Les interprétations constitutionnelles des avocats de la QPC

Raphaël Paour

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/13450>

DOI : 10.4000/revdh.13450

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Raphaël Paour, « Les interprétations constitutionnelles des avocats de la QPC », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 07 janvier 2022, consulté le 27 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13450> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.13450>

Ce document a été généré automatiquement le 27 septembre 2022.

Tous droits réservés

Les interprétations constitutionnelles des avocats de la QPC

Raphaël Paour

Je remercie Judith Duperoy-Paour pour sa relecture.

- 1 L'institution d'une forme de contrôle incident de la constitutionnalité des lois avait notamment vocation à rapprocher les citoyens français de leur constitution. Faute d'avoir converti la population au patriotisme constitutionnel, la QPC aura au moins permis aux avocats de se saisir de la loi fondamentale. La révision de 2008 a ainsi assurément introduit un nouveau type d'acteur dans le cercle restreint des interprètes réguliers du bloc de constitutionnalité¹, un exégète qui se distingue des juges constitutionnels, des autorités de saisine du contrôle *a priori* et des universitaires, lesquels bénéficiaient jusque-là d'un quasi-monopole de l'interprétation constitutionnelle.
- 2 En effet, à la différence de ces acteurs, l'avocat est un interprète tout aussi *professionnel* qu'*opportuniste*. Si les juges et les universitaires font aussi de l'interprétation des textes leur métier, ils ne sont pas aussi systématiquement, aussi intrinsèquement, opportunistes. Car l'avocat l'est tant par obligation juridique que pour des raisons économiques. D'abord, il est juridiquement tenu d'employer tous les moyens de droit pertinents pour défendre les intérêts de son client, puisque sa responsabilité civile pourrait être engagée s'il s'en abstenait². Ensuite, sa réputation sur le marché particulièrement concurrentiel de l'avocature dépend en partie de ses performances, ce qui implique encore qu'il ne répugne pas à imaginer, puis à soutenir, toute interprétation de la constitution utile à la défense de sa clientèle³.
- 3 Les interprètes traditionnels de la constitution française sont plus bridés par leurs propres convictions et davantage contraints par les exigences de leur profession. L'avocat, lui, doit mettre son expertise juridique au service de l'opportunisme que lui commande son métier. Alors, avec leurs interprétations, les avocats ont-ils fait de la QPC un « supermarché des droits fondamentaux »⁴ ? Ont-ils soumis la constitution à des

usages regardés jusque-là contre-nature ? Ont-ils significativement contribué à une transformation des significations attribuées aux normes constitutionnelles ?

- 4 Ici, ce sont uniquement leurs interprétations de la constitution qui seront évoquées. Sur les questions de la perception de la QPC par les avocats et de leurs usages de cette procédure, il sera renvoyé aux travaux existants⁵. Il en ressort que tous les avocats n'ont pas acquis le fameux « réflexe constitutionnel », qu'il existe des experts – dont une majorité d'avocats au conseils⁶ – et des profanes. Il faudrait ajouter que beaucoup n'ont encore jamais sérieusement songé à déposer une QPC, alors qu'ils invoquent régulièrement la Convention européenne des droits de l'homme.
- 5 Les avocats de la QPC sont ceux qui interviennent devant les juges *a quibus*, devant les juges du filtre et bien sûr devant le Conseil constitutionnel. Ce sont aussi bien ceux qui « portent » la QPC que ceux qui la plaident. Lors de ces deux exercices, ils sont en effet amenés à interpréter la constitution, c'est-à-dire à indiquer le sens qui, selon eux, devrait être donné aux énoncés des différentes « sources du droit constitutionnel français »⁷. Au gré des dossiers, ils s'attachent à préciser le contenu de la norme et son champ d'application. Mais il leur faut également souvent déterminer si la norme invoquée est un droit ou une liberté, au sens de l'article 61-1 de la constitution, s'il s'agit d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et comment elle s'articule avec d'autres normes. L'acte d'interprétation est entendu ici de façon large : il ne consiste pas uniquement à déterminer la signification des énoncés du bloc de constitutionnalité, mais tend également à induire des normes d'un ensemble de textes constitutionnels, législatifs ou jurisprudentiels⁸. L'interprétation s'étend aussi aux actes par lesquels des normes nouvelles sont « rattachées » à des énoncés qui ont un autre objet⁹. Elle recouvre encore la détermination du sens de la jurisprudence, en particulier celle du Conseil constitutionnel¹⁰.
- 6 L'interprétation de l'avocat sera en tout cas regardée ici comme un véritable discours assignant expressément un contenu de sens à une source du droit. Par conséquent, lorsqu'une disposition constitutionnelle est uniquement citée et qu'il est simplement affirmé qu'elle s'applique au cas d'espèce, sans argument à l'appui, il sera considéré qu'elle n'est pas interprétée. Pour reprendre une distinction classique, interprétation s'entendra ici de l'interprétation *in abstracto*, qui consiste à identifier un contenu normatif, à l'exclusion de l'interprétation *in concreto*, laquelle revient à « subsumer un cas particulier sous le domaine d'application d'une norme préalablement identifiée *in abstracto* »¹¹.
- 7 Pour cerner les spécificités de l'interprétation constitutionnelle des avocats de la QPC ainsi définie, il conviendrait idéalement de se pencher de façon systématique sur les mémoires déposés devant les juges *a quibus*, les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel. Il faudrait aussi s'intéresser rigoureusement aux plaidoiries des avocats devant ces juridictions. Les observations qui suivent ne sont pas fondées sur l'exploitation de telles sources. Ces observations sont tirées de l'exercice, pendant une dizaine d'années, de la profession de collaborateur à plein temps au sein d'un cabinet d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation¹². Si elles ont été enrichies par la lecture de quelques mémoires rendus publics¹³ et le visionnage de nombreuses plaidoiries¹⁴, ces observations demeurent nécessairement partielles, comme l'est tout témoignage d'une expérience vécue.
- 8 En 2010, à l'orée de la QPC, Didier Le Prado, qui était alors président de l'ordre des avocats aux conseils, prévenait ses confrères : « Les praticiens devront désormais

songer dans chaque dossier à s'assurer de l'absence de contrariété entre les dispositions législatives en cause et le bloc de constitutionnalité ». Et il prédisait qu'une œuvre interprétative conséquente serait accomplie pour remédier à la « part d'inconnu » qui demeurerait au sujet des virtualités de la constitution. « En effet, poursuivait-il, les sources constitutionnelles textuelles sont d'une telle richesse que les développements jurisprudentiels auxquels elles peuvent donner lieu sont encore largement à découvrir.

¹⁵ »

- 9 Les avocats de la QPC ont indubitablement pris leur part dans ce travail d'interprétation. Et, à l'image de Patrice Spinosi recommandant au Conseil constitutionnel de consacrer le principe de solidarité¹⁶, ils ont contribué à plusieurs « découvertes ». Mais de semblables coups d'éclat ne sont que la face émergée de l'iceberg. Pour l'essentiel, si l'avocat de la QPC est un interprète opportuniste (I), il est également, à l'instar du Conseil constitutionnel lui-même, un interprète minimaliste (II).

I – L'avocat de la QPC, un interprète opportuniste de la constitution

- 10 Opportuniste par obligation comme par nécessité, l'avocat n'en est pas pour autant nécessairement cynique. Son opportunisme se combine même parfois très bien avec un honorable combat idéologique. Il réside simplement dans la recherche de procédés permettant de faire prévaloir les intérêts plus ou moins ponctuels des justiciables représentés. Devant les juges du fond, cela conduit par exemple l'avocat à ne verser au dossier que les pièces qui lui permettront d'établir un récit des faits se prêtant à une qualification juridique opportune. Cela lui impose évidemment de sélectionner habilement les textes invoqués, les précédents dont il se prévaut et les auteurs qu'il cite. Vis-à-vis de la constitution, il fait preuve d'un opportunisme interprétatif dont il faut préciser la notion (A) et signaler quelques manifestations (B).

A – La notion d'opportunisme interprétatif

- 11 L'opportunisme de l'avocat à l'égard des normes constitutionnelles peut être saisi au moyen d'une distinction entre deux types idéaux : « l'interprétation-instrument » et « l'interprétation-finalité ».
- 12 L'interprétation-instrument sert à justifier ou à obtenir une décision, par la voie de la persuasion. Elle n'est donc qu'un moyen au service d'une fin. Elle est utile, par exemple, pour motiver la censure de dispositions législatives ou, au contraire, pour faire apparaître la loi comme conforme à la constitution. Eu égard à son caractère instrumental, l'interprétation de ce type peut varier dans le temps, chaque fois que l'objectif de l'interprète l'exige. En effet, les interprétations successives d'une même disposition, puisqu'elles sont au service de fins changeantes, ne répondent pas, en principe, à une exigence de cohérence diachronique. Il en va différemment uniquement si l'inconstance de l'interprète limite sa capacité à atteindre les fins qu'il se fixe. L'interprétation-instrument relève enfin d'un discours dont la vocation est purement rhétorique, au sens où elle vise uniquement à persuader. Elle sert à assurer l'efficacité de la solution présentée comme découlant de l'interprétation retenue.

- 13 L'interprétation-finalité est au contraire une fin en soi. Elle est l'objectif visé par l'interprète qui estime par exemple que l'interprétation retenue est la plus juste, la plus avantageuse ou la mieux fondée. Par conséquent, sauf à ce que les valeurs de l'interprète, ses intérêts ou les circonstances changent, les interprétations de ce type demeurent constantes. Elles ne varient pas comme celles du premier type. Enfin, l'interprétation-finalité n'a pas une fonction rhétorique, comme l'interprétation-instrument, mais une fonction normative. Elle ne sert pas à favoriser une certaine solution qu'elle pourrait justifier, mais a vocation à guider elle-même les conduites.
- 14 Il s'agit là d'une distinction purement conceptuelle permettant d'opposer deux idéaux-types. Dans la pratique, les interprétations peuvent évidemment relever de l'une comme de l'autre catégorie dans des proportions variables.
- 15 Il n'est d'ailleurs pas aisé de déterminer l'idéal-type auquel les interprétations de la doctrine, des autorités de saisie du recours *a priori* ou du Conseil constitutionnel correspondent en général et pour l'essentiel. L'interprétation du juge par exemple peut avoir principalement vocation à justifier sa décision, comme elle peut constituer elle-même la finalité de la décision prise. Elle constitue la finalité de la décision quand un revirement de jurisprudence est opéré sans que la nouvelle solution ne soit appliquée, afin de neutraliser son effet rétroactif. L'essentiel n'est alors pas la décision prononcée, mais la norme établie par la nouvelle interprétation retenue.
- 16 À la différence des interprétations de la doctrine, du juge ou des saisissants, celle de l'avocat relève franchement du type idéal de l'interprétation-instrument. Il existe évidemment des avocats qui mènent des combats par-delà l'intérêt immédiat de leurs clients dans chaque affaire. Mais, de manière générale, la défense du client exige que tous les moyens pertinents soient employés à chaque fois et comme s'il n'y avait pas de lendemain.
- 17 La comparaison avec les autorités de saisine du contrôle *a priori* permet de mettre en évidence ce que cela implique. Lorsque les parlementaires déposent un recours, c'est bien souvent dans le but d'empêcher l'entrée en vigueur de la loi ou de certaines de ses dispositions. Dès lors, l'interprétation de la constitution sert à convaincre le Conseil constitutionnel de prononcer une décision de non-conformité. Cependant, dans leurs saisines, les parlementaires ne font pas feu de tout bois : la plupart du temps ils se limitent à invoquer des interprétations cohérentes avec les valeurs politiques qu'ils défendent. Ainsi la gauche s'abstient-elle de professer une conception extensive du droit de propriété, quand bien même cela pourrait constituer le fondement utile d'une déclaration d'inconstitutionnalité¹⁷. Les partis de droite quant à eux se gardent de recommander une lecture extensive des droits sociaux, alors-même que cela pourrait ponctuellement s'avérer pertinent pour barrer la route au législateur. L'opportunisme interprétatif de cette catégorie d'interprètes est en quelque sorte bordé idéologiquement autant que par des considérations stratégiques¹⁸.
- 18 Il en va différemment de l'avocat qui doit mettre de semblables considérations de côté. Même les cabinets qui ont la réputation de défendre des causes précises (la cause environnementale, celle des employeurs ou des salariés, celles des minorités, des collectivités territoriales etc.) conservent une clientèle hétérogène¹⁹. Quelques exemples pris délibérément parmi des cabinets connus pour défendre principalement certaines catégories de clients suffisent à le montrer.

- 19 Bien que la SCP Lyon-Caen & Thiriez ait la réputation d'être un cabinet « pro-salariés », elle n'en a pas moins défendu à une QPC dirigée contre les dispositions du code du travail qui excluent l'indemnité de précarité pour les contrats à durée déterminée dits d'usage²⁰. Et ce cabinet qui intervient régulièrement au profit de la CGT a également représenté l'Union populaire Républicaine, le parti politique de François Asselineau²¹, ainsi que la Fédération de l'hospitalisation privée²². Tandis qu'il défend les intérêts de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires²³, laquelle a pour mission de prononcer des sanctions en cas de dépassement des normes de pollution sonore et atmosphérique, il a dû, dans une autre affaire, déplorer l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence²⁴. La SCP Gatineau-Fattaccini et Rebeyrol, qui a souvent représenté le MEDEF et d'autres organisations professionnelles d'employeurs, a également compté parmi ses clients des syndicats comme la CFE-CGC ou la FSU, ainsi que différentes caisses primaires d'assurance maladie ou des Urssaf²⁵. La SCP Spinosi-Sureau est sans doute l'archétype du cabinet « entrepreneur de cause »²⁶. Il intervient au profit d'associations de défense des droits de minorités opprimées tels que la Ligue des droits de l'Homme, la Licra, la Cimade, le Mrap ou l'Observatoire international des prisons. Mais il assure également la défense de Sud radio²⁷, régulièrement accusée de distiller « à longueur d'ondes les thèses favorites de l'extrême-droite »²⁸ et il a souvent défendu à des QPC tendant à la reconnaissance de droits sociaux au profit des salariés²⁹. Naturellement, l'hétérogénéité des types d'intérêts représentés est bien plus importante encore dans les cabinets dont la clientèle est moins ciblée.
- 20 Il n'y a aucune contradiction pratique à défendre successivement un employeur puis un salarié ou une collectivité territoriale puis un administré, dans la limite du conflit d'intérêt. Et, sur le plan moral, c'est l'honneur des avocats que de pouvoir épouser temporairement la cause de leur client conformément à leur serment. Mais une certaine schizophrénie est nécessaire lorsqu'il faut se prévaloir d'une exigence constitutionnelle dans un dossier avant de contester son application dans un autre. Cela requiert en tout cas de pouvoir mettre ses scrupules à distance, ses préférences en silence et de rechercher sans affect les interprétations utiles pour le cas d'espèce.

B – Les manifestations de l'opportunisme interprétatif

- 21 Diverses théories de l'interprétation juridique décrivent l'obligation de cohérence qui s'applique au discours des juges. Dworkin par exemple considère que l'interprétation juridictionnelle est caractérisée par la recherche de ce qu'il appelle l'idéal d'intégrité³⁰. Les juges développeraient un discours qui s'apparenterait à cet égard à un roman écrit à la chaîne³¹. Chaque juge devrait émettre une décision qui n'innoverait que dans les limites tracées par les grands principes établis par les solutions passées, afin que les justiciables ne soient pas soumis à un droit incompréhensible, imprévisible et variable, afin surtout qu'ils soient traités avec une égale considération. Empruntant une démarche plus empirique, on peut cependant expliquer la tendance à la cohérence des décisions de justice comme le produit de contraintes plutôt que la conséquence de l'obligation évoquée par Dworkin. En effet, la capacité d'une norme jurisprudentielle à guider les conduites³², son acceptation par les justiciables et les autres organes³³ ainsi que des considérations relatives au rendement du juge appellent une forme de constance³⁴.

- 22 L'avocat, lui, n'est soumis ni à l'obligation énoncée par les théories normatives de l'interprétation ni aux contraintes identifiées par les approches empiriques. Précisément parce que ses interprétations ne s'imposent à personne, il a le luxe de pouvoir faire preuve d'incohérence. Si pour satisfaire le client, convaincre le juge et éviter de ternir la réputation du cabinet, il est certes recommandé que les mémoires déposés au cours d'une même procédure demeurent cohérents entre eux, le discours au long court de l'avocat que constitue l'ensemble de ses écritures et de ses plaidoiries peut être truffé de contradictions internes. Il peut ainsi faire preuve d'incohérence diachronique en retenant successivement des interprétations différentes, voire contradictoires, des mêmes énoncés constitutionnels. Il peut *a fortiori* se risquer à l'incohérence systémique en soutenant dans une affaire une solution incompatibles avec les principes proclamés dans une autre. Enfin, peu affecté dans l'exercice de son métier par les dissonances cognitives ou morales de son discours, l'avocat pourra encore invoquer au profit de certains types de clients des normes, des valeurs ou des arguments généralement mobilisés par leurs adversaires traditionnels.
- 23 Ainsi Xavier Dupré de Boulois déplore-t-il l'apparition, avec la QPC, d'argumentaires juridiques incongrus derrière lesquels on reconnaît aisément la patte d'habiles avocats³⁵. D'abord celle du Syndicat français de l'industrie cimentière et la Fédération de l'industrie du béton se prévalant de l'article 7 de la Charte de l'environnement pour contester des dispositions qui avaient pour objectif de promouvoir des techniques de construction plus respectueuses de l'environnement³⁶. Ensuite celle d'une entreprise commerciale soulevant des moyens fondés sur la violation du principe de libre administration des collectivités territoriales³⁷. Dans le même ordre d'idée, en matière de représentativité des organisations professionnelles, un cabinet d'avocat peut invoquer les mêmes principes de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et d'égalité, tantôt à l'appui de mesures favorables aux syndicats catégoriels³⁸, tantôt pour contester des dispositions à l'avantage des organisations d'employeurs réunissant de petites entreprises³⁹. L'intérêt ponctuel du client aura encore par exemple conduit la SCP Lyon-Caen à soutenir que l'exclusion de l'indemnité de précarité pour les CDD d'usage est justifiée⁴⁰, Jean-Jacques Gatineau à se référer à la théorie de la lutte des classes⁴¹ ou Patrice Spinosi à fustiger des grévistes prenant « la France en otage »⁴². L'interprétation de l'avocat est en quelque sorte décomplexée, elle s'émancipe des encrages idéologiques et des exigences de cohérence qui limitent les possibilités offertes à d'autres interprètes.

II – L'avocat de la QPC, un interprète minimaliste de la constitution

- 24 On pourrait imaginer l'interprète opportuniste plein d'audace et même de fantaisie. Il déterrerait des principes oubliés et en forgerait de nouveaux. Tantôt il se plairait à étirer, tantôt il s'efforcerait de rétrécir la portée des principes déjà consacrés. Sans cesse il chercherait à remonter à la racine des exigences constitutionnelles en exhumant l'intention du constituant ou en invoquant les valeurs dont elles ne seraient que la traduction dans notre droit positif. Se saisissant de théories sophistiquées, il parlerait de la constitution comme d'un arbre vivant, comme du reflet de l'esprit du peuple ou de la mise en forme juridique du contrat social. Il se référerait à Dworkin et à Alexy, il invoquerait Habermas et Rawls. L'interprète opportuniste mobiliserait au

moins les méthodes d'interprétations juridiques traditionnelles pour déduire, induire et expliciter les normes constitutionnelles nécessaires. Las, si bien des avocats ne manquent pas de panache, leur pratique interprétative est généralement plus prosaïque que celle que l'on pourrait attendre d'interprètes opportunistes.

- 25 Ceux qui comptaient sur les avocats pour dynamiser l'interprétation constitutionnelle en France pourraient être déçus en entendant Patrice Spinosi solliciter la reconnaissance du principe de solidarité dans ces termes : « La fraternité, elle est inscrite au frontispice de notre constitution, dans son préambule mais aussi dans la devise de notre Nation. Elle est ce lien qui unit des êtres qui, sans être des frères unis par le sang, se considèrent comme tels. Ce principe, il vous appartient certainement de le reconnaître. Mais la seule question c'est : pour en faire quoi ? (...) Le reste n'est que gesticulations universitaires. Le droit, en particulier en matière de libertés fondamentales, ne se construit pas hors sol. Car ne nous y trompons pas, la reconnaissance du principe de fraternité, c'est l'écume de ce dossier. D'autres principes peuvent aussi bien assoir votre décision. »⁴³
- 26 Ces quelques mots, et guère plus dans les mémoires déposés devant la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel⁴⁴, ont suffi pour obtenir brillamment la reconnaissance d'un nouveau principe constitutionnel. Bien que le discours ait été exceptionnel en ce qu'il réclamait une importante innovation, l'effort interprétatif, lui, est demeuré modeste. Mieux, dans cette plaidoirie, Patrice Spinosi souligne la nécessité pour l'avocat de s'en tenir au minimum dans ce domaine. Pour lui l'interprétation a avant tout vocation à dégager le fondement juridique de la décision demandée et n'a pas d'autre vertu que ce qu'elle permet d'accomplir concrètement et immédiatement. Autrement dit, elle n'a pas de valeur en soi : l'interprétation qui ne permet pas d'obtenir un résultat n'a pas d'intérêt pour l'avocat. L'explication, la justification ou le fondement de l'interprétation, quant à eux, intéressent les universitaires, mais peu la justice qui doit demeurer terre à terre.
- 27 Après avoir constaté les manifestations du minimalisme interprétatif des avocats de la QPC (A), il faudra en tenter l'explication (B).

A – Les manifestations du minimalisme interprétatif des avocats de la QPC

- 28 Pour appréhender les manifestations du minimalisme interprétatif des avocats de la QPC, il est utile d'introduire une distinction au sein de l'interprétation *in abstracto* évoquée plus haut. Celle-ci consiste à assigner une signification à un ou plusieurs énoncés. Or, cette action peut comporter une seule ou bien deux étapes. Elle n'en comporte qu'une lorsque l'interprète se borne à soutenir par exemple : « l'énoncé E a la signification S ». Une seconde étape s'y ajoute lorsque l'interprète justifie cette assignation, par exemple de la manière suivante : « l'énoncé E a la signification S parce que telle était la volonté de son auteur ». Autrement dit, il faut distinguer l'interprétation *in abstracto stricto sensu* de la justification (explication) de l'interprétation *in abstracto*.
- 29 Les avocats de la QPC font preuve de minimalisme interprétatif en ce que leurs interprétations *in abstracto stricto sensu* sont plutôt rares (1) tandis que les justifications qu'ils en donnent sont non seulement plus rares encore, mais surtout peu sophistiquées (2).

1 – Des interprétations rares

- 30 Si Patrice Spinosi a obtenu qu'une valeur constitutionnelle soit reconnue au principe de fraternité, de semblables requêtes sont plus souvent écartées, voire superbement ignorées par les membres du Conseil constitutionnel. Ainsi Antoine Lyon-Caen a-t-il échoué à les convaincre de dégager un principe de libre négociation collective⁴⁵, tandis que Jean-Jacques Gattineau n'est pas parvenu à ce qu'ils se prononcent expressément sur la valeur constitutionnelle du principe d'une fonction publique de carrière⁴⁶. En tout état de cause, ces avocats ont fait preuve de créativité en demandant au Conseil d'établir de nouvelles normes constitutionnelles. Ce type de requête tient cependant plus de l'exception que de la règle.
- 31 En effet, bien qu'il y ait un intérêt tactique évident à se référer à des normes inédites⁴⁷ – susceptibles d'emporter la qualification de « question nouvelle » et le renvoi automatique de la QPC au Conseil⁴⁸ –, les avocats se fondent peu sur des dispositions ou des principes constitutionnels qui n'ont encore jamais été appliqués. Il convient de souligner, en ce sens, que « le Conseil d'État et la Cour de cassation fondent la quasi-totalité de leurs renvois sur le critère du “ caractère sérieux ” de la question », tandis que « la question nouvelle n'a donné lieu qu'à très peu de renvois »⁴⁹.
- 32 Les interprétations tendant à ce que soit élargi, rétréci ou simplement précisé le champ d'application ou le contenu de normes d'ores et déjà en circulation sont également moins fréquentes qu'on pourrait le penser. À titre d'exemple, depuis qu'il a été consacré par le Conseil constitutionnel en 2018, le principe de fraternité n'a été invoqué que dans deux QPC, alors que ses virtualités sont largement inexplorées⁵⁰. On hésite manifestement à s'en prévaloir, à moins que de nombreuses tentatives aient été tuées dans l'œuf par les juges du filtre. Les avocats se prévalent certes fréquemment de droits et libertés au profit de catégories de sujets qui n'en ont encore jamais bénéficié, mais ils le font généralement sans interpréter les énoncés censés poser ces droits et libertés. C'est en effet le plus souvent au nom du principe d'égalité que l'application d'une norme est réclamée ou contestée dans un cas de figure inédit⁵¹. Ou alors les circonstances nouvelles sont subsumées sous la norme sans que cela soit même justifié : l'avocat se prévaut par exemple du droit de propriété ou de la liberté d'entreprendre sans s'en expliquer. Il réclame l'application sans procéder ni à l'interprétation *in abstracto* ni à l'interprétation *in concreto*. Quant à la teneur des garanties elle-même, c'est fréquemment en se fondant sur des exigences constitutionnelles complémentaires ou concurrentes qu'elle est discutée⁵². Autrement dit, même quand il innove, l'avocat interprète peu les énoncés constitutionnels et il cherche rarement à détailler la signification de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité : il l'invoque simplement ou se réfère à une autre norme (tel le principe d'égalité) pour expliquer qu'il est fondé à s'en prévaloir.
- 33 Les interprétations tendant à ce que la qualité de droit ou liberté soit reconnue à des normes constitutionnelles qui ne l'ont pas encore acquise ou qui se la sont vu refuser sont également peu nombreuses, les avocats préférant manifestement invoquer des fondements éprouvés.
- 34 Quand ils interprètent des énoncés constitutionnels, les avocats font plus souvent appel à la force de l'évidence qu'à des explications élaborées⁵³. Ils *affirment* qu'il faut retenir telle signification⁵⁴, ils *revendiquent* l'application de la norme au profit d'une catégorie

de sujets, ils *déclarent* que l'exigence constitutionnelle invoquée est un droit ou une liberté, ils *soutiennent* que telle règle ou tel principe est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁵⁵. En revanche, ils avancent peu d'arguments au soutien de ces thèses⁵⁶.

2 – Des interprétations peu sophistiquées

- 35 Quand les avocats justifient leurs interprétations, les arguments avancés sont généralement sommaires. Dans l'affaire *Délit de solidarité* déjà mentionnée, pour justifier la reconnaissance du principe de solidarité, la SCP Spinosi & Sureau s'est contentée, dans un premier temps, de faire valoir que ce principe est « reconnu de la façon la plus solennelle dans notre constitution », étant donné qu'il figure aux côtés de la liberté et de l'égalité dans le préambule et aux articles 2 et 72. Puis elle a déduit des définitions du terme fraternité dans deux dictionnaires que « le principe constitutionnel de fraternité est indéniablement un corollaire du “principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine” »⁵⁷. Pour tenter de convaincre les membres du Conseil d'étendre le droit de participation à la négociation collective à l'employeur, la SCP Gatineau-Fattaccini s'est surtout attachée à montrer que cela ressortait déjà de la jurisprudence du Conseil et que cette extension ne serait en tout état de cause qu'un corollaire du droit de participation des salariés⁵⁸. Autrement dit, même pour tenter d'obtenir la reconnaissance d'un principe nouveau ou l'extension d'un principe déjà établi à une nouvelle catégorie de bénéficiaires, les avocats s'efforcent de démontrer que le principe est finalement déjà à l'œuvre sous une forme implicite. Ils s'abstiennent alors de s'aventurer dans des considérations « hors sol » qui apparaîtraient comme des « gesticulations universitaires » suspectes. En effet, si le principe irrigue déjà le droit positif, et qu'il ne reste plus qu'à en formaliser l'existence, il est inutile de se justifier longuement. L'évidence ne se démontre pas, elle se constate. Toute explication savante, complexe ou trop sophistiquée serait donc contreproductive.

B – Les explications du minimalisme interprétatif des avocats de la QPC

- 36 Le minimalisme interprétatif des avocats de la QPC ne saurait évidemment leur être reproché. Il découle tout simplement des contraintes spécifiques de cette profession et plus précisément de la « situation argumentative »⁵⁹ dans laquelle ils se trouvent. Pour obtenir gain de cause, les avocats doivent interpréter les textes avec le souci d'emporter l'adhésion du juge, ce qui implique un certain mimétisme interprétatif (1). S'y ajoute un facteur propre au contrôle incident de la constitutionnalité et plus spécifiquement à sa forme française (2).

1 – Le mimétisme interprétatif

- 37 Trois types d'arguments sont fréquemment avancés par les avocats pour justifier de leurs interprétations. D'abord celui, conservateur, du respect des solutions établies. Il consiste à soutenir que l'interprétation préconisée ressort en réalité déjà de solutions passées. Ensuite l'argument de l'évidence, qui en appelle implicitement au bon sens ou à l'intuition du juge pour reconnaître que l'interprétation proposée doit être retenue. Ensuite, celui qui s'apparente à la menace d'obtenir satisfaction auprès d'un autre juge.

Ces arguments rejoignent trois préoccupations constantes du juge et notamment du juge constitutionnel.

- 38 Depuis la fin des années 70, le Conseil constitutionnel a le souci de ne pas apparaître comme le « maître des sources du droit »⁶⁰. Aussi la plupart des normes qu'il applique sont-elles au moins « rattachées » à des dispositions du bloc de constitutionnalité. Tandis que la Cour italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol notamment assument exercer un pouvoir créateur, le Conseil s'applique à le nier et à se présenter comme la « bouche de la constitution »⁶¹. La mise en œuvre de ses précédents, amplement soulignée dans les commentaires de ses décisions, contribue à entretenir ce mythe.
- 39 Pour les avocats aussi, un mauvais précédent vaut toujours mieux qu'une bonne théorie ou qu'une subtile explication. En effet, les conclusions des avocats sont truffées de références plus ou moins pertinentes aux solutions jurisprudentielles passées, mais l'on n'y trouve quasiment jamais d'analyses philosophiques relatives aux valeurs qui pourraient éclairer le sens des dispositions constitutionnelles. Il s'agit toujours en priorité de montrer qu'une évolution est à l'œuvre dans la jurisprudence du Conseil, voire, à défaut, dans celles des cours suprêmes et des cours européennes. Le talent de l'avocat est alors de la révéler, d'en faciliter le constat, de montrer que le chemin est déjà balisé et que la solution, finalement, s'impose d'elle-même. Parfois, les avocats mettent certes les juges constitutionnels face à leurs responsabilités, en déclarant par exemple qu'il leur appartient de consacrer ou pas le principe constitutionnel invoqué. Mais ce sont là des morceaux de bravoures, tentés dans les cas désespérés ou bien au contraire réservés à des auditoires plutôt favorables aux idées professées. Devant les juges ordinaires, l'argumentation quotidienne de l'avocat ne tend pas à réclamer des revirements de jurisprudence, mais plutôt à proposer au juge de considérer que l'état du droit commande la solution préconisée⁶². Il n'en va pas différemment devant le Conseil constitutionnel. De manière générale, les avocats de la QPC savent que le Conseil est soucieux d'inscrire ses décisions dans la continuité de sa jurisprudence passée. Aussi, pour le convaincre d'accueillir leurs demandes, ont-ils tout intérêt à lui montrer que sa décision pourrait être ainsi justifiée.
- 40 Dworkin décrit le droit comme une pratique interprétative. Elle consisterait à rechercher dans les principes, en particulier constitutionnels, des guides permettant d'interpréter au mieux les règles notamment législatives à appliquer. Or, ces mêmes principes étant particulièrement abstraits, requièrent selon lui que l'on en fasse une « lecture morale ». La mobilisation des principes constitutionnels nécessiterait donc que le juriste ait de l'appétence pour des considérations relevant de la philosophie politique, morale et même éthique. La pratique interprétative des avocats de la QPC ne donne pas raison à Dworkin. Aux montées en en abstraction, les avocats privilégient presque toujours les exemples concrets dont ils invitent leur auditoire à juger avec leur bon sens et leurs perceptions intuitives. Un bon avocat doit avoir autant d'appétence pour les éléments de fait que pour les moyens de droit, il doit aimer fouiller dans les dossiers à la recherche de circonstances qui permettront de présenter l'affaire sous un certain jour. Devant le Conseil constitutionnel, ce souci du détail factuel se reporte sur la loi et son incidence concrète. Il est indispensable de rapporter ce que la loi *fait* dans le monde social, voire dans l'intimité des existences individuelles. Si la loi est injuste, cruelle, absurde, grotesque, excessive, inutile, etc., il n'y a pas de meilleure manière de le montrer qu'en faisant le récit des situations qu'elle produit. Il faut donner l'injustice,

l'absurdité ou l'inutilité à voir, à sentir et à éprouver. En revanche, de la même manière qu'il n'est pas nécessaire de définir l'amour pour savoir que l'on est amoureux⁶³, il serait inutile, au fond, de définir une exigence constitutionnelle pour savoir qu'une disposition législative la méconnaît. Autrement dit, les avocats s'abstiennent généralement de définir le principe, de le cerner conceptuellement⁶⁴. Ils s'attachent plutôt à susciter le sentiment qu'il s'applique au cas d'espèce et qu'il commande la solution. Par exemple, dans ses observations à l'audience de la QPC relative au mariage d'une personne en curatelle, Patrice Spinosi n'a pas entrepris de définir le contenu de la liberté du mariage. Sa plaidoirie tendait plutôt à ce que les membres du Conseil perçoivent comme une évidence l'atteinte excessive à cette liberté portée par les dispositions du code civil soumettant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur⁶⁵. De même, quand il a contesté à l'audience les régimes dérogatoires des gardes à vue qui permettent d'empêcher la présence de l'avocat, Patrice Spinosi a brièvement rappelé que les droits de la défense impliquent la présence de l'avocat, pour expliquer plus longuement, et avec bien plus de force de conviction, combien le soupçon que de telles dispositions font peser sur l'avocat est infamant⁶⁶. Lorsque cela est possible, l'avocat situe la discussion sur le plan des perceptions intuitives mais également des sentiments plutôt que sur celui de la raison analytique. Les mémoires déposés dans ces deux affaires comportaient peut-être des développements plus théoriques, mais force est de constater que, de manière générale, les avocats privilégient les objets donnant prise aux sentiments plutôt que les froides constructions abstraites de la philosophie morale ou même du débat doctrinal⁶⁷.

- 41 De telles réticences à l'égard de l'abstraction reflètent celles du juge constitutionnel. Le Conseil a-t-il jamais, par exemple, défini la liberté du mariage, livré le critère de distinction entre la *privation* du droit de propriété et la *limitation* des conditions de son exercice ? A-t-il déjà entrepris d'expliquer clairement ce qui permet de repérer un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ou ce qui fait qu'une incompétence négative du législateur affecte *par elle-même* un droit ou une liberté ? Bien au contraire, il laisse opportunément planer un halo de mystère autour de ces notions. Aussi n'attend-il pas des avocats qu'ils l'acculent, qu'ils l'incitent à expliciter ses principes au risque de se lier pour l'avenir. Il est entendu que le périmètre des droits et libertés comme leur contenu doivent demeurer vagues. Cela est manifeste chaque fois que le nébuleux contrôle de proportionnalité ou l'énigmatique contrôle de la rupture d'égalité sont mis en œuvre. Ça l'est, de manière plus générale, dès que différentes exigences constitutionnelles sont conciliées. Il en ressort que le caractère excessif d'une atteinte portée à un droit se ressent plus qu'il ne se comprend, c'est quelque chose qui se montre mais se démontre mal. Aussi l'avocat doit-il s'attacher à l'illustrer en se reportant aux faits, en insistant sur les conséquences concrètes des dispositions litigieuses, en se plaçant sur le terrain de l'application de la loi. Bien souvent les avocats abrègent donc la discussion portant sur le droit ou la liberté invoqué. Tenant pour acquis qu'ils sont fondés à s'en prévaloir, leur propos se concentre sur le caractère plus ou moins raisonnable de l'atteinte portée par les dispositions législatives aux exigences constitutionnelles.
- 42 Le troisième type d'argument est invoqué de plus en plus fréquemment. C'est celui de la menace de s'en aller chercher justice devant un autre juge dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel refuserait de consacrer l'interprétation préconisée ou la solution demandée. Patrice Spinosi emploie cet argument dès que possible ; jamais avec autant de superbe qu'à l'audience de la QPC *M. Kamel D.*, sur la transposition d'une

directive⁶⁸, lorsqu'ils a tenu ce discours aux membres du Conseil : « Au risque de vous décevoir, (...) je ne vous parlerai pas de la question de savoir si l'interdiction de la peine de mort est ou non un principe inhérent à l'identité constitutionnelle. Pourquoi ? Parce que cette question, si elle détermine votre compétence, n'est pas pour moi l'enjeu essentiel de notre débat. L'enjeu essentiel de notre débat, c'est la garantie du droit à la vie. Et cette garantie, j'irai la chercher quel que soit le juge que vous m'indiquerez. (...) Quel qu'il soit, je cherche un juge »⁶⁹. C'est la menace classique du recours à la juridiction supérieure, du « forum shopping » ou plus simplement de la mise en concurrence des ordres juridictionnels (en l'occurrence du juge constitutionnel et des juges du contrôle de conventionalité). Aux grands raisonnements démontrant pourquoi le Conseil serait fondé à interpréter les dispositions constitutionnelles dans un certain sens, nombre d'avocats préfèrent désormais se référer à la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme ou à celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette menace est d'autant plus redoutable que ces jurisprudences sont susceptibles d'être mises en œuvre par le juge *a quo*, sitôt la procédure de QPC achevée⁷⁰. La jurisprudence des juridictions européennes ne liant pas juridiquement le Conseil, il pourrait sembler étrange que les avocats l'exhibent devant lui en permanence. Ce serait méconnaître que le Conseil se situe désormais dans un espace hyper compétitif et qu'il ne peut se désintéresser de la concurrence que lui livrent les différents juges du contrôle de conventionalité.

2 – Le contrôle incident de la constitutionnalité des lois

- 43 Paradoxalement, le contrôle incident de la constitutionnalité contribue à ce que les avocats se détournent de l'interprétation de la constitution. La QPC est qualifiée de contentieux objectif au motif qu'il serait exercé « dans l'intérêt du droit »⁷¹. L'origine de la question, au sein de l'instance principale, n'aurait donc pas d'incidence sur la mission du juge constitutionnel. Pourtant, l'avocat regarde bien la QPC comme un moyen d'obtenir un avantage au profit de son client : une décision favorable du juge ordinaire ou même un peu de temps en cas de recours dilatoire⁷². Aussi, pour les parties, l'enjeu de la QPC se limite-t-il généralement à l'incidence de la procédure sur l'instance principale. Le sens donné à la constitution importe peu en lui-même⁷³ puisque l'avocat n'a généralement pas pour mission de s'attacher aux suites législatives qui pourraient être données à la décision QPC. Il en va différemment des requérants du contrôle *a priori*, pour lesquels l'interprétation constitutionnelle délivrée par le Conseil compte tout autant que le sens de la décision puisque cette interprétation contribue à déterminer la marge de manœuvre du législateur à l'avenir. Cette spécificité du contrôle incident de constitutionnalité contribue à ce que le débat se focalise sur la norme contrôlée plutôt que sur la norme de référence.
- 44 L'obligation de soulever la QPC dans un mémoire distinct⁷⁴ accentue sans aucun doute ce phénomène car cette règle tend à dissuader les avocats d'invoquer des « interprétations conformes » au soutien de leurs prétentions. L'interprétation des exigences constitutionnelles revêt pourtant plus d'intérêt pour les parties qui entendent obtenir une déclaration de conformité sous réserve. C'est dans ces cas, en effet, que la norme constitutionnelle peut jouer vis-à-vis de la loi le rôle que Dworkin attribue aux principes. Il a déjà été relevé à juste titre que la procédure de QPC est parfois utilisée par des parties souhaitant obtenir rapidement une interprétation de la loi qui fasse autorité⁷⁵. Il se peut même que l'avocat espère que le Conseil ne soit pas

saisi, la QPC ayant simplement vocation à contraindre le juge ordinaire de choisir entre l'interprétation favorable à son client, qui est alors présentée comme conforme à la constitution, et une interprétation favorable à la partie adverse mais qui, qualifiée d'inconstitutionnelle, nécessiterait que le Conseil en connaisse⁷⁶. Si la manœuvre peut être payante, elle est risquée et surtout coûteuse en raison de l'exigence, sous peine d'irrecevabilité, que la QPC soit posée dans un mémoire distinct⁷⁷. Si, au contraire, les questions de constitutionnalité pouvaient être glissées dans les mémoires de la procédure principale, les normes constitutionnelles pourraient sans doute devenir un cadre de référence plus utile pour l'interprétation de la loi. À tout instant, au fil d'une discussion, il serait possible de demander au juge de choisir l'interprétation en accord avec les exigences constitutionnelles ou de mettre en œuvre la procédure. Pour éviter des renvois massifs vers le Conseil, les juges ordinaires deviendraient alors, comme en Italie, les grands artisans de l'interprétation conforme à la constitution. Aujourd'hui, il est presque contre-productif de se prévaloir de normes constitutionnelles pour exiger une certaine interprétation de la loi car, en s'abstenant de soulever une QPC, la partie semble implicitement convenir que son argument n'est pas sérieux.

- 45 Les bons avocats sont partiellement à l'image de leur juge et ceux de la QPC argumentent leurs interprétations de la constitution comme le Conseil motive les siennes. Si, suivant son exemple, ils s'attachent peu à l'élucidation du sens de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité, ils s'étendent en revanche volontiers sur la norme contrôlée. Ils s'évertuent ainsi à permettre à leur auditoire de sentir combien elle est, en quelque sorte, bonne, juste, utile, ou bien profondément mauvaise quand l'intérêt de leur client le commande. On ne saurait donc attendre de tels efforts argumentatifs qu'ils contribuent activement à renouveler la signification abstraite des énoncés constitutionnels.

NOTES

1. Comme d'autres acteurs du droit, l'avocat avait rarement l'occasion d'interpréter les normes constitutionnelles avant les débuts de la QPC en 2010. Cela pouvait toutefois se produire en l'absence d'écran législatif, lorsqu'il était fait grief à des normes de valeur infra législative d'être contraires à la constitution. Mais cette circonstance se présentait rarement. L'avocat pouvait également, au cours d'une instance, brandir des exigences constitutionnelles pour obtenir une certaine interprétation de la loi, du règlement ou du contrat par exemple. Cependant, l'obligation juridique d'interpréter ces normes conformément aux exigences constitutionnelles n'étant pas formellement établie, l'argument était comparable à ceux qui se réfèrent à des normes non pas constitutionnelles mais morales par exemple, pour une efficacité sans doute moindre. Sur les rares interventions d'avocats dans la procédure de contrôle *a priori*, voir David LÉVY, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité. Le point de vue du justiciable et ses conseils », *AJDA*, 2011, p. 1251.

2. Jean-Jacques TAISNE, Méлина DOUCHY-LOUDOT, « Avocat », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018, § 676 : « La négligence de l'avocat suffit à le rendre responsable aux termes de l'article 27, alinéa 1er, de la loi du 31 décembre 1971. On peut aller plus loin : toute faute, même légère, suffit

à engager sa responsabilité. » L'opportunisme est plus généralement requis par la mission assumée par l'avocat. Voir David LÉVY, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*, p. 1251 et Charles PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », rééd. 1999, p. 158 et s.

3. Avocat au barreau de Toulouse, Laurent de Caunes évoque une « tentation utilitaire, celle d'écarter une loi, non parce qu'elle est mauvaise, mais parce qu'elle nuit à l'intérêt d'un client ». Il poursuit en exhortant ses confrères à « exploiter » la carrière qui leur est ainsi ouverte : « On voit bien l'intérêt stratégique, opportuniste, individualiste, qu'on peut en retirer, car tout est bon dans l'intérêt du client ». Laurent de Caunes, « Les avocats et la QPC – Réflexes et tentations », in Xavier MAGNON, Xavier BIOY, Wanda MASTOR et Stéphane MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, 230 p.

4. Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF* 2014, chron. n° 2 : « La contrée des droits fondamentaux se transforme (...) en un vaste supermarché où chacun pioche des ressources argumentatives pour soutenir ses intérêts économiques. Au risque de mobiliser ces droits pour produire un résultat inverse à celui recherché par le constituant. Telle est la pente dans laquelle est aujourd'hui engagée la question prioritaire de constitutionnalité. Sa configuration actuelle autorise ce phénomène de "shopping". »

5. Voir en particulier le rapport établi sous la direction de Mathieu DISANT et Pascale DEUMIER, dans le cadre du projet de recherche « QPC 2020 ». Ce rapport de 300 pages intitulé « La QPC en actions. Usages et stratégies des avocats » est disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel. Ses principaux apports sont résumés dans l'article publié par ses auteurs dans le hors-série d'octobre 2020 de la revue *Titre VII*. Voir également Bertrand WARUSFEL, « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in E. Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 86 et s. ; Emmanuel PIWNICA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 169 et s. ; David Lévy, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*, p. 1251 et s.

6. Voir également : « 1.4. Les avocats de la QPC sur la période 2010 – 2019 » in « QPC 2020 : les statistiques du Conseil constitutionnel », *Titre VII*, hors-série octobre 2020.

7. Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 20-21, 2018, pp. 129-140.

8. Tels que par exemple les principes fondamentaux garantis par les lois de la République et les objectifs à valeur constitutionnelle qui sont des normes indépendantes car elles ne sont pas présentées comme la signification d'énoncés bien que des textes témoigneraient de leur existence qui demeureraient implicite jusqu'à ce que ces normes aient été « dégagées ».

9. Par exemple les droits de la défense qui sont rattachés à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

10. Sur la notion d'interprétation de la constitution, voir en particulier la contribution d'Éric MILLARD à ce volume : « Qui sont les interprètes (concurrents) de la constitution ? ».

11. Riccardo GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 196.

12. Pour aucun avocat les QPC ne sont monnaie courante, mais les avocats aux conseils se sont taillé la part du lion dans ce marché. Si bien que leurs collaborateurs peuvent être appelés plusieurs fois par an à contribuer à des interprétations constitutionnelles, lesquelles viendront alimenter des avis adressés aux clients ou des mémoires en demande, en défense ou en intervention déposés devant les différentes juridictions du contrôle incident de la constitutionnalité des lois. Une certaine familiarité avec les pratiques argumentatives des avocats de la QPC naît ainsi de la rédaction de consultations et de jeux d'écritures ainsi que de la lecture des observations des autres parties et des correspondants (les avocats à la cour, dits

« correspondants » demandent parfois aux avocats aux Conseils de relire et d'enrichir leurs mémoires de QPC).

13. Evidemment le Conseil constitutionnel ne publie pas les mémoires des parties. Mais certaines parties le font de leur propre initiative. C'est le cas du GISTI notamment qui donne accès à ses mémoires QPC sur son site internet. D'autres associations et quelques avocats en font de même de façon cependant moins systématique. Sans accès dérogatoire aux dossiers officiels, susceptible d'être accordé par le Conseil constitutionnel, les sources ainsi disponibles sont toutefois très limitées.

14. Ont été systématiquement exploitées les plaidoiries des avocats des SCP d'avocats aux conseils « Gatineau-Fattaccini et Rebeyrol », « Lyon-Caen et Thiriez », « Spinosi et Sureau » et de manière plus aléatoire celles d'autres avocats aux conseils et avocats à la cour.

15. Didier LE PRADO, « La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat », *AJDA*, 2010, p. 94.

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

17. À l'inverse, à compter des lois de nationalisation de 1982, l'opposition de droite n'a cessé de chercher à étendre le champ d'application et la teneur du droit de propriété (voir les saisines ayant donné lieu aux décisions n°s 82-150 DC du 30 décembre 1982 ; 83-162 DC du 20 juillet 1983 ; 85-189 DC du 17 juillet 1985 ; 85-193 DC du 24 juillet 1985 ; 85-198 DC du 13 décembre 1985 ; 85-200 DC du 16 janvier 1986). Avec l'alternance, les saisines invoquant ce droit ont quasiment disparu (voir toutefois la décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988). Pourtant, il aurait pu être invoqué au profit de l'État contre les lois de privatisation (décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986). Et même une fois que le Conseil constitutionnel a eu précisé que la garantie constitutionnelle du droit de propriété concernait la propriété publique autant que la propriété privée, les requérants socialistes ont été réticents à s'en prévaloir (voir la saisine de la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986). Dès que la gauche est revenue aux affaires, les griefs fondés sur le droit de propriété ont repris à un rythme élevé (voir notamment les saisines des décisions n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 ; 89-256 DC du 25 juillet 1989 ; 89-268 DC du 29 décembre 1989 ; 89-267 DC du 22 janvier 1990 ; 90-281 DC du 27 décembre 1990). Dans ce sens, voir Jean-François de Montgolfier, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *CCC*, 2011, n° 31. L'auteur précise toutefois : « On laissera au lecteur le soin d'apprécier si la droite vote moins de textes portant atteinte à la propriété privée ou si la gauche invoque moins souvent, sans sa saisine, la défense de la propriété privée... ».

18. Jacques MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 34 et s.

19. Il en va ainsi y compris des avocats dont le militantisme est permis par une activité très rémunératrice au profit d'une clientèle hétérogène. À ce sujet, voir par exemple, Jean-Baptiste JACQUIN, « Maître Spinosi, pourfendeur de l'état d'urgence », *Le Monde*, 18 février 2016.

20. Décision n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014, *M. Lionel A.*

21. Décision n° 2019-811 QPC du 25 octobre 2019, *Mme Fairouz H. et autres.*

22. Décision n° 2019-792 QPC du 21 juin 2019, *Clinique Saint Cœur et autres.*

23. Décisions n°s 2020-867 QPC du 27 novembre 2020, *M. Matthias E.* et 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, *Société Queen Air.*

24. Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, *Société Akka technologies et autres.*

25. Décisions nos 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres* et 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres.*

26. Pour reprendre la terminologie du rapport établi sous la direction de Mathieu DISANT et Pascale DEUMIER, dans le cadre du projet de recherche « QPC 2020 ».

27. Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre.*

28. Jean-Sébastien MORA, « Depuis le nord, Sud Radio émet vers l'extrême droite », 15 septembre 2020, www.acrimed.org.
29. Décision n° 2016-558/559 QPC du 29 juillet 2016, *M. Joseph L. et autre* [Droit individuel à la formation en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié] ; décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016, *M. Michel O.* [Absence d'indemnité compensatrice de congés payés en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié]
30. Jean-Yves CHÉROT, « Le droit comme intégrité chez Dworkin. Une contribution à l'épistémologie d'une argumentation controversée », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2015, 1, pp. 1973-1996.
31. Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, 1, pp. 51-79.
32. Michel TROPER, « La contrainte en droit », in Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 15 ; Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », in Michel TROPER, *La théorie du droit le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp. 101-102.
33. Michel TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in Michel TROPER, *La théorie du droit le droit, l'État, précit.*, pp. 85-97.
34. Alec STONE SWEET, « Path Dependence, Precedent, and Judicial Power », in Martin SHAPIRO et Alec STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2003, pp. 112-135.
35. Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *précit.*
36. Décision n° 2013-317 QPC, 24 mai 2013, *Syndicat français de l'industrie cimentière et a.*
37. « (...) pour obtenir l'abrogation d'une disposition législative prévoyant un pouvoir de substitution au bénéfice du préfet pour exercer le droit de préemption en lieu et place de la commune, en vue de la construction ou de la réalisation de logements sociaux » (Décision n° 2013-309 QPC, 26 avril 2013, *Société SCMC*) Xavier Dupré de Boulois, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *précit.* Décision n° 2013-309 QPC, 26 avril 2013, *Société SCMC*.
38. Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres* [Représentativité des syndicats].
39. Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, *Mouvement des entreprises de France et autres* [Critère de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs pour l'appréciation de la représentativité].
40. Décision n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014, *M. Lionel A.* [Recours au contrat de travail à durée déterminée et exclusion du versement de l'indemnité de fin de contrat].
41. Décision n° 2015-502 QPC du 27 novembre 2015, *Syndicat Confédération générale du travail* [Modalités de répartition, entre les organisations syndicales de salariés, des crédits du fonds paritaire alloués à la mission liée au paritarisme].
42. Décision n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis* [Voitures de tourisme avec chauffeurs].
43. Retranscription de la plaidoirie faite à l'audience de la QPC n° 2018-717/718 du 6 juillet 2018.
44. Les mémoires déposés par la SCP Spinosi et Sureau peuvent être consultés sur le site internet du Gisti :
http://www.gisti.org/IMG/pdf/memoire_spinosi-sureau_cass.pdf
http://www.gisti.org/IMG/pdf/memoire_spinosi-sureau_qpc_2018_717-718.pdf
45. Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre.*
46. Décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres.*
47. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Le principe constitutionnel de fraternité : entretien avec Patrice Spinosi et Nicolas Hervieu », *La Revue des droits de l'homme*, 2019, n° 15.

48. Aux termes de l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, le caractère de nouveauté d'une QPC justifie son renvoi devant le Conseil. Or, ce dernier regarde comme nouvelle toute question nécessitant qu'il interprète une disposition constitutionnelle dont il « n'a pas encore eu l'occasion de faire application » (décision n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*). Les cours suprêmes considèrent plus largement qu'une question est nouvelle lorsqu'elle offre l'occasion de consacrer un nouveau principe. Voir Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3, n° 40, pp. 58-59.

49. François BARQUE, « La question nouvelle dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Un critère discret aux effets considérables sur le contentieux constitutionnel », *RFDA*, 2014, n° 2, p. 355. En réalité, les questions nouvelles renvoyées ne reflètent pas exactement les questions nouvelles soulevées car, comme le souligne François Barque, les juges du filtre contrôlent le sérieux des questions nouvelles au lieu de les renvoyer automatiquement au Conseil. Par ailleurs, des questions jugées à la fois sérieuses et nouvelles sont renvoyées sur ce premier fondement seulement.

50. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Le principe constitutionnel de fraternité : entretien avec Patrice Spinosi et Nicolas Hervieu », *précit*.

51. En employant des raisonnements ayant la structure suivante : la norme N étant appliquée à la catégorie de sujet S1, l'égalité serait rompue si elle n'était pas appliquée à la catégorie de sujet S2 étant donné qu'il n'existe pas de différence pertinente entre S1 et S2. La partie souhaitant au contraire restreindre le champ d'application de N peut au contraire faire valoir que n'étant pas appliquée à S3, il n'y a pas de raison de l'appliquer à S2 ou alors soutenir qu'il existe des différences pertinentes entre S1 et S2. À l'audience de la décision n° 2011-112 QPC du 1er avril 2011, *Mme Marielle D*, au lieu de solliciter la reconnaissance d'un droit constitutionnel au remboursement de ses frais par la partie accusée, Patrice Spinosi évoquait une rupture d'égalité. Il ne sollicitait pas la création d'un nouveau principe et ne cherchait pas à démontrer que ce droit découlait des droits de la défense.

52. Par exemple, au soutien de la QPC *Clinique Saint Cœur et autres*, du 21 juin 2019, la SCP Lyon-Caen & Thiriez ne semble pas avoir soutenu directement que la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle impliqueraient que les établissements de santé privés habilités à assurer le service public hospitalier puissent recruter des médecins autorisés à pratiquer des dépassements d'honoraires dans le cadre de l'exercice d'une activité libérale. Si l'on en croit le résumé des moyens dans la décision, les avocats de cette clinique privée se seraient plutôt attachés à démontrer que cette possibilité ayant été reconnue au profit des établissements publics de santé, elle ne pouvait avoir été refusée aux établissements privés qu'au prix d'une rupture d'égalité. Dans le même ordre d'idée, voir également la décision n° 2015-516 QPC du 15 janvier 2016, *M. Robert M. et autres* [Incompatibilité de l'exercice de l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur de VTC].

53. La même observation peut être faite au sujet de la motivation des décisions des juges constitutionnels et de leur délibération. Voir Michel TROPER, « Introduction », in Michel TROPER (dir.), *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Économica, 2008, p. 7 : « (...) la thèse des vertus de la délibération se heurte à une constatation : certaines des propositions les plus fortes sont énoncées par les juges comme des arguments, elles ne sont pas elles-mêmes justifiées et ne donnent lieu ni à un vote, ni même à un débat séparé. Ainsi, l'idée que la liberté de l'enseignement est un droit de créance et que l'État ou les collectivités locales auraient le droit, voire l'obligation, de contribuer au financement de l'enseignement privé. On aurait pu s'attendre qu'une discussion s'engage sur cette question. ».

54. Voir par exemple le « Mémoire et conclusions types pour soumettre la garde à vue à la censure du Conseil constitutionnel » mis à disposition par la Fédération nationale des unions de jeunes avocats : « Selon le Conseil Constitutionnel, "le principe des droits de la défense [...] implique en

particulier l'existence d'une procédure juste et équitable". (cf décision 510 DC du 20 janvier 2005 considérant 22) / Le droit à un procès équitable et le respect des droits de la défense impliquent nécessairement qu'un avocat puisse assister son client lors des interrogatoires, avoir accès à la procédure et solliciter l'accomplissement d'actes d'enquête. / En effet, le procès équitable postule l'élaboration d'une procédure plaçant la défense du gardé à vue à égalité de pouvoirs avec l'autorité d'enquête et de poursuite dans la recherche de la vérité. / L'équité de la procédure commande dès lors que le gardé à vue puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres aux conseils. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables au mis en cause, la préparation des interrogatoires, le soutien du gardé à vue en détresse, l'assistance du gardé à vue durant l'interrogatoire et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer. / Il est demandé dès lors au Conseil Constitutionnel de déclarer les articles 63-4 et 706-73 du Code de procédure pénale non conformes à la Constitution en ce qu'ils ne prévoient pas pendant toute la durée de la mesure privative de liberté, l'assistance du gardé à vue par un avocat lors des interrogatoires de police ou de gendarmerie, la possibilité pour l'avocat d'accéder à l'ensemble du dossier du gardé à vue ainsi que la possibilité de solliciter l'accomplissement d'actes d'enquête. »

55. À l'audience de la décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.* [Transposition d'une directive], Patrice Spinosi a clairement indiqué aux juges constitutionnels qu'il s'abstiendrait de tenter de démontrer que l'interdiction de la peine de mort est un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

56. À l'audience de la décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre* [Restructuration des branches professionnelles], Antoine Lyon-Caen s'est également abstenu d'expliquer pourquoi le principe de libre négociation collective devait être reconnu.

57. C'est uniquement dans un second temps, pour répondre aux observations du Premier ministre qui contestait le statut constitutionnel du principe invoqué, que la SCP Spinosi & Sureau a dû avancer une argumentation un peu plus sophistiquée.

58. Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, *Mouvement des entreprises de France et autres* [Critère de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs pour l'appréciation de la représentativité].

59. Michel TROPER, « Argumentation et explication », *Droits*, 2011/2, n° 54, p. 6.

60. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica-PUAM, 2001, p. 251.

61. Raphaël PAOUR, *Le pouvoirs des cours constitutionnelles. Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, thèse, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 503 et s.

62. Charles PERELMAN, *Logique juridique, précité.*, p. 160 : « (...) chacune des parties a intérêt à montrer au juge que la solution qu'elle propose s'écarte le moins possible de la jurisprudence traditionnelle. Ou, si elle s'écarte, qu'elle s'inscrit dans une ligne d'évolution indiquée par les arrêts antérieurs ».

63. Ou de définir le beau pour savoir ce qui l'est, de préciser ce qu'est la justice pour savoir ce qui est injuste etc.

64. Éric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006, p. 33 : « Il est possible que la rigueur de l'argumentation convainque ou contraigne. Il est possible aussi que d'autres arguments soient plus forts ».

65. Décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, *M. Roger D.*

66. Décision n° 2014-428 QPC du 21 novembre 2014, *M. Nadav B.*

67. Ce n'est pas seulement parce que les récits factuels et le registre des sentiments se prêtent mieux à l'exercice de la plaidoirie, mais aussi parce qu'à l'audience l'avocat reprend ses arguments les plus forts.

68. Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010.

69. Voir également les plaidoiries de Patrice Spinosi à l'audience des décisions n°s 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile] et 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II].

70. David Lévy, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*, p. 1251 ; Jean-François AKANDJI KOMBÉ, « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité. Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p. 1725 et s. ; Emmanuel PIWNICA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *précit.*, p. 178.

71. Rapport J-L Warsmann, Assemblée nationale, 2009, n° 1898, p. 14.

72. Bertrand WARUSFEL, « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in Emmanuel CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. Précit.*, p. 89.

73. Quand Patrice Spinosi demande au Conseil d'établir un « véritable statut constitutionnel du détenu », il agit comme un avocat militant. Pour employer la terminologie du rapport « La QPC en actions : usages et stratégies des avocats » précité, il ne relève pas – dans le cas de cette instance – de la catégorie de « l'avocat prestataire de service », mais de celle de « l'avocat humaniste », « défenseur de cause désintéressé et engagé ».

74. Article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

75. En quelques mois seulement, le justiciable peut en effet obtenir l'interprétation de la cour suprême ou du Conseil constitutionnel. Manuel GROS, « La production d'un quasi-avis contentieux au bénéfice du justiciable », in Emmanuel CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges, précit.*, p. 101.

76. *Idem*, p. 102-105.

77. L'obligation de soulever la QPC dans un mémoire distinct engendre en elle-même diverses complications qui génèrent les frais d'avocat supplémentaires. Il faut d'abord établir un mémoire entièrement nouveau dont la recevabilité répond à des conditions spécifiques, qui fera l'objet d'une instruction propre et donnera lieu à une audience distincte. Il faudra suivre ces délais autonome (frais de secrétariat), se rendre à l'audience, rendre compte des discussions et décisions au client... Emmanuel Cartier estime néanmoins que, dans l'ensemble et comparé à d'autres, la QPC est un mécanisme de contrôle de constitutionnalité « plutôt économique » Emmanuel CARTIER, « La variété de la "clientèle" du Conseil constitutionnel », in Emmanuel CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges, précit.*, p. 80). Dans le même sens David LÉVY, « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*, p. 1251 et Emmanuel PIWNICA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *précit.* p. 175.

RÉSUMÉS

Les avocats sont des interprètes opportunistes du droit car, à la différence d'autres acteurs juridiques, la façon dont ils lisent les textes est guidée par l'intérêt de leurs clients. On pourrait donc penser qu'avec leur entrée en scène, en 2010, la Constitution française ait été transformée,

corrompue, dégradée par leurs usages opportunistes de l'interprétation. Mais de telles craintes seraient infondées car, en réalité, les efforts argumentatifs des avocats de la QPC portent très peu sur l'interprétation *in abstracto* des dispositions constitutionnelles. A cet égard, ce sont des interprètes minimalistes de la Constitution. D'une part parce qu'ils sont à l'image du Conseil qu'ils cherchent à convaincre, d'autre part parce que, de manière plus générale, c'est n'est pas l'interprétation *in abstracto* des textes qui détermine l'issue des procès.

Lawyer are opportunist interpreters of the law as, unlike other legal actors, their readings of legal texts are guided by their clients' interests. One could therefore be led to think that, since they burst onto the scene in 2010, the French Constitution was transformed, corrupted or degraded by their opportunist uses of legal interpretation. But such fears would be unwarranted because, in truth, the argumentative efforts made by the lawyer of the QPC are rarely dedicated to *in abstracto* interpretation of constitutional provisions. In that regard, they are minimalist interpreters of fundamental law. Firstly, because they tend to mimic the Conseil constitutionnel who they need to convince, secondly, because, more generally speaking, *in abstracto* interpretation of legal texts does not determine the outcome of trials.

INDEX

Keywords : lawyer, in abstracto interpretation, in concreto interpretation, opportunistic interpretation, QPC, pleading, brief, instrumental interpretation, finalist interpretation.

Mots-clés : avocat, interprétation in abstracto, interprétation in concreto, interprétation opportuniste, QPC, plaidoirie, mémoire, interprétation-instrumentale, interprétation-finalité.

AUTEUR

RAPHAËL PAOUR

Raphaël Paour est maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Saclay, IEDP