféré aux autorités de régulations. Exercer une fonction juridictionnelle se pourrait se réduire ici à l'exercice d'un pouvoir répressif d'ordre para-pénal, illustration de l'une des « fonctions juridictionnelles » dont, selon la formule du Conseil constitutionnel, les principes d'impartialité et d'indépendance seraient indissociables ? Ce critère matériel de la juridictionnalisation admis, une série de conséquences s'ensuivraient du point de vue du régime procédural auquel les organes dotés de cette compétence répressive devraient être soumis : respect du principe de légalité, droits de la défense et dernièrement donc application des principes d'indépendance et d'impartialité. Un deuxième sens possible de la notion de « juridictionnalisation » se confondrait donc purement et simplement avec ce régime juridique spécifique qui se construit au gré des jurisprudences sur l'impartialité : un organe se « juridictionnaliserait » lorsqu'il met en conformité son organisation interne avec les règles qui doivent s'appliquer aux juridictions et adopte une séparation en son sein entre des autorités de poursuite et de jugement⁷⁸.
- 40 Cette thèse de la juridictionnalisation laisse perplexe cependant. D'abord, à aucun moment le Conseil constitutionnel n'admet le caractère juridictionnel des AAI. Et il ne semble l'admettre ni d'un point de vue organique en utilisant la formule - autorité non juridictionnelle - ni d'un point de vue fonctionnel puisqu'il prend soin de ne jamais citer entièrement la formule relative au caractère indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles avec les principes d'indépendance et d'impartialité. Au contraire, s'agissant des autorités administratives indépendantes, il prend soin de l'adapter en évoquant : « les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »⁷⁹ ou encore « les principes d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent à une autorité administrative indépendante exerçant des pouvoirs de sanction »⁸⁰.
- 41 Il en résulte une interrogation : la thèse de la juridictionnalisation des AAI ne masquerait-elle pas, sans le vouloir, un mouvement plus profond et bien connu dans de la tradition juridique française en matière de justice qui consiste à brouiller les frontières en rendant obscure la distinction entre juridiction et administration d'un point de vue fonctionnel, comme d'un point de vue organique ? En ne désignant pas le pouvoir de sanction ayant le caractère de punition comme l'exercice d'une fonction juridictionnelle, le Conseil constitutionnel ne tente-t-il pas de valider le maintien de

l'exercice d'un pouvoir répressif dans le giron des autorités de régulation tout en l'entourant de garanties qui donnent la – fausse – impression qu'elles se transforment en juridictions ? Un temps pensées comme des entraves aux pouvoirs des autorités de régulation, ces garanties procédurales paraissent aujourd'hui leur servir de caution : elles légitiment les dispositifs de régulation économique en leur conférant le label qui leur manquait, celui d'une protection renforcée des droits (fondamentaux) procéduraux des opérateurs que la jurisprudence QPC – a largement contribué à créer.

2)...ou administrativisation du pouvoir répressif des autorités de régulation, légitimée par le respect des droits procéduraux des justiciables ?

- 42 Le choix de soumettre les AAI au respect des principes d'impartialité et d'indépendance dans l'exercice de leur pouvoir de sanction ne prive pas en effet le législateur de la possibilité de confier son exercice à un organe administratif « spécial ». Car c'est semble-t-il ainsi qu'il faudrait désormais considérer les AAI, notamment les autorités de régulation, dans le cadre de la jurisprudence QPC. En effet, si l'on en croit le commentaire officiel de la décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 : « lorsque le législateur met en place une autorité administrative indépendante, il entend apporter *des garanties nouvelles et différentes de celles offertes par l'administration*. Il n'est pas possible de soutenir que les règles applicables à l'administration et celles applicables aux AAI sont identiques »⁸¹. Les AAI sont donc des administrations spéciales auxquels s'appliquent des règles spéciales. Une décision plus récente du 9 mars 2017 le confirme qui modifie le considérant de principe de 2012 en précisant qu'il vise « toute autorité administrative non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre et exerçant un pouvoir de sanction »⁸². Le commentaire de la décision précise d'ailleurs « quand le législateur crée des organes sanctionneurs pouvant présenter *les apparences d'un fonctionnement juridictionnel*, il est nécessaire que la personne poursuivie n'ait pas le sentiment, comme cela avait été indiqué dans le commentaire officiel de la décision 2012-280 QPC, que son affaire est 'jouée d'avance' »⁸³.
- 43 La portée de la jurisprudence QPC en la matière pourrait donc s'avérer considérable en ce qu'elle serait un rouage essentiel de la consolidation du dispositif de régulation économique⁸⁴ qui s'est affirmé à partir des années 1980 en France à travers la prolifération des AAI. C'est une lecture possible. Cette consolidation peut présenter cependant quelques failles.
- 44 La consolidation pourrait venir de la légitimation que cette jurisprudence apporte aux autorités de régulation en jouant sur deux, voire trois tableaux : d'un côté, celui de l'administration spéciale – l'AAI –, de l'autre celui de la juridiction administrative spécialisée – l'AAI – et enfin celui de la garantie des droits procéduraux des justiciables⁸⁵. La mise en évidence de ce flou entretenu entre juridiction et administration dans le champ de la jurisprudence QPC en matière d'autorité de régulation renvoie à des questions très anciennes, notamment celle relative à l'existence même d'une justice administrative distincte de la justice judiciaire. On est frappé par la similarité de l'histoire des organes chargés du contentieux administratif avec celle des AAI, chacun marqué par ces ambivalences qui se résument assez bien dans la position actuelle du Conseil d'Etat qui peut, en même temps, être et ne pas être une administration et être et ne pas être un juge. Pour la justice administrative, c'est la « conception française de la séparation des pouvoirs » qui a fini par « normaliser » le dualisme juridictionnel en dérogation au principe de la séparation des pouvoirs

compris classiquement comme imposant qu'à un organe corresponde une fonction. Comme chacun sait, derrière cette « conception française » se cache d'anciennes idées toujours d'actualité selon lesquelles le jugement des litiges administratifs exige une connaissance spéciale de l'administration qu'on ne trouverait que rarement chez des magistrats judiciaires. Ces connaissances spéciales sont présentées comme nécessaires pour enfermer efficacement le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans les limites du droit. Aujourd'hui, le juge administratif se donne à voir comme un juge « ordinaire » – un juge comme un autre – entendez comme le juge judiciaire—, il exercerait la même et unique fonction de juger, apporterait les mêmes garanties aux justiciables – sans que les liens organiques importants qu'il maintient avec l'exécutif ne perturbent plus cette qualification.

- 45 Pour la *normalisation* des AAI⁸⁶, cette méthode de brouillage déjà éprouvée vise avant tout la protection des choix discrétionnaires du régulateur qui contrôle les comportements des opérateurs économiques au moyen de son pouvoir normatif et/ou de son pouvoir de prononcer des sanctions⁸⁷. Il exerce ces pouvoirs en dérogeant aux garanties procédurales qui s'appliquent au procès pénal mais plus largement à la procédure administrative non contentieuse et au règlement des litiges. Ce n'est que dans un second temps, sous l'effet conjugué des interprétations par les juridictions internes de la jurisprudence de la CEDH puis de la QPC, que la question des garanties procédurales accordées aux opérateurs économiques a occupé l'espace et accentué encore cette impression de brouillage des frontières entre administration et juridiction au point de la rendre – aux yeux de certains – dépassée⁸⁸.
- 46 La soustraction des compétences aux administrations classiques (pouvoir réglementaire et pouvoir de contrôle) et au juge pénal (pouvoir de sanction) est justifiée ici aussi par l'expertise spécifique nécessaire à la régulation du monde des affaires, la « souplesse et l'efficacité » qu'elle implique⁸⁹; ce qui laisse voir, en creux, l'argument de l'impréparation de l'administration classique et du juge pénal à traiter des questions économiques. Ainsi, selon Mathias Guyomar, « c'est la raison d'être de l'autorité administrative indépendante que de pouvoir faire 'trois en un' : le contrôle, la poursuite et la sanction. Si l'on casse cette faculté d'agir dans ces trois directions, la répression administrative ne présentera guère de valeur ajoutée par rapport à la répression pénale »⁹⁰. Ces différentes justifications semblent avoir en commun un présupposé explicité clairement par Bruno Lasserre : « la régulation économique, et notamment les règles de concurrence applicables aux personnes morales, ce n'est pas la même chose que le droit pénal au sens strict, même si cela relève de la matière pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention »⁹¹. Faut-il donc en déduire que juger pénalement les personnes physiques, ce ne serait pas, ou plutôt, ne devrait pas être la même chose que juger pénalement les personnes morales ? Faudrait-il y voir deux fonctions juridictionnelles différentes qui doivent être distribuées à des organes distincts ? D'autres, d'un point de vue plus critique, y voient la volonté de protéger le monde des affaires de la dureté du droit pénal.
- 47 C'est là que l'on peut pointer les éventuelles fragilités de ce processus de consolidation des AAI. Emmanuel Jeuland interroge : « alors même qu'il ne s'agit pas véritablement d'une exigence expresse de la CEDH, ces autorités prennent grand soin de respecter les principes fondamentaux de la procédure »⁹². Sans exclure qu'il s'agisse d'une précaution pour éviter les condamnations, le professeur de droit processuel se demande s'il n'y a pas d'autres raisons : « pourquoi autrement les autorités de

régulation font tout pour ressembler à des juridictions ? Sont-elles de vraies-fausse juridictions, c'est-à-dire des administrations – certes indépendantes qui cacheraient leur jeu sous la forme plus noble et plus légitime d'une juridiction pour réaliser leur mission de régulation ? »⁹³. Le tour du juge constitutionnel qui consiste à les faire passer pour des administrations indépendantes qui agissent formellement comme des juridictions et sont soumises à des *garanties nouvelles et différentes de celles offertes par l'administration* peut susciter de nombreux questionnements. Ces *garanties nouvelles et différentes* évoquées dans le commentaire officiel de la décision 2021-180 du 12 octobre 2012 sont-elles en tout point identiques à celles qui sont offertes par les juridictions et par la procédure pénale ? On peut évidemment en douter et se demander à l'instar de Martin Collet : « à quoi bon confier à une autorité particulière plutôt qu'au juge pénal le soin de conduire une mission répressive en certaines matières, si c'est pour exiger de cette autorité qu'elle se comporte exactement comme un juge pénal⁹⁴ ? ». Pourquoi une autorité administrative indépendante qui, aux termes des jurisprudences QPC étudiées, reste « administrative » doit être impartiale comme une juridiction et pas une administration classique titulaire d'un pouvoir de sanction ? La composition de ces autorités satisfait-elle réellement le principe d'impartialité si l'on considère que certaines d'entre elles, comme l'AMF, comptent en leur sein des membres professionnels non magistrats parfois liés à des sociétés objets de leur contrôles⁹⁵ ? *Quid* de l'indépendance et de l'impartialité de ces autorités à l'égard du pouvoir si l'on tient compte de la part et du rôle qu'y jouent des représentants des trois grandes magistratures (administrative, judiciaire et comptable)⁹⁶ et autres grand corps de contrôle comme l'Inspection des finances généralement désignés par le trio présidentiel Assemblée nationale, Sénat et Présidence de la République⁹⁷ ? Quelle que soit la réponse à ces questions, une chose paraît à peu près sûre, la jurisprudence QPC qui consolide et légitime les AAI en les soumettant aux droits procéduraux des justiciables ne peut être vue comme un simple aménagement des fonctions administratives ne touchant pas à l'équilibre des pouvoirs ; au contraire par sa jurisprudence QPC, le Conseil constitutionnel tente, tant bien que mal, de « promouvoir un 'modèle' institutionnel et procédural commun à toutes les autorités de régulation »⁹⁸ qui touche inévitablement l'organisation même de l'Etat.

- 48 Il est frappant que ces transformations interviennent dans le cadre d'une jurisprudence QPC soucieuse de soutenir les logiques de la régulation et du contentieux économiques. Ces derniers font bouger les lignes dès lors qu'ils entraînent l'article 16 DDHC, déjà fortement exploité dans le champ de la justice (voir supra), en dehors même des juges. La prétention à étendre cette protection des droits procéduraux des justiciables, et ici surtout, des opérateurs économiques, au-delà même de l'intervention formelle du procès, interroge sur le sens qu'il faudrait accorder à ces nouvelles formes d'évitement ou d'échappement par rapport aux institutions juridictionnelles⁹⁹. Elles peuvent aussi être le signe paradoxal de la consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice, qui s'est toujours caractérisée par sa division, voire son morcellement et donc sa relative faiblesse dans l'Etat.

II- La consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice

- 49 Dans la première partie, nous avons interrogé les éléments d'innovations portés par les nombreuses décisions QPC recensées dans le champ des droits procéduraux des justiciables en montrant comment le Conseil constitutionnel cherche à bâtir notamment à partir de l'article 16 de la DDHC un ensemble de règles et de principes qui se rapprocheraient, sans le dire explicitement, des règles et principes du droit au procès équitable issus de la CEDH. Ces droits procéduraux sont généralement ceux qui s'imposent aux juges et parfois au-delà des juges, aux AAI. Ils incluent également des principes et des règles à l'adresse du pouvoir politique afin de protéger les juges de ses intrusions. Dans l'édification de cette jurisprudence QPC en matière de justice, le Conseil constitutionnel paraît également soucieux de maintenir certains traits caractéristiques d'une conception française de l'organisation de la justice qu'il a déjà contribué à définir dans sa jurisprudence DC.
- 50 Le silence relativement important du texte constitutionnel de 1958 sur la question - à l'exception des dispositions du Titre VIII relatives à l'autorité judiciaire - explique, on l'a déjà souligné, la place immense prise par la jurisprudence constitutionnelle en la matière qui ne se démentit nullement avec la QPC. Cette dernière est même l'occasion d'en renforcer certains de ces aspects. Cette jurisprudence est d'autant plus importante qu'elle place le Conseil constitutionnel dans une position privilégiée pour définir ces règles, même si ce privilège peut parfois être rogné par les juridictions suprêmes. Celles-ci peuvent en effet décider tout simplement de le priver de certaines questions en refusant de les lui renvoyer, ce qui est une autre façon de participer à la construction des règles relatives à l'organisation de la justice française et à la définition des rapports entre ses différents organes. Après dix ans, force est de constater que cette jurisprudence QPC n'est pas révolutionnaire quant à la définition de ces rapports. Elle tend plutôt - tout en explicitant les droits-garanties qui sont reconnus aux justiciables - à les consolider en les ancrant fidèlement dans les équilibres institutionnels de la Vème République dominés par l'exécutif.
- 51 Ainsi, sans surprise, le Conseil constitutionnel, qui avait déjà constitutionnalisé la dualité de juridictions dans sa jurisprudence DC, la confirme et la consolide dans la jurisprudence QPC, notamment en perpétuant une conception particulièrement étroite de la notion de liberté individuelle. Si certaines de ces décisions n'invoquent pas directement l'article 16 de la DDHC mais seulement l'article 66 de la constitution, elles ne demeurent pas moins illustratives d'une conception française de séparation des pouvoirs et de la garantie des droits qui, selon le juge constitutionnel soutenu par le juge administratif, serait assurée de façon équivalente dans le cadre du dualisme juridictionnel (A). C'est également elle qui, au-delà des dispositions constitutionnelles réservées explicitement à l'autorité judiciaire, construit les principes d'indépendance et d'impartialité applicables à l'ensemble des juridictions. En QPC, cette jurisprudence attire l'attention pour deux raisons. D'abord, évidemment, elle tranche la question particulièrement discutée de l'indépendance des magistrats du parquet dans un sens conforme aux traditions de la Vème République et discordant par rapport aux jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de Cassation. Ensuite, elle est à la fois fournie et particulièrement imprécise sur le sens qu'elle confère aux principes d'indépendance et d'impartialité qu'elle sollicite pourtant dans

une multitude de décisions relatives à des juridictions spécialisées (B). Enfin, elle tend à consolider les hiérarchies au sein des ordres juridictionnels, mais masque peut-être une autre hiérarchie entre les ordres juridictionnels eux-mêmes (C).

A. La consolidation sans surprise du dualisme juridictionnel

- 52 S'il veut que les juridictions suprêmes qui y sont impliquées jouent le jeu de la procédure QPC, le Conseil constitutionnel n'a aucun intérêt à déstabiliser par sa jurisprudence l'organisation de la dualité de juridictions si caractéristique dans le système français de justice. Ainsi sans surprise il rappelle dès les premières décisions QPC que « la Constitution reconnaît deux ordres de juridictions au sommet desquels sont placés le Conseil d'État et la Cour de cassation »¹⁰⁰. Au-delà de cette raison stratégique, la consolidation du dualisme n'a rien d'étonnant dans la mesure où elle s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence précédente¹⁰¹ et plus largement dans le respect d'une tradition historique bien connue que la Vème République n'a fait que perpétuer. Sans revenir sur ces éléments, il paraît toutefois utile de voir comment dans le cadre de la jurisprudence QPC, le Conseil constitutionnel a, à la fois, maintenu le principe général de cette division en deux ordres juridictionnels et parfait les traits évolutifs de sa jurisprudence DC sur les sphères de compétence respectives des juridictions administratives et judiciaires¹⁰² pour en apprécier les conséquences sur la protection des droits et libertés des justiciables.
- 53 On l'a évoqué, la répartition de compétences entre les deux ordres de juridiction a notamment été au centre de vifs débats pendant la période de l'état d'urgence sécuritaire où par une série de décisions QPC, la compétence des juges administratifs a été confirmée par une jurisprudence convergente du Conseil d'État et de Conseil constitutionnel au détriment de celle du juge judiciaire s'agissant des mesures intrusives pour les libertés. Cette préférence pour le juge administratif s'est faite sur la base de deux arguments traditionnels : d'un côté, la compétence du juge administratif pour l'annulation des actes unilatéraux produits par l'administration dans ses prérogatives de puissance publique, notamment ceux pris dans le champ prétendument bien délimité de la police administrative. Ces actes sont lourds de conséquences pour les libertés dans le cadre du régime juridique de l'état d'urgence¹⁰³. De l'autre côté, et corrélativement, cette jurisprudence poursuit une œuvre de délimitation très stricte de la notion de liberté individuelle, fondement de la compétence propre au juge judiciaire qui exacerbe, parfois, une forme de mise en rivalité entre les deux ordres de juridiction.
- 54 La jurisprudence QPC en matière d'état d'urgence dont les conséquences ont été particulièrement visibles en termes de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire n'est pourtant que la partie visible de toutes les subtilités et complexités importantes engendrées par cette répartition de compétences pour les droits et libertés des justiciables. Parmi les premières décisions QPC, on trouve aussi celles relatives à l'hospitalisation d'office qui sont souvent présentées comme celles qui sanctuarisent la compétence du juge judiciaire en la matière¹⁰⁴. Toutefois, la jurisprudence du Conseil interprète la réserve de compétence fixée par l'article 66 de la Constitution de façon elle aussi assez étroite : « si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté »¹⁰⁵. Il en ressort que tantôt le juge judiciaire peut autoriser la mesure

privative, tantôt il peut seulement être consulté pour son maintien, le législateur pouvant « fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter »¹⁰⁶.

55 Cette solution a été confirmée dans une décision plus récente en matière de police des étrangers où la question de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire était des plus complexes. Les mesures de placement en rétention et d'éloignement du territoire relèvent traditionnellement du juge administratif alors que la prolongation de la rétention échoit au juge judiciaire. Cet éclatement du contentieux a fait l'objet d'une condamnation de la France par la CEDH¹⁰⁷ qui l'avait jugé comme contraire au droit à un recours effectif. La loi du 7 mars 2016 (art. L. 512-1 III code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - CESEDA) a donc transféré au juge judiciaire la compétence pour contester la mesure de placement en rétention. Cependant les dispositions de l'article L. 556-1 du (CESEDA) concernant les demandes d'asile en rétention font une exception à cette attribution de compétence, puisque selon l'interprétation de la Cour de cassation, ils prévoient que « toute contestation portant sur l'existence, la date ou le contenu de l'arrêté de maintien en rétention qui fait suite à une demande d'asile formalisée en cours de rétention »¹⁰⁸ (recours jugé dilatoire parce qu'il vise à faire échec à la mesure d'éloignement) échappe au contrôle du juge judiciaire pour relever de la compétence du juge administratif. Autrement dit, le juge judiciaire - réputé pourtant jaloux de son rôle de gardien de la liberté individuelle - a décliné sa compétence et le requérant le lui a reproché en lui rappelant les termes de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est toutefois prononcé en faveur de ce renoncement de compétence au profit du juge administratif en décidant que « la décision par laquelle l'autorité administrative décide de maintenir en rétention un étranger au motif que sa demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement constitue une décision relative au séjour des étrangers et relève de la compétence du juge administratif¹⁰⁹ ». Outre la violation de l'article 66 qui n'a pas été accueillie favorablement, le requérant soutenait que ce nouvel éclatement des juridictions compétentes portait atteinte à son droit à un recours effectif sur le fondement de l'article 16 de la DDHC.

56 Là encore, l'argument est rejeté, le juge constitutionnel ne prenant pas au sérieux le moyen de l'atteinte au droit au recours effectif engendré par la complexité de la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif : « il ne saurait résulter de la seule répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif »¹¹⁰. Et de préciser : « Si le législateur peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, il n'est pas tenu de le faire »¹¹¹. Outre l'absence de prise en considération de l'atteinte au droit au recours effectif qui pourrait résulter de la très grande complexité engendrée par la répartition des compétences entre les juridictions, le refus du juge constitutionnel laisse entrevoir un présupposé commun à l'ensemble de la jurisprudence relative au dualisme juridictionnel : celui de l'équivalence de la protection des droits et libertés assurée par le juge judiciaire comme par le juge administratif.

57 Or, cette équivalence est discutée en raison d'une part, des liens étroits que juge administratif continue d'entretenir avec le pouvoir exécutif et, d'autre part, de l'incompréhension que peut susciter la persistance d'un dualisme juridictionnel dès

lors que le juge administratif est présenté, dans la jurisprudence constitutionnelle, comme dans la très grande majorité du discours doctrinal (sans parler du discours du juge administratif sur lui-même) comme un juge parfaitement « ordinaire » ou « normal »¹¹². Pourtant le présupposé classique qui sous-tend l'existence d'une justice administrative à côté de la justice judiciaire aux termes duquel le juge administratif est celui qui connaît le mieux les exigences spécifiques de l'action de l'administration et demeure le mieux placé pour juger son pouvoir discrétionnaire n'a absolument pas disparu.

- 58 Ce discours ambivalent relatif au juge administratif (qui rappelle les brouillages précédemment évoqués au sujet des AAI) démontre au contraire que les raisons historiques de son existence et de sa spécificité sont bien vivantes et même en pleine expansion. Elles se renouvellent notamment dans le contentieux administratif des droits et libertés où est en cause le pouvoir répressif de l'administration. A l'égard de ce dernier, la compétence du juge administratif ne paraît pas offrir aux justiciables des garanties comparables à celles du code de procédure pénale¹¹³. Cette tendance est particulièrement visible dans le contentieux du droit des étrangers¹¹⁴ et éclatante dans celui de l'état d'urgence dont on sait que certains de ses dispositifs ont été inscrits de façon pérenne dans le droit commun au nom de la priorité donnée aux politiques sécuritaires¹¹⁵.

B. La consolidation en clair-obscur des principes d'indépendance et d'impartialité

- 59 Tout n'est pas flou dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel relative aux principes d'indépendance et d'impartialité. C'est le cas notamment de la jurisprudence relative au statut du parquet qui dit très nettement que celui-ci demeure distinct de celui des magistrats du siège et subordonné au Garde des Sceaux tout en étant « indépendant ». Cette situation du magistrat du parquet à la fois indépendant et soumis à l'autorité du Garde des Sceaux demeure questionnée (1). En revanche, s'agissant des jurisprudences relatives aux différentes juridictions que compte le système juridique français, on peut dire qu'elles présentent certains points relativement obscurs. Ces derniers découlent de la façon dont le Conseil constitutionnel envisage les principes d'indépendance et d'impartialité puisqu'il ne les définit pas et éprouve au cas par cas leur respect par des juridictions spécialisées relevant de l'ordre juridictionnel judiciaire ou administratif. Autrement dit, les décisions QPC ne concernent pas directement les juridictions dites « ordinaires », même si au détour de certaines d'entre elles le Conseil constitutionnel en profite pour donner quelques informations notamment sur les règles relatives à l'indépendance du Conseil d'État (2).

1) Le parquet *dans* la magistrature : quand l'indépendance est compatible avec la subordination

- 60 La décision du 2017- 680 QPC, du 8 déc. 2017 était très attendue. Chacun sait que l'indépendance du parquet constitue une, sinon la principale controverse qui fait régulièrement la une des journaux en matière de justice, soit parce que des « affaires » très médiatiques et politiquement sensibles laissent suspecter une instrumentalisation du ministère public à des fins politiques ; soit parce que, de façon récurrente, des projets de réformes de la justice – qui n'aboutissent jamais – inscrivent à l'agenda celle

de l'indépendance du parquet, notamment par l'assimilation de ses garanties d'indépendance à celles des magistrats du siège. Dans la jurisprudence DC qui porte sur le parquet et ses rapports au pouvoir exécutif, en revanche, c'est la décision 93-326 DC du 11 août 1993 qui avait fait date. Le Conseil constitutionnel y estimait que « l'autorité judiciaire [...] comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ». En QPC, le Conseil constitutionnel a confirmé cette qualification dans plusieurs décisions dès les premières années d'existence de la QPC¹¹⁶.

- 61 Or, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice ». C'est très précisément cette disposition qui est au cœur de la décision 2017-680 QPC du par laquelle le Conseil constitutionnel confirme, en la déniait, la dépendance du parquet au pouvoir exécutif : « la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, [...] cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du gouvernement et [...] n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ».
- 62 Le placement des magistrats du parquet sous la subordination hiérarchique du garde des Sceaux, selon le Conseil constitutionnel, ne porterait donc pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la DDHC et à l'indépendance de l'autorité judiciaire (article 64). La confirmation de cette situation de dépendance au pouvoir exécutif entretient une tradition juridique très ancienne des rapports entre l'autorité judiciaire et le pouvoir politique qui ne semble pas non plus avoir perdu de sa vigueur.
- 63 Des décisions plus récentes semblaient pourtant pouvoir venir bouleverser cette tradition. C'est le cas de la jurisprudence de la CEDH 23 nov. 2010, *Moulin c. France* qui constate le défaut d'indépendance du magistrat du parquet à l'égard du pouvoir exécutif et lui refuse la qualité d'autorité judiciaire dès lors que lui sont confiées des prérogatives en matière d'arrestation et de détention avant jugement. Dans cet arrêt, la Cour veille à ce que, conformément à l'article 5 § 3 de la CEDH toute personne arrêtée ou détenue soit « aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». La Cour concentre donc son attention sur les garanties d'indépendance que doit comporter l'intervention d'une autorité judiciaire - au sens où elle l'entend - en matière de privation de liberté. Ce n'est donc pas tant la situation de dépendance organique du parquet qui l'intéresse mais bien plutôt les compétences qu'il exerce. La Cour de cassation avait statué dans le même sens d'une non reconnaissance de l'appartenance des magistrats du parquet à l'autorité judiciaire précisément en raison du lien de subordination au pouvoir exécutif¹¹⁷. En revanche, une décision postérieure de la CJUE en date du 12 déc. 2019¹¹⁸ reconnaît au parquet la qualité d'autorité judiciaire. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour de Luxembourg s'appuie sur l'article 64 de la Constitution relatif à l'indépendance de l'autorité judiciaire, « composée des magistrats du siège et des magistrats du parquet » et, d'autre part, sur une disposition législative, l'article 30 du code de procédure pénale aux termes duquel, « le ministère public exerce ses fonctions de manière objective, à l'abri de toute instruction individuelle émanant du pouvoir exécutif, le ministre de la Justice pouvant seulement adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale, afin d'assurer la cohérence de cette politique sur l'ensemble du territoire ».

- 64 Dans la décision 2017-680 QPC du 8 déc. 2017 le Conseil constitutionnel fournit relativement peu d'explication pour motiver sa décision mais énumère des textes constitutionnels, mais également à valeur législative, qui les uns après les autres, viendraient conforter la solution de conformité. S'agissant de l'indépendance, on note également que la décision réitère une argumentation proche de celle que le Conseil avait adoptée dans une ancienne décision datant de 1980 « validation d'actes administratifs » relative à l'indépendance des juridictions administratives. En effet, pour parvenir à la conclusion de l'indépendance des magistrats du parquet, le juge constitutionnel met l'accent sur leur indépendance fonctionnelle (« le libre exercice de leur action devant les juridictions ») sans faire aucunement le lien avec leur dépendance organique par rapport au pouvoir exécutif. Il passe sous silence par exemple les conditions de nomination des magistrats du parquet, qui présentent moins de garantie d'indépendance que celles des magistrats du siège - le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) n'exprimant qu'un avis simple qui ne lie pas le garde des Sceaux. Cette dépendance organique est implicitement justifiée par la nature exécutive des attributions des magistrats du parquet, rattachée à la mise en œuvre de la politique pénale décidée par le gouvernement sur la base de l'article 20 de la constitution - : « cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ».
- 65 Cette hybridité du parquet, magistrat judiciaire indépendant *et* subordonné à l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux, rappelle encore cette autre tradition - déjà rencontrée dans cette étude au sujet du Conseil d'État et des autorités administratives indépendantes - qui consiste à brouiller les frontières entre juridiction et administration pour atteindre des résultats présentés en termes d'efficacité et de souplesse dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration - qu'elle soit indépendante ou non. Ici c'est le principe de l'opportunité des poursuites qui restitue cette idée. Ce brouillage est bien commode en ce qu'il permet d'obtenir - en même temps - la qualification de *magistrat*¹¹⁹ qui justifie un statut différencié d'indépendance par rapport au statut des fonctionnaires classiques et un statut de soumission au pouvoir exécutif qui permet d'échapper aux garanties qui s'appliquent aux magistrats du siège. Bref, comme la qualification d'autorité administrative indépendante ou de juge administratif, celle de magistrat du parquet, permet d'être et de ne pas être un juge et d'être et de ne pas être une administration.
- 66 Les ambiguïtés de ce statut mi- judiciaire, mi administratif n'en sont pas moins dépourvues de conséquences importantes pour les droits et libertés des justiciables. Historiquement, la présence du parquet dans la magistrature est une constante du système napoléonien d'organisation de la justice, elle fait de lui une sorte de cheval de Troie¹²⁰ de l'exécutif qui l'utilisait (mais est-ce encore le cas aujourd'hui ?) pour le pouvoir de surveillance qu'il pouvait lui assurer sur l'ensemble du corps judiciaire¹²¹.
- 67 Cette tradition d'un parquet à la française perdure et s'enrichit d'un autre levier important sur lequel joue l'exécutif pour exercer son emprise sur l'ensemble de la magistrature et plus largement sur l'ensemble des institutions qui interviennent dans le champ de la répression¹²². Ce levier est celui de l'extension massive des compétences du Procureur de la République sur l'ensemble de la procédure pénale au détriment des compétences du juge d'instruction¹²³. Ce renforcement se fait au nom de « simplification et l'effectivité de la procédure pénale » et « de l'amélioration » de ses

garanties¹²⁴. Parmi ces garanties, le Conseil vise celle de l'impartialité prévue par plusieurs dispositions du code de procédure pénale (articles 30, 31 et 39-3¹²⁵) et en tire argument pour affirmer l'indépendance du parquet. Tout porte à croire, en effet, qu'aux yeux du Conseil constitutionnel, il suffit d'être impartial pour être indépendant¹²⁶.

- 68 Dans la doctrine, les commentaires sont partagés. Certains préfèrent insister sur l'idée d'une nécessaire collaboration entre les pouvoirs ne rendant pas « inconcevable que le ministère public soit placé sous l'autorité du garde des Sceaux afin de permettre au Gouvernement de conduire, conformément à l'article 20 de la Constitution, la politique de la Nation »¹²⁷. D'autres soulignent que dépendance du parquet à l'égard du pouvoir exécutif n'en demeure pas moins potentiellement périlleuse pour les libertés des justiciables : elle fait courir « le risque d'une justice rendue directement par le pouvoir exécutif »¹²⁸, avec la bénédiction du Conseil constitutionnel.
- 69 Aux termes de ces développements sur le parquet, des éléments de cohérence se profilent plus visiblement : la jurisprudence QPC favorise une forme d'administrativisation de la répression¹²⁹, en ne faisant obstacle ni à son développement dans le cadre des autorités administratives indépendantes (ou même dans le cadre de l'administration traditionnelle), ni au maintien du parquet dans une situation d'indépendance subordonnée au Garde des Sceaux. Elle brouille les catégories juridiques, notamment celles d'indépendance et d'impartialité dans une jurisprudence QPC principalement consacrée à des juridictions spécialisées.

2) Les contours en clair-obscur des principes d'indépendance et d'impartialité

- 70 En matière d'indépendance, la première jurisprudence DC du Conseil constitutionnel « validation d'actes administratifs » de 1980 se distingue par son caractère imprécis, voire équivoque. Présentée comme celle qui donne à l'indépendance de la juridiction administrative, à partir de la formulation d'un PFRLR, le fondement constitutionnel qui lui faisait défaut, elle reste célèbre pour ce considérant de principe qui énonce : « Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ».
- 71 Or, rien n'est moins évident que cette affirmation d'une indépendance des juridictions « garantie ». Le juge constitutionnel insiste en effet sur le « caractère spécifique des fonctions des juges » et formule des interdictions de s'y immiscer à l'endroit du législateur et du gouvernement. Cependant, la décision ne dit pas un mot des garanties qui sont aménagées pour que ces fonctions spécifiques leur soient effectivement réservées. Autrement dit, la décision fait totalement l'impasse sur les aspects organiques de l'indépendance et passe purement et simplement sous silence les rapports établis entre les juges et les autres pouvoirs. Ce silence devient d'autant plus troublant si l'on prend le temps de se rappeler l'état réel de ces rapports en 1982. En effet, d'un point de vue organique, les magistrats du siège de l'ordre judiciaire régis par le statut de la magistrature¹³⁰ sont bien inamovibles en vertu de l'article 64 de la

Constitution. En revanche, les membres qui composent le CSM qui gère le déroulement de leur carrière sont *entièrement* nommés par une seule autorité : le Président de la République placé à la tête de l'institution en tant que « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire »¹³¹. Quant aux juges administratifs, ils sont banalement « *des fonctionnaires qui exercent des fonctions de juge* », conformément à la formule de Michel Debré¹³² au moment de l'élaboration de la Constitution en 1958. Des lois relatives à la définition d'un statut qui leur est propre ne seront adoptées qu'à partir de 1986.

- 72 Depuis cette première décision, des réformes sont effectivement intervenues qui ont affaibli la domination de l'exécutif sur les juridictions. Le Conseil constitutionnel quant à lui a étoffé sa jurisprudence en préférant désormais statuer sur la base de l'article 16 DDHC¹³³ dont il dit tirer les principes d'indépendance et d'impartialité, qu'il applique à toutes les juridictions, mais sans pour autant délimiter très clairement les contours respectifs de ces deux principes. Il en résulte une sorte d'adhésion implicite du juge constitutionnel à une thèse vague et consensuelle selon laquelle tous les organes qui exercent des fonctions juridictionnelles (ou même l'apparence de telles fonctions) doivent être indépendants et impartiaux.
- 73 Cependant le contenu de ces principes paraît déterminé au cas par cas, au fil de l'eau d'une série de décisions qui portent la plupart du temps sur des juridictions très spécifiques, souvent inconnues du grand public parce qu'elles concernent une profession, un secteur très particulier ou même, nous l'avons vu, des AAI. Il en résulte en QPC une casuistique encore une fois assez difficilement lisible mais dont on croit pouvoir tirer au moins deux enseignements plus généraux : le premier prend appui sur la difficile démarcation entre les deux principes – indépendance et impartialité – dans la jurisprudence QPC mais laisse entrevoir une préoccupation majeure du Conseil constitutionnel pour l'impartialité sans que l'on sache quelle portée accorder à ce nouvel intérêt, confirmé également lorsque nous avons étudié la question de l'indépendance du parquet (voir *supra*). Le second porte sur le caractère relativement imprécis de ces jurisprudences.
- 74 La démarcation entre indépendance et impartialité est difficile, l'indépendance (organique) étant traditionnellement présentée comme une condition de l'impartialité. L'une n'irait donc pas dans l'autre, ce qui pourrait expliquer la difficulté à cerner la distinction tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. En QPC, le Conseil constitutionnel prend toujours soin de préciser que ces deux principes sont *indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles*, mais l'usage qu'il en fait montre également qu'il tend souvent à ne pas les dissocier – voire à les fusionner – rendant l'identification du contenu propre à chacun d'eux malaisée¹³⁴. Il faut toutefois noter que la préoccupation du Conseil constitutionnel pour l'impartialité « objective » (même si cette expression ne figure pas dans le vocabulaire du juge constitutionnel français) a considérablement grandi récemment, on l'a vu, en QPC au sujet des autorités administratives indépendantes (voir *supra*) auxquelles il impose notamment de respecter des règles procédurales (séparation des fonctions d'enquête, de poursuite et de jugement) qui garantissent « à celui qui fait l'objet de poursuite que son affaire n'est pas 'jouée d'avance' et que la procédure est l'occasion d'un véritable débat permettant que l'ensemble des arguments soient réellement examinés »¹³⁵. Cette jurisprudence innovante consacrée aux AAI laisse toutefois dans l'ombre d'autres décisions récentes intervenues dans le cadre en QPC où la question du respect du principe d'impartialité se

trouve soit neutralisé, soit rendu peu visible, ce qui contribue à la pérennisation de la conception française de l'organisation de la justice.

75 Il en est ainsi du refus du Conseil d'État de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la question de sa propre impartialité. Le Conseil d'Etat a estimé en effet que le cumul de ses fonctions consultatives et contentieuses ne méconnaît pas « le droit à un procès équitable qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 »¹³⁶. En d'autres termes, les requérants ont tenté de faire examiner par le Conseil constitutionnel la conformité de cette dualité fonctionnelle à l'égard de l'exigence d'impartialité tirée de l'article 16. Comme le souligne Olivier Le Bot, « de l'exercice de cette double fonction peut naître une crainte dans l'esprit du justiciable : celle que le Conseil d'État se sente lié, dans sa compétence contentieuse, par la position qu'il a pris au titre de sa compétence consultative »¹³⁷. Pour le dire avec les mots du Conseil constitutionnel dans le commentaire officiel de la décision 2012-180 du 12 octobre 2012, il peut redouter que son affaire soit « jouée d'avance ». Or, ces craintes ne sont pas infondées si l'on en croit Danièle Lochak qui souligne : « si la règle de la double affectation à une section administrative et une section contentieuse a été supprimée, ce sont bien néanmoins les présidents de section qui composent l'assemblée du contentieux (...) ». L'auteure formule également l'hypothèse plausible que les membres des formations contentieuses pourraient avoir connaissance, au moins de façon informelle, de ce qui s'est dit dans les sections administratives. Surtout, elle affirme que « la situation reste particulièrement choquante lorsque l'acte contesté a été rendu sur avis conforme du Conseil d'État et que la question posée est exactement la même devant la section consultative et devant la section du contentieux ». (...) Et de conclure : « À supposer même que l'étanchéité soit totale entre les formations administratives et les formations contentieuses, on peut comprendre que les justiciables soient amenés à douter, fût-ce à tort, de l'impartialité du juge »¹³⁸. En ne renvoyant pas la question de la constitutionnalité de sa double fonction au Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne remplissait pas la condition de sérieux requise pour passer son filtre, le Conseil d'Etat coupe court à tout débat sur ce point et neutralise la mise en cause de son impartialité.

76 Une décision QPC du Conseil constitutionnel relative à l'impartialité du Conseil d'Etat peut, en revanche, paraître plus déstabilisante pour sa traditionnelle double casquette de conseiller du gouvernement et de juge. En effet, dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a été amené à censurer des dispositions législatives attribuant au Conseil d'État statuant au contentieux la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, une mesure d'assignation à résidence sur la légalité de laquelle il aurait ultérieurement pu avoir à se prononcer comme juge en dernier ressort. Le Conseil constitutionnel en a conclu que ces dispositions méconnaissent le principe d'impartialité et le droit à exercer un recours juridictionnel effectif¹³⁹. Il semble vouloir y prendre ses distances avec les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la CEDH en ne se satisfaisant pas des règles de déport habituellement applicables en cas de cumul de deux fonctions juridictionnelles successives ou pour celui d'une fonction administrative et d'une fonction juridictionnelle. Paul Cassia affirme en effet que la « décision du 16 mars 2017 conduit à jeter un doute (bienvenu) sur la technique du déport comme garantie de l'impartialité, et pose en filigrane la question de la compatibilité du cumul au XXI^{ème} siècle dans le chef d'une juridiction suprême, de fonctions de conseil au moins aussi importantes quantitativement et qualitativement que les fonctions juridictionnelles - sans oublier que le Conseil d'État

est également une autorité administrative en charge d'administrer au quotidien la juridiction administrative »¹⁴⁰. Cette jurisprudence, qui semble souffler le froid en direction du Conseil d'Etat, n'a pas beaucoup retenu l'attention des commentateurs. Pourtant, elle illustre parfaitement le potentiel déstabilisateur que des décisions QPC pourraient avoir sur l'architecture constitutionnelle française.

- 77 Le second enseignement à tirer de ces QPC concerne plus précisément la conformité de la composition de certaines juridictions spécialisées avec les principes d'indépendance et d'impartialité, pour lesquelles le Conseil constitutionnel se montre très précis alors que dans d'autres cas, il demeure évasif. Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé que n'est pas conforme à l'article 16 la présence, au sein d'une juridiction répressive compétente pour prononcer des peines privatives de liberté, de fonctionnaires ou de militaires en fonction dans leur emploi¹⁴¹ et, par conséquent, soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement. Pour que cette présence, même minoritaire, puisse ne pas être contraire au principe d'indépendance, elle doit être entourée de « garanties appropriées » permettant d'y satisfaire et prévues par la loi. Plusieurs juridictions administratives spécialisées en ont fait les frais : les commissions départementales¹⁴², la commission centrale d'aide sociale¹⁴³, le conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire dont les membres fonctionnaires siégeaient « en qualité de représentants » des ministres concernés¹⁴⁴.
- 78 Ces jurisprudences ne concernent pas les juridictions « ordinaires » mais au détour de l'une d'entre elles qui concerne la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁴⁵, le Conseil constitutionnel a saisi l'occasion pour se prononcer sur l'indépendance et l'impartialité des membres du Conseil d'État. En effet, pour valider la composition de la Cour de discipline budgétaire et financière au regard des « principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions et de la séparation des pouvoirs », le juge constitutionnel indique que « l'ensemble des membres nommés à la Cour de discipline budgétaire et financière sont soumis aux dispositions statutaires applicables aux membres du Conseil d'État ou aux membres de la Cour des comptes ; qu'ils bénéficient des garanties d'impartialité et d'indépendance attachées à leur statut respectif »¹⁴⁶. Les membres de cette juridiction sont en effet issus du Conseil d'État et de la Cour de compte, aussi le Conseil constitutionnel considère-t-il qu'ils disposent des garanties d'indépendance et d'impartialité de leurs corps d'origine. Or, si des dispositions législatives confèrent aux magistrats de la Cour des comptes la qualité de magistrat ainsi que la garantie de l'inamovibilité¹⁴⁷, il n'en est rien pour les membres du Conseil d'État. Au contraire, les règles relatives à leur statut sont généralement présentées comme relevant d'une longue tradition et non de règles formelles. En réalité, la tradition en question veut que les règles, lorsqu'elles sont écrites, soient de nature réglementaire. En d'autres termes, elles sont généralement fabriquées, contrôlées et modifiées par le Conseil d'État lui-même, dont on peut dire qu'il s'autogouverne discrètement. C'est à la lumière de ces informations que l'on pourrait saisir l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle les membres du Conseil d'État bénéficient de garanties d'indépendance suffisantes au regard de ce qu'exige la Constitution. Sinon, comme en 1982, il aurait fallu le croire sur parole¹⁴⁸.

C. La consolidation des hiérarchies au sein des ordres juridictionnels

- 79 Il y a un lien étroit entre la procédure de la QPC et les hiérarchies au sein des ordres juridictionnels : au terme d'un double filtrage, ce sont les Cours suprêmes de ces derniers qui renvoient les QPC au Conseil constitutionnel. Sans elles, le Conseil constitutionnel ne peut agir dans le champ du contrôle *a posteriori*. Ceci signifie, on l'a déjà dit, que le Conseil constitutionnel doit ménager ses relations avec les Cours suprêmes. Un des moyens d'y parvenir pourrait être celui de conforter leur suprématie au sommet de leur ordre juridictionnel respectif. On peut ici donner deux exemples jurisprudentiels en QPC où le Conseil constitutionnel consolide ces hiérarchies et tente peut-être d'en définir autre, à son avantage.
- 80 Le premier exemple est relatif à la prise en considération des jurisprudences issues des juridictions ordinaires dans le fonctionnement de la QPC. Assez tôt après son entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel a reconnu que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹⁴⁹. Autrement dit, un revirement de jurisprudence peut constituer un changement de circonstances susceptible de rendre recevable une QPC posée à propos d'une disposition déjà contrôlée par le Conseil constitutionnel. Cependant, toutes les juridictions ordinaires ne se valent pas aux yeux du Conseil constitutionnel, hiérarchie au sein des ordres juridictionnels oblige. Dans une décision 2011- 120 QPC du 8 avril 2011, il précise que les jurisprudences des juges du fond (la CNDA) ne peuvent être regardées comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées sur la base de l'art. 16. Selon le Conseil constitutionnel, il appartient aux Cours suprêmes d'assurer que cette jurisprudence ne porte pas atteinte à un droit ou une liberté constitutionnelle. Ce faisant, le Conseil constitutionnel assoie l'autorité du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sur les juridictions de leur ordre juridictionnel respectif. Alors qu'il prétend s'inspirer de la doctrine italienne du droit vivant¹⁵⁰, sa jurisprudence QPC montre qu'il en adopte une conception plutôt restrictive qui privilégie exclusivement le rôle des juridictions suprêmes. Cette préférence trouve une explication dans la tradition française selon laquelle il incombe à ces dernières la tâche d'assurer l'interprétation « correcte » et « uniforme » de la loi. Sous l'effet de la QPC, il faudrait désormais préciser qu'il s'agit d'une interprétation « correcte » et « uniforme » de la loi *au regard de la constitution*, autrement dit une interprétation conforme¹⁵¹. Cet hommage rendu au pouvoir d'interprétation des juridictions suprêmes n'incite probablement pas les juridictions du fond à s'emparer de la QPC pour endosser une part plus active dans la garantie des droits constitutionnels.
- 81 A cela s'ajoute une autre donnée traditionnelle souvent passée sous silence mais qui compte dans le verrouillage de la QPC au profit des juridictions suprêmes au détriment des juridictions inférieures. On pense ici au poids des hiérarchies entre les juges à l'intérieur des ordres juridictionnels qui structure leur carrière et contraignent à une forme de conformisme jurisprudentiel, sur lequel le Conseil constitutionnel semble vouloir s'appuyer en privilégiant la jurisprudence constante des Cours suprêmes. Prenons l'exemple de l'ordre juridictionnel administratif. La forte dimension hiérarchique des rapports qui unissent le Conseil d'Etat — en particulier son Vice-président assisté du secrétaire général — aux magistrats des juridictions

administratives¹⁵² n'est pas sans lien avec l'unité de la jurisprudence qui règne dans l'ordre juridictionnel administratif. En effet, la hiérarchie des corps suit la hiérarchie des recours (sauf compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État) ; ainsi la gestion des carrières par la hiérarchie peut garantir à celle-ci un pouvoir d'influence pour imposer une politique jurisprudentielle. En d'autres termes, si les magistrats n'ont pas l'obligation juridique de suivre la jurisprudence du Conseil d'État, on peut formuler l'hypothèse qu'ils y sont structurellement contraints du fait du rôle décisif du Conseil d'État dans l'organisation et dans la gestion de leur corps, qui les pousse à ne pas lui déplaire. Dans l'ordre juridictionnel judiciaire, le phénomène hiérarchique est moins visible pour la magistrature du siège. Pour autant, la gestion des carrières par la hiérarchie judiciaire n'a pas disparu et paraît intégrée dans les règles de composition et de fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.

- 82 Est-ce que cette incitation au respect des jurisprudences suprêmes à l'adresse des juges du fond s'appliquerait également au Conseil d'État et à la Cour de cassation par rapport à la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? Cela semble plausible puisque ce dernier en profite pour rappeler aux juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif qu'elles ont pour mission d'assurer le respect des exigences constitutionnelles telles qu'il les a interprétées. Dans le dernier considérant de la décision, il affirme que : « il appartient au Conseil d'État, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 »¹⁵³. Autrement dit, le Conseil constitutionnel reconnaît un ordre de préséance, il appartiendrait d'abord aux juridictions suprêmes de rechercher une interprétation jurisprudentielle de la loi conforme aux exigences constitutionnelles (ce qui confirme les thèses qui les présentent comme juridictions constitutionnelles de droit commun). Il lui reviendrait ensuite de vérifier la constitutionnalité de la jurisprudence établie par les Cours au regard de sa propre jurisprudence, du moins si les Cours suprêmes veulent bien toujours l'en saisir, ce qui reste à démontrer alors que le nombre de QPC ne cesse aujourd'hui de baisser¹⁵⁴. En effet, le Conseil constitutionnel ne paraît disposer d'aucun levier institutionnel pour imposer cette hiérarchie entre lui et les cours suprêmes.
- 83 Le deuxième exemple relatif à la consolidation des hiérarchies à l'intérieur des ordres juridictionnels concerne l'ordre juridictionnel administratif que le Conseil constitutionnel conforte en considérant que la compétence du Vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative ne méconnaît pas le principe d'impartialité des juridictions et le droit à un recours juridictionnel effectif consacrés par l'article 16 de la DDHC¹⁵⁵. On notera ici que le Conseil d'État est à l'origine du renvoi d'une QPC qui porte sur la question de sa propre impartialité. Bien lui en a pris puisque le Conseil constitutionnel a conclu que loi confiant au vice-président du Conseil d'État le soin d'établir une charte de déontologie est conforme à la Constitution.
- 84 Les arguments du requérant méritent d'être rappelés. Il « reproche aux dispositions contestées de confier au vice-président du Conseil d'État la compétence pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative. Il fait valoir que celui-ci préside la juridiction susceptible d'être appelée à statuer sur la légalité de cette charte et qu'il participe à la désignation de plusieurs membres du collège de déontologie chargé de formuler un avis sur celle-ci. En outre, selon le requérant, compte tenu de ses prérogatives à l'égard des membres du Conseil d'État, le vice-président serait

susceptible d'exercer une influence sur les membres de la formation de jugement. Il en résulterait une méconnaissance du principe d'impartialité des juridictions et du droit à un recours juridictionnel effectif »¹⁵⁶.

- 85 S'agissant de la deuxième branche du moyen relative aux pouvoirs du vice-Président du Conseil d'État sur la nomination ou la carrière des membres de la juridiction administrative, le Conseil constitutionnel balaie l'argument : « les garanties statutaires reconnues à ces derniers par le CJA assurent leur indépendance à son égard ». Cette question rejoint celle qui a été évoquée au sujet de la décision 2011- 120 QPC du 8 avril 2011 relative à la non prise en considération des jurisprudences constantes du juges du fond (voir *supra*).
- 86 Sur la première branche du moyen relative à la présidence de la juridiction susceptible de statuer sur la légalité de la Charte, le Conseil constitutionnel répond sans surprise par le rappel des règles de déport applicables à ce genre de situation fixées aux L 131-3 et L 231-4 du code de justice administrative : « le vice-président du Conseil d'État et les membres du collège de déontologie membres de la juridiction administrative ne participent pas au jugement d'une affaire mettant en cause la charte de déontologie ou portant sur sa mise en œuvre ». Tout est bien qui finit bien. Le Vice-Président du Conseil d'Etat peut produire lui-même les règles de déontologie qui s'appliquent à la juridiction administrative, indice supplémentaire de sa puissance et de la très forte autonomie dont jouit cette institution en mesure de produire elle-même les règles auxquelles elle se soumet.
- 87 Une autre hiérarchie moins visible entre les ordres juridictionnels eux-mêmes se profile à travers l'analyse de cette décision. On l'a dit, un des atouts essentiels dont bénéficie le Conseil d'État, organe consultatif du Gouvernement, demeure son ascendant sur la confection des textes législatifs et réglementaires qui le concernent¹⁵⁷. Rien de tel pour la Cour de Cassation et l'ordre judiciaire. Au surplus, le Conseil d'État est régulièrement amené à participer à la confection des textes qui portent sur l'autorité judiciaire dans l'exercice de sa fonction consultative et à statuer sur les litiges relatifs au fonctionnement du service public de la justice. En somme, des deux Cours qui portent la QPC devant le Conseil constitutionnel, une semble plus suprême que l'autre¹⁵⁸. Cette disparité entre les deux ordres juridictionnels n'est qu'un indice supplémentaire de la vigueur d'une conception française de l'organisation de la justice que la jurisprudence QPC s'emploie à préserver tout en la rendant compatible avec les droits procéduraux des justiciables qu'elle consacre sur le fondement de l'article 16 de la DDHC.

NOTES

1. Je remercie chaleureusement Charlotte Girard et Patricia Rrapi pour leurs relectures et leurs commentaires. Les publications en ligne citées dans ce travail ont été consultées pour la dernière fois le 13 juillet 2021.

2. Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*. La Découverte, 2018, pp. 55-70.

3. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975.
4. Sur l'influence d'une partie de la doctrine et la promotion de cette politique jurisprudentielle, v. Régis Fraisse, Conseiller d'État et ancien membre du service juridique du Conseil constitutionnel, in « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44, Juin 2014, p. 15.
5. Lycette Condé, « Juges français et juges européens : un ou plusieurs corps et une ou plusieurs voix pour dire les règles communes ? », Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven, *Les désunions de la magistrature (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles)*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, pp. 485-546, <http://books.openedition.org/faraway.parisnante.fr/putc/9144>.
6. Sur l'application des principes directeurs du procès et des exigences du procès équitable aux procédures administratives, à travers l'affirmation d'un droit à une bonne administration de la justice (article 41 de la Charte des droits fondamentaux) et particulièrement dans le champ de la concurrence et des procédures de régulation. Loïc Cadiet, Jacques Normand, Soraya Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Puf, 2020, pp. 220-221.
7. Sur la distinction entre droit processuel et droit juridictionnel, v. Jérôme Roux, « Droit constitutionnel processuel », *Fascicule Juris-classeur administratif* 1455 - mars 2016, p. 3 §4.
8. v. Sur ce point, Isabelle Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, novembre, p. 73-87.
9. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980 et CC 86-224 DC, 23 janvier 1987.
10. CC 88-244 DC, 20 juillet 1988 ; CC 2003-484 DC, 20 novembre 2003, cons. 94 ; sans retracer ici toute l'évolution qui a conduit le juge constitutionnel à enfermer la compétence du juge judiciaire dans le périmètre de la « privation de liberté », on a montré la vigueur de cette interprétation dans les décisions récentes du Conseil constitutionnel relatives à l'état d'urgence ; V. Isabelle Boucobza, « Quel juge pour l'état d'urgence », in Stéphanie Hennette Vauchez (dir.), « Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence », rapport de recherche remis par le CREDOF au Défenseur des droits, février 2018, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17814
11. La décision CC 80-119 DC, 22 juillet 1980 consacre le principe de l'indépendance des juridictions explicitement sur le fondement de l'article 64 de la Constitution pour les juridictions judiciaires et sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) pour les juridictions administratives. Les commentateurs dans les « Grandes décisions du Conseil constitutionnel » la présente néanmoins comme relevant de l'article 16 de la DDHC ; v. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, in Patrick Gaia et alii Commentaire la Dalloz, 19^{ème} ed., 2018, p. 100.
12. La vision de la justice judiciaire comme un service public dont l'organisation relève de la compétence de la juridiction administrative a été consacrée très tôt dans la jurisprudence du Tribunal des conflits, seul l'exercice de la fonction juridictionnelle est exempté de celle-ci (T. confl. 27 nov. 1952, préfet de la Guyane).
13. V. par exemple, l'avis formulé à la demande du gouvernement à propos du statut des membres de la future inspection générale du ministère de la justice résultant du projet de fédération des inspections du ministère de la justice. Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État, Séance du jeudi 19 février 2009, n° 382.293.
14. Par exemple, v. 2017-680 QPC du 8 décembre 2017.
15. Conseil d'Etat, 16 avr. 2010, n° 320667, Association Alcaly et a.
16. Michel Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *Analisi e diritto* 1999, p. 131.
17. Sur les 236 décisions relatives au fonctionnement de la justice, la Cour de cassation est celle qui est la plus grande pourvoyeuse de décisions en la matière 138 pour 98 du côté du Conseil d'Etat.

18. Jean-Louis Debré, « Discours de clôture », Colloque du cinquantième du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, hors-série, 2009, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 9 : « Je suis résolu à donner une impulsion nouvelle à cette évolution vers la 'juridictionnalisation' du Conseil » ; « Debré : le Conseil Constitutionnel est devenu une sorte de "Cour suprême" », entretien accordé au journal *Le Point*, le 27/10/2010 ; Laurent Fabius, Discours tenu à l'occasion du 60^e anniversaire de la Constitution, 2018, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 3 : « Cette évolution se poursuit avec dorénavant la pleine juridictionnalisation du Conseil constitutionnel ». v. enfin plus récemment « La QPC, une 'révolution de velours' au service du citoyen, pour Laurent Fabius », *Challenges*, 2 mars 2020.

19. CEDH 23 nov. 2010, Moulin c. France, n° 37104/06. Cet arrêt de la Cour de Strasbourg a nourri les arguments en faveur d'une réforme du statut du parquet afin qu'il bénéficie des mêmes garanties d'indépendance que les magistrats du siège ; v. par exemple, Jean-Claude Marin, « Réflexions sur le statut du magistrat du parquet », Allocution de clôture du Colloque « *Le statut du magistrat* », https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/archives_discours_7083/marin_procureur_7116/magistrat_parquet_33320.html

20. A cet égard, Hélène Hoepffner constate que « depuis presque vingt ans, le Conseil d'État est dans la tourmente. Tourmente européenne d'abord qui a conduit à une réorganisation partielle de la procédure contentieuse aux fins de satisfaire les exigences du procès équitable mais qui n'a pas conduit à remettre en cause son dualisme fonctionnel historique ». Hélène Hoepffner, « Chronique de droit public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 44, no. 3, 2014, pp. 133-152. Pour le détail des jurisprudences européennes qui ont déstabilisé le Conseil d'État, voir infra, note

21. Selon Régis Fraisse, le Conseil constitutionnel « ne pouvait rester sans réagir » et devait « éviter le déclin » face à l'expansion du contrôle de conventionnalité de la loi par les juridictions administratives et judiciaires. Il souligne que certains membres de la doctrine (et certains auteurs de saisine, eux-mêmes conseillés par la doctrine) ont milité auprès du juge constitutionnel pour le développement de cette jurisprudence créatrice. Il dit ne pas pouvoir les citer tous mais évoque notamment les travaux de François Luchaire, Bertrand Mathieu et Thierry Renoux. Il conclut que le Conseil constitutionnel « n'a plus à rougir face aux standards internationaux, dont le Conseil constitutionnel s'est inspiré », in « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés » *op.cit.*, p. 15.

22. Le choix de faire appel à cette notion peut sembler éluder la dimension substantielle et pas seulement formelle ou procédurale qui paraît attachée à certains principes qui participent de la définition des droits des justiciables, comme le principe d'égalité devant la justice. On retrouve ce mélange entre dimension formelle/procédurale et dimension substantielle dans la formule phare du droit conventionnel à un « procès équitable ». L'autre formule possible des « droits processuels » a été écartée ici en raison de l'importance des cas où le Conseil constitutionnel reconnaît des droits procéduraux en dehors même du procès et des organes dits de justice.

23. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989.

24. Marc Guillaume, « QPC et Convention européenne des droits de l'homme », NCCC 2011, n° 32, p. 87.

25. CC 93-335 DC, 21 Janvier 1994 ; CC 96-373 DC, 9 avril 1996, première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel cite intégralement l'article 16 de la DDHC.

26. CC 88-248 DC, 17 Janvier 1989, en en faisant un PFRLR.

27. CC 2003-466 DC, 20 février 2003.

28. CC 2006-540 DC, 27 juillet 2006.

29. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989.

30. Patrice Spinosi évoque une construction progressive et casuistique de la notion de procès équitable et évoque à son sujet « un résultat pour le moins impressionniste », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, *op.cit.*, p. 23

31. Jérôme Roux, *Droit constitutionnel processuel*, op.cit., p. 5 §10.
32. Le droit à exercer un recours juridictionnel effectif est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peut être invoqué à l'appui d'une QPC ; v. notamment 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, cons. 33 ; 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, cons. 3 ; 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, cons. 3. A ce droit s'ajoute celui d'obtenir l'exécution des décisions de justice, 2014-455 QPC, 6 mars 2015, cons. 3. ; en 2017, le Conseil étend le principe de publicité des débats à tous les jugements d'une affaire pénale 2017-645 QPC, 21 juillet 2017.
33. S. Guinchard et alii *Droit processuel - Droits fondamentaux du procès* - 6e éd, Dalloz, 2019, p. 559, § 298.
34. Jérôme Roux, *Droit constitutionnel processuel*, op.cit., p. 47, § 99.
35. Régis Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés », op.cit. p. 17.
36. 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, cons. 4 ; 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cons. 24.
37. 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, cons. 4 ; 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, cons. 7.
38. 2011-168 QPC, 30 septembre 2011, cons. 4.
39. « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. Sont garantis par cette disposition, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire ». 2016-569 QPC, 23 septembre 2016 cons. 6., 2015-500 QPC - 27 novembre 2015.
40. 2018-704 QPC du 4 mai 2018, 2017-694 QPC du 2 mars 2018.
41. Laure Milano, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Titre VII*, vol. 3, no. 2, 2019, pp. 60-69.
42. « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles », 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, cons. 3 ; voir aussi 2010-76 QPC, 3 décembre 2010, cons. 8.
43. 2010-110 QPC, 25 mars 2011, cons. 3. ; 2012-250 QPC, 8 juin 2012, cons. 3.
44. Selon David Szymczak, « Le procès constitutionnel se trouve désormais largement soumis aux exigences de l'article 6 § 1 CEDH, l'obligation faite au Conseil constitutionnel de respecter les standards du procès équitable normalisant ainsi sa situation en regard des autres cours constitutionnelles européennes, de même qu'elle le légitime en tant que juridiction », in « L'eupéanisation des griefs d'inconstitutionnalité : Les droits-garanties dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel », in Xavier Bioy, Xavier Magnon, Wanda Mastor et Stéphane Mouton (dir.), *La QPC façonnée par ses acteurs : quelle tendance ?*, Toulouse, juin 2012, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 39, p. 259 (nous soulignons).
45. « Signe de l'influence prépondérante du droit européen : lorsqu'une décision concerne un droit fondamental du procès, la Cour de cassation comme le Conseil d'État citent plus volontiers la Convention que la Constitution », in Rudy Laher, *L'apport de la QPC en droit processuel*, in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, Dalloz, 2020, p. 207. On pourrait ajouter qu'il en est de même dans la plupart des manuels de droit processuel.
46. La juridiction administrative avait déjà tiré les conséquences des arrêts de la CEDH soit parce que qu'elle avait constaté la violation de la Convention, soit pour prévenir d'autres potentielles violations. Les évolutions procédurales les plus connues concernent la présence du rapporteur public au délibéré des formations de jugement et celle consacrant la séparation des activités consultatives et contentieuses des membres du Conseil d'Etat par des règles de déport. Les nouvelles règles relatives à la présence du rapporteur public au délibéré des formations de jugement (décret du 1^{er} août 2006) prennent ainsi en considération l'arrêt de la CEDH du 12 avril 2006, *Martinie c/ France*. Les règles relatives à la composition des formations de jugement du Conseil d'Etat ont été prises à la suite des l'arrêt *Procola* du 28 septembre 1995 et *Sacilor Lormines c/ France* (issues du décret du 6 mars 2008).

47. 2017- 680 QPC, du 8 déc. 2017.
48. CEDH 13 octobre 2009 Brusco c/France, req. n° 1466/07.
49. CEDH 18 mars 1997, Foucher c/ France, req. n° 22209/93.
50. « Malgré les apparences, (...) la décision QPC du 18 mars 2015 ne vise pas, dans ce domaine particulier, à aligner la motivation du Conseil sur celle de la CEDH afin de donner une pleine cohérence aux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Bien au contraire la divergence persiste avec la Cour européenne et tient au refus du Conseil de consacrer le *principe non bis in idem* et à la portée étroitement circonscrite donnée à l'interdiction de cumul qu'il énonce ». F. Sudre, « Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », in JCP- G - n° 13 - 30 mars 2015, v. également la décision QPC 2018-745, le Conseil a refusé de saisir la Cour d'une demande d'avis issue du protocole n° 16, en particulier sur « la nécessité, sur le fondement de l'article 4 de ce protocole, que le législateur précise les actes et omissions susceptibles de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions, ainsi que sur la conformité des dispositions contestées à ce même article 4 et sur la nécessité (...) ».
51. Mustapha Afroukh, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité », in *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'Homme*, Romain Tinière (dir.), Anthemis, Bruxelles, 2017, p. 34 et 35. ; voir aussi du même auteur, « Les rapports entre la QPC et le contrôle de conventionnalité », in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, *op.cit.*, p. 14
52. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/mars-2014-le-controle-des-validations-legislatives>
53. Mustapha Afroukh, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité, *op. cit.*
54. *Ibid.* Selon l'expression d'Ariane Vidal-Naquet, v. « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? », in *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, sous la direction de P. Gaïa et A. Vidal-Naquet, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM, 2016, pp. 27-39.
55. Bruno Genevois, « L'application du principe d'impartialité, À propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », *op.cit.*
56. V. Hélène Surrel, « Chronique de CEDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 40, no. 3, 2013, pp. 227-231.
57. Rudy Laher, *L'apport de la QPC en droit processuel*, in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, *op.cit.* p. 221.
58. Emmanuel Jeuland, *Droit processuel général*, 4^{ème} ed. LGDJ, 2018, p. 235.
59. Bruno Genevois, « L'application du principe d'impartialité, À propos de la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 », *op.cit.* ; v. aussi les propos de Jean-Marc Sauvé dans une intervention relative à la « régulation » qui affirme : « le Conseil d'Etat veille au respect des principes constitutionnels ou, ce qui revient au même ou presque, de ceux qui résultent de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-regulation#_ftnref53
60. Selon Régis Fraisse, l'article 16 peut être « activité en tant que garantie des droits » (il cite les décisions 93-335 DC et 96-373 DC, ou « en tant que séparation des pouvoirs (il cite les décisions 88-248 DC et 92-316 DC), v. « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés ». *Op. cit.* p. 11 ; Selon Jérôme Roux, le Conseil a délaissé le droit constitutionnel au procès équitable aux « dénominations variées et à la substance incertaine » et se fonde sur « le principe plus général de la garantie des droits » ; « La jurisprudence du Conseil constitutionnel - mise en perspective avec la CEDH - sur les validations législatives et les autres lois rétroactives », in Titre VII, n° 5 - octobre 2020 ; v. également le commentaire réalisé par T. S. Renoux sous l'article 16 dans le *Code constitutionnel* (avec Michel de Villers et Xavier Magnon), Litec, ed. 2019, p. 462 : « Non seulement il convient de rattacher à la garantie des droits les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions (...), ceux du droit au recours juridictionnel, du droit à l'aide

juridictionnelle, des droits de la défense, mais également tous ceux liés à la sécurité juridique (...) Entendu en ce sens, l'article 16 pourrait être la source unique de toutes les exigences constitutionnelles protégeant les droits du justiciable ».

61. 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, cons. 14 à 16 ; 2011-118 QPC, 8 avril 2011, cons. 7.

62. 2010-102 QPC, 11 février 2011, cons. 3 et 4, 53.

63. Comme le rappelle Cédric Roulhac qui explique la préoccupation des révolutionnaires pour les règles de compétence : « c'est d'une certaine combinaison entre les organes et les fonctions que devait résulter la protection contre l'arbitraire, et la garantie au sein de l'association politique des droits et libertés naturels de l'homme », Cédric Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, <https://doi.org/10.4000/revdh.741>

64. 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, Par exemple, la méconnaissance de la procédure parlementaire ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

65. 2010-100 QPC du 11 février 2011 cons. 5 : « Considérant qu'en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». « La méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». 2016-555 QPC, 22 juillet 2016, cons. 9.

66. 2016-555 QPC, 22 juillet 2016, cons. 15.

67. A ce sujet, la lourdeur financière des sanctions encourues par les entreprises qui contreviennent aux règles dont les AAI assurent le respect a été évoquée au Conseil constitutionnel dans une série d'échanges sur le thème général de « l'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable » : aux yeux de Denis de Béchillon, « lorsque vous exposez une entreprise à des sanctions qui peuvent être de l'ordre de la centaine de millions d'euros voire plus, vous ne pouvez pas lui demander de prendre à la légère la perception qu'elle a de la manière dont le procès dont elle est l'acteur va se dérouler puisque c'est bien d'un procès qu'il s'agit. « Encore une fois, les entreprises jouent gros et sont légitimes à exiger un procès équitable et perceptible comme tel ». v. « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable ». Conseil constitutionnel, jeudi 5 avril 2012 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/4 (n° 37), p. 157-180.

68. CC 86 217 DC du 18 septembre 1986

69. CC 88-248 DC, 17 janvier 1989 cons. 35. A propos des sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel : « une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense » et « que ces exigences concernent non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

70. La gravité ne guide pourtant pas toujours l'application des principes de la procédure pénale. v. en ce sens, la contribution de Patricia Rrapi dans ce numéro de la *Revue des Droits de l'Homme*, « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de 'sanction ayant le caractère d'une punition' dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité. <https://doi.org/10.4000/revdh.12744>

71. 2012-280 QPC, 12 octobre 2012 cons. 16 à 19 à propos de l'Autorité de la concurrence. Il s'en est suivi une jurisprudence fournie qui impose la séparation des fonctions de poursuite et de jugement aux autorités administratives indépendantes. V. également 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, cons. 12, à propos de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; 2015-489 QPC, 14 oct. 2015 ; 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017 ; 2017-675 QPC, 24 novembre

2017 ; 2019-798 QPC du 26 juillet 2019 (pour cette dernière, l'autorité de lutte contre le dopage relève de la même catégorie institutionnelle des AAI mais s'il ne s'agit pas d'une autorité de régulation économique).

72. Voir les débats sur les jurisprudences CEDH, 27 fév. 1992, *Stenuit c/ Franc* ; CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France* ; CEDH, 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*.

73. CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*. Pour les jurisprudences françaises, v. Ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury*, *Bull. Ass. plén.*, n° 1, p. 1 et CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*.

74. Dans ce domaine, une autre bataille s'est jouée entre Cour de Cassation et Conseil d'Etat, la première ayant été à l'origine de la tendance à appliquer systématiquement aux AAI l'exigence de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sur la base de l'article 6 de la CEDH. Le Conseil d'Etat a un temps résisté puis s'est aligné sur cette ligne jurisprudentielle que certains auteurs associent à l'activisme du juge judiciaire ainsi qu'à la stratégie de contestation de la régulation par des avocats d'affaires.

75. 2012-280 QPC, 12 octobre 2012 cons. 16. Nous soulignons.

76. 2013-331 QPC, 5 juillet 2013 cons. 9. À la suite de cette censure, l'ARCEP a adopté un nouveau modèle de séparation des fonctions avec une spécialisation du collège.

77. Dominique Rousseau, « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC* 2013/34, n° 2240 ; *Chronique de jurisprudence – A. Roblot-Troizier – G. Tusseau – RFDA* 2013. 141 ; Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », in *RFDA* 2014 p.1119

78. V. également la définition de l'expression « juridictionnalisation de la régulation » proposée par Marie-Anne Frison Roche : « un comportement, propre au juge en ce qu'un juge ne décide qu'au terme d'un procès, manière de faire qui s'est propagée à l'ensemble du système. En effet, non seulement les procès en eux-mêmes sont devenus des éléments essentiels des stratégies des opérateurs et de leurs anticipations schématisées par la théorie des jeux (voir *Ex ante* et *Protection juridique des opérateurs*), mais encore, les autorités de régulation, alors même qu'il ne s'agit que d'autorités administratives, se comportent désormais comme des tribunaux ». in *Les 100 mots de la régulation*, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 5-126.

79. Nous soulignons. 2012-280 QPC 12, octobre 2012, cons.19.

80. Nous soulignons. 2015-489 QPC, 14 octobre 2015.

81. V. le commentaire officiel de la décision sur le site du Conseil constitutionnel.

82. 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017.

83. V. Le commentaire officiel de la décision sur le site du Conseil constitutionnel. Nous soulignons.

84. « Le bilan des dix premières années de pratique de cet instrument, dont les opérateurs économiques se sont pleinement saisis, met surtout en évidence les signes d'une consolidation en profondeur des dispositifs et stratégies de régulation économique ». in « QPC et économie », *Titre VII*, octobre, 2020, pp. 271-289.

85. Selon Jean-Marc Sauvé, « La question du respect des droits fondamentaux des opérateurs économiques par les autorités administratives est essentielle pour deux raisons : les entreprises ont des droits qui ne sauraient être méconnus et les autorités publiques ayant un pouvoir de régulation ou de sanction économiques ont un réel besoin de sécurité juridique pour accomplir leur mission d'intérêt général ». Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat le 12 octobre 2012 lors du colloque de la Société de législation comparée à Paris au Conseil d'Etat.
<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/autorites-administratives-droits-fondamentaux-et-operateurs-economiques>.

86. Selon Pascale Idoux, « Parmi les facteurs de normalisation, l'on peut d'abord citer la jurisprudence constitutionnelle, qui a balisé le travail législatif en énonçant les conditions de compatibilité du phénomène avec les règles juridiques fondamentales », in « Des interrogations

classiques renouvelées dans un contexte européenisé. Présentation du dossier », *Droit et société*, vol. 93, no. 2, 2016, pp. 275-283.

87. Dans le commentaire de la décision du 12 octobre 2012, on peut lire : « il est dans la logique même des AAI de se voir conférer à la fois un pouvoir de régulation et un pouvoir de sanction ».

88. Loïc Cadiet, Jacques Normand, Soraya Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op.cit.* p. 219

89. Au sujet de la décision 2019-798 QPC du 26 juillet 2019, Pascale Deumier remarque que « La jurisprudence constitutionnelle tente d'assurer un équilibre difficile entre le respect des principes processuels et la logique d'efficacité sur laquelle reposent les autorités de régulation », *Procédures*, n° 1 - janvier 2020.

90. « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable. Conseil constitutionnel, jeudi 5 avril 2012 », *op.cit.* p. 158.

91. Jean-Louis Dewost, Bruno Lasserre, Robert Saint-Esteben, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/2 (n° 35), p. 187-219.

92. *Op.cit.*, p. 151

93. *Ibid.*, p. 151

94. Martin Collet, « Sanctions administratives et article 6 de la CEDH », *JCP A* 2013, 2077.

95. On pense ici aux conflits d'intérêts qui pourraient surgir quand certains membres des AAI ont rejoint des entreprises qu'ils étaient chargés de réguler. Thomas Perroud, « Le statut général des AAI », *JCP G*, 2017, 133.

96. Françoise Dreyfus, « Les autorités administratives indépendantes : de l'intérêt général à celui des grands corps », in E. Cadeau (dir.), *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004.

97. V. plus largement le rapport de recherche *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, Antoine Vauchez, Directeur de recherche au CNRS, Centre européen de sociologie et science politique, Université Paris 1-Sorbonne, <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/juges-regulateurs-et-deontologues-politiques-de-lindependance-et-nouvelles-formes-dautorite-politique/>

98. Stéphane Braconnier « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDP*, 2014, p. 261.

99. v. également sur ces questions Emmanuel Jeuland, *Droit processuel général*, *op.cit.*, p. 144 et s.

100. « La Constitution reconnaît deux ordres de juridiction au sommet desquels sont placés le Conseil d'État et la Cour de cassation. », 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, cons. 35.

101. Le Conseil d'État et la Cour de cassation sont les juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution. 2009-595 DC, 3 décembre 2009, cons. 3.

102. CC 86-224 DC, 23 janvier 1987.

103. V. la décision 2015-527 QPC, 22 déc. 2015 Cette jurisprudence révèle de manière criante ce processus de restriction du champ de la liberté individuelle à l'initiative du Conseil constitutionnel. Pour ce dernier, les assignations à résidence qui interdisent à la personne visée de quitter son domicile pendant un temps prédéterminé ne sont pas qualifiées de privation de liberté individuelle au sens de l'article 66 lorsqu'elles ne dépassent pas les douze heures par jour définies dans la loi. Autrement dit, ce n'est qu'au-delà de ce seuil qu'il y a atteinte à la liberté individuelle et, dès lors, compétence de l'autorité judiciaire. v. aussi, 2017-674 QPC, 1er déc. 2017 et 2020-800 QPC, 11 mai 2020.

104. V. 2010-71 QPC, 26 nov. 2010. Cette décision prévoit, en cas d'hospitalisation à la demande d'un tiers, l'intervention automatique du juge judiciaire dès lors que l'hospitalisation sans consentement se prolonge au-delà de quinze jours ; v. aussi 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011 pour les hospitalisations dites d'office, c'est-à-dire celles qui dérivent d'une autorisation

préfectorale ; v. 2011-202 QPC, 2 déc. 2011, s'agissant des « placements volontaires » décidés par le directeur d'un établissement psychiatrique à la demande d'un tiers ; v. la jurisprudence qui interdit que la décision du juge ordonnant la sortie immédiate d'une personne déclarée pénalement irresponsable soit subordonnée à l'avis favorable de deux médecins, cet avis ne pouvant contraindre les pouvoirs attribués aux juges par l'article 66 de la Constitution. 2011-185 QPC, 21 oct. 2011 ; V. aussi les jurisprudences qui sont intervenues à la suite de l'adoption de la loi du 5 juillet 2011 adoptée en raison des censures du 26 nov. 2010 et du 9 juin 2011 par lesquelles le Conseil constitutionnel considère que le législateur a satisfait aux exigences de l'article 66, en limitant l'intervention du juge de la détention et de la liberté uniquement aux situations dans lesquelles une personne est soumise à des soins psychiatriques sans son consentement sous la forme d'une « hospitalisation complète » et non « sous une autre forme incluant des soins ambulatoires », v. par exemple 2012-235 QPC, 20 avril 2012.

105. 2010-71 QPC, 26 nov. 2010. Nous soulignons.

106. Ce considérant issue de la décision 2010-71 QPC, 26 nov. 2010 se répète dans plusieurs décisions suivantes.

107. CEDH 12 juill. 2016, n° 56324/13.

108. 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 - Décision de renvoi Cass.

109. 2019-807 QPC, 4 octobre 2019, cons. 9.

110. *Ibid.* cons. 14.

111. *Ibid.* cons. 11.

112. v. sur ces différentes questions, Isabelle Boucobza, « Quel juge pour l'état d'urgence », in Stéphanie Hennette Vauchez (dir.), « Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence », *op.cit.*

113. *Ibid.*

114. Patricia Rrapi « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de 'sanction ayant le caractère d'une punition' dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité, *op.cit.*

115. Emmanuel Cartier et Jean-Philippe Derosier soulignent en 2018 « le contexte actuel qui connaît à la fois un renforcement de la logique sécuritaire et une extension des prérogatives du juge administratif le plaçant au même titre que le juge judiciaire, à l'interface de la garantie effective des droits et libertés fondamentaux. » in « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Titre VII*, vol. 1, no. 1, 2018, pp. 63-71 ; v. également Isabelle Boucobza et Stéphanie Hennette-Vauchez, « L'état d'urgence dans la durée : comédie dramatique en plusieurs actes », in *La Revue des droits de l'homme*, <https://doi.org/10.4000/revdh.3255>

116. 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010 et 2011-125 QPC, 6 mai 2011.

117. Cour de cassation – Chambre criminelle, 15 décembre 2010, M. P. X., n° 10-83 674.

118. CJUE 12 déc. 2019, aff. jtes C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, pt 54.

119. Au sens du statut de la magistrature, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

120. Daniël Soulez-Larivière, *Grand Soir pour la justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 103.

121. Au-delà de la justification contemporaine de la soumission du parquet à l'exécutif fondée sur son rôle dans la mise en œuvre d'une politique pénale gouvernementale à partir de sa fonction de poursuivre, les prérogatives du Ministère public ont toujours dépasser ce cadre. Le parquet exerce des prérogatives nombreuses et importantes en matière civile, complétant parfaitement ses attributions pénales dans la défense de l'ordre public et la protection des libertés individuelles. Ainsi, citant M.L. Rassat, J. Volff estime que « en toute matière le rôle du M.P. consiste principalement à interpréter la loi pour bien la défendre et en assurer l'exacte application ». L'appartenance du parquet à la magistrature le met dans une position privilégiée pour bien la défendre auprès du juge. Jean Volff, *Le Ministère Public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998, p. 26-27.

122. Au sujet du projet de loi antiterroriste préparé en janvier 2016 par le gouvernement Valls, Pascal Beauvais affirme « qu'il consacre un impressionnant renforcement du pouvoir exécutif par rapport aux prérogatives traditionnelles des pouvoirs législatif et judiciaire en matière de répression, et interroge sur la séparation des pouvoirs en France. (...) » « Il privilégie le procureur par rapport au juge judiciaire » et accroît « les pouvoirs coercitifs de police administrative (avant toute commission ou tentative d'infraction), notamment du préfet, sous le contrôle des juridictions administratives, comme le Conseil d'Etat ». Pascal Beauvais, « Loi antiterroriste : Un impressionnant renforcement du pouvoir exécutif », *Libération*, 7 janvier 2016.

123. Arnaud Botton, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », in *AJ Pénal*, 2016 p.562

124. Voir l'exposé des motifs de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

125. Article 31 du Code de procédure pénale : « le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ». au considérant 12 de la décision 2017-680 QPC. Article 39-3 du Code de procédure pénale, « les investigations réalisées par le procureur de la République tendent à la manifestation de la vérité et sont accomplies à charge et à décharge ».

126. « Pour les pénalistes en revanche, l'impartialité ne garantit l'indépendance d'une autorité qu'à l'égard des parties, ce qui permet traditionnellement de la distinguer de l'indépendance *stricto sensu* s'exerçant, quant à elle, vis-à-vis des autres pouvoirs Arnaud Botton « Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants », *La lettre juridique* n° 727 du 18 janvier 2018, <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/44688310-jurisprudence-les-magistrats-du-parquet-des-subordonnes-independants>

127. Aliénor Godfroid ; Claire Liberge ; Laurine Tournel, « Indépendance du Parquet : mythe ou réalité ? », JP blog [En ligne], 13 septembre 2018

128. Emmanuel Jeuland, *Droit processuel général*, op.cit., p. 314

129. Patricia Rrapi « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de 'sanction ayant le caractère d'une punition' dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité, op.cit.

130. Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

131. Article 64 de la Constitution.

132. Au moment de la rédaction de la Constitution de 1958, Michel Debré avait déclaré à propos de la possibilité d'intituler le titre VIII de la Constitution « De l'indépendance de la magistrature » : « Par magistrature j'entends ici la magistrature judiciaire, car à mon avis, la magistrature administrative n'existe pas : il y a seulement des fonctionnaires administratifs qui occupent les fonctions de juge *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution (DPS)*, vol. 11, Paris, 1988, p. 164.

133. CC 2011-626 DC, 29 mars 2011.

134. « ...le principe d'impartialité vient au soutien du principe d'indépendance et le complète ; il en résulte que comme celui-ci, 'le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juri-dictionnelles' ; mais les deux principes, quoique distincts, sont intimement associés dans la jurisprudence récente », in Patrick Gaia et alii *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Commentaire sous la décision CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, op.cit., p. 103.

135. Commentaire officiel de la décision 2012-180 du 12 octobre 2012.

136. CE 16 avr. 2010, Association ALCALY et a., req. n° 320667

137. Olivier Le Bot, « QPC : le dualisme fonctionnel du Conseil d'Etat validé... par le Conseil d'État », in *LPA* 28 juill. 2010, n° PA201014904, p. 11

138. Danièle Lochak, « Le juge administratif, protecteur des libertés », in *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 63.
139. 2017-624 QPC, 16 mars 2017, cons. 9 à 12.
140. Paul Cassia « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1162.
141. 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Cons. 4.
142. 2010-110 QPC, 25 mars 2010, cons. 5.
143. 2012-250 QPC, 8 juin 2012, cons. 5.
144. 2015-457 QPC, 20 mars 2015, cons. 6.
145. Cette juridiction administrative spéciale est chargée de réprimer les manquements des ordonnateurs et des comptables à leurs obligations.
146. 2014-423 QPC, 24 oct. 2014, cons. 10.
147. V. article L. 120-1 du Code des juridictions financières, « *Les membres de la Cour des comptes ont la qualité de magistrats. Ils sont et demeurent inamovibles* ».
148. Le Bot, Olivier, « Les membres du Conseil d'État bénéficient des garanties d'indépendance et d'impartialité », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 20 avril 2015, n° 16, 21-22.
149. 2010-39 QPC, 6 octobre 2010 cons. 2 ; 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, cons. 4 ; 2010-96 QPC, 4 février 2011, cons. 4.
150. « En se référant au droit vivant, la Cour constitutionnelle renonce à se demander quelle est l'interprétation de la loi soumise à son contrôle et s'en remet à celle qui en a déjà été dégagée par les juges ordinaires et, en particulier, par la Cour de cassation », Gustavo Zagrebelsky, Président honoraire de la Cour constitutionnelle italienne, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Cahier du conseil constitutionnel* n° 22, juin 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3137/pdf> ; v. aussi Valerio Onida, « L'attuazione del la Costituzione tra magistratura e Corte Costituzionale », in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè Editore, vol. IV, 197.
151. Cette idée transparaît dans un document du service des études de la Cour de Cassation intitulé « Présentation détaillée du dispositif de question prioritaire de constitutionnalité prévu par l'article 61-1 de la Constitution » : « Une répartition de compétences entre juridictions du fond et juridictions suprêmes peut ainsi s'articuler autour de la distinction entre le caractère « opérant » du moyen soulevé et son caractère « pertinent ». Au juge du fond reviendrait l'analyse essentielle de l'applicabilité au litige de la disposition législative attaquée (l'analyse du sérieux se limitant à un regard vigilant sur les moyens fantaisistes ou dilatoires), à la Cour de cassation l'analyse de la question de constitutionnalité en elle-même, consistant selon le rapporteur WARSMANN à vérifier si « une question de constitutionnalité se pose bel et bien ». Nous soulignons. v. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/outils_relatifs_3647 Cette position est également identifiable dans le cadre du rapport Urvoas en date du 27 mars 2013 : « La procédure de la QPC repose sur un double filtrage, le premier étant assuré par les juges du fond, le second par les juridictions suprêmes. Le mécanisme vise à faire en sorte que le Conseil constitutionnel ne soit saisi que des questions qui méritent véritablement qu'il les examine. » (Nous soulignons) v. Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, et présenté par M. Jean-Jacques Urvoas. v. https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#P312_90617.
152. En effet, depuis la fin des années 80, le Conseil d'Etat ne se contente plus de conseiller et de juger, il gère aussi l'ordre juridictionnel administratif, fonction autrefois conférée au ministère de l'intérieur. <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions/gerer-les-juridictions-administratives>
153. 2011- 120 QPC du 8 avril 2011, cons. 9.

154. v. le bilan statistique réalisé par le Conseil constitutionnel au 31 décembre 2020.

155. 2017-666 QPC, 20 octobre 2017.

156. 2017-666 QPC, 20 octobre 2017, cons. 2.

157. Sur la question de la maîtrise par le Conseil d'Etat de sa propre réforme, v. l'ouvrage de Pascale Gonod, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, 127 p.

158. Sur ce point, v. Pierre Delvolvé, « L'indépendance de la justice administrative et de la justice judiciaire : une comparaison », in *Mélanges en l'hommage d'Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, pp. 591-615.

RÉSUMÉS

Dans les années 1990, le Conseil constitutionnel développe une jurisprudence très inventive fondée sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec le soutien d'une partie de la doctrine qui l'incite à s'inspirer, sans le dire, des standards du procès équitable européen. L'hypothèse que l'on formule est que les nombreuses décisions QPC produites ces dix dernières années en matière de justice renforcent cette politique jurisprudentielle marquée par la volonté du Conseil constitutionnel de ne pas être marginalisé sur un terrain qu'il considère être le sien : la définition du rôle du juge dans la garantie des droits et libertés. A cette fin, il tente autant que possible de rester maître de la formulation des droits procéduraux des justiciables qu'il prétend tirer de l'article 16 et consolide une conception française de l'organisation de la justice qui n'est pas sans lien avec la « conception française de la séparation des pouvoirs » et le poids de la dualité de juridictions dans les institutions.

During the 90's, the French Constitutional Council produced a creative case law based on the article 16 of the French Declaration of the Rights of Man, so that it encompasses the European standards of the fair trial, with the support of some scholars. Many QPC cases in the last 10 years reinforce this case law politics. Doing that, the French constitutional judge thrives not to be rivalled in the field of Justice considered to be its own field. In order to remain the one defining the procedural rights stemming from the article 16, the Constitutional Council strengthens a traditional French idea of the ordering of Justice.

INDEX

Mots-clés : QPC, droits procéduraux, procès équitable, article 16 DDHC, garantie des droits, séparation des pouvoirs, dualité de juridictions, indépendance, impartialité, autorités de régulation

Keywords : judicial Review, article 16 of the french declaration of the rights of man, procedural rights, fair trial, constitutional rights, constitutional case Law, rule of Law, checks and balances, independence of the judiciary, independent administrative authorities

AUTEUR

ISABELLE BOUCOBZA

Isabelle Boucobza est Professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre, UMR 7074 CTAD-CREDOF