Le double filtrage de la QPC ; Une mise en concurrence « *faussée* » entre les interprètes ?

Isabelle Boucobza

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/14108>

DOI : 10.4000/revdh.14108

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Isabelle Boucobza, « Le double filtrage de la QPC ; Une mise en concurrence « *faussée* » entre les interprètes ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 18 janvier 2021, consulté le 26 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/14108> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.14108>

Ce document a été généré automatiquement le 26 septembre 2022.

Tous droits réservés

Le double filtrage de la QPC ; Une mise en concurrence « faussée » entre les interprètes ?

Isabelle Boucobza

- 1 Le titre de cette contribution mérite d'emblée une explication. Lorsque Patricia Rapi m'a proposé d'intervenir dans ce colloque sur les interprétations concurrentes de la Constitution, l'analyse du double filtrage dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC ci-après) s'est imposée presque sans discussion. Par « double filtrage », on désigne cette particularité du dispositif de contrôle *a posteriori* en France qui associe, au sein de l'article 61-1 de la Constitution, les cours suprêmes – Conseil d'État et Cour de cassation – à la transmission de la question au Conseil constitutionnel, leur faisant jouer le rôle de deuxième filtre lorsque la QPC est soulevée devant les juridictions du fond¹. Les interprètes ici mis en concurrence sont donc les juridictions du fond, les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel.
- 2 L'idée d'une « mise en concurrence faussée » entre les interprètes, en revanche, ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Il s'agit d'une hypothèse ou plutôt de plusieurs hypothèses que cette contribution envisage de tester. Avant de les formuler, il faut adopter certaines conventions, notamment au sujet de l'expression « mise en concurrence faussée ». En décomposant cette expression, c'est d'abord la formule « *mise en* » concurrence qui peut intriguer. L'utiliser c'est enquêter sur un projet – conscient ou inconscient – de faire jouer la concurrence entre des interprètes au moment d'introduire en France le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le choix de l'interprète de la Constitution (et de la loi objet du contrôle) a toujours été au cœur des débats relatifs à la justice constitutionnelle avec cette idée, largement partagée dans les expériences européennes en la matière, que le monopole de l'interprétation doit être remis entre les mains d'un organe *ad hoc* et non des juges ordinaires. Questionner la mise en concurrence entre les différents acteurs de la QPC, c'est donc nécessairement examiner de plus près ce choix particulièrement constant² pour le double filtrage dès le premier projet de réforme constitutionnelle en 1990³ et confirmé ensuite en 1993 et

2008. Ce choix n'est-il pas énigmatique ? En tous cas, il est assez peu discuté, car malgré quelques voix plus ou moins dissonantes, dans l'ensemble, le double filtrage demeure assez bien admis⁴.

- 3 Afin de l'interroger, on ne peut pas exclusivement s'en tenir à l'étude de la jurisprudence des cours suprêmes en matière de renvoi ou de non-renvoi au Conseil constitutionnel et donc à la façon dont les dispositions qui fixent les conditions du filtrage sont interprétées. On doit également accorder une importance toute particulière au réseau complexe de contraintes, aux rapports mécaniques, que ces dispositions organisent entre les différents interprètes. C'est cette deuxième approche qui sera déployée ici. On en arrive alors au deuxième élément de la formule à expliciter : dans ce cadre de la QPC, la mise en rapport réalisée à travers le choix d'un double filtrage « fausse » la concurrence entre les interprètes. « Fausser le libre jeu de la concurrence entre les interprètes » sera entendu ici comme le fait de donner un avantage à un ou plusieurs acteurs de la QPC par rapport à d'autres qui seraient moins bien lotis. Il faut tout de suite préciser que penser le double filtrage comme un dispositif qui permet de « fausser » la concurrence ne consiste pas à produire un jugement de valeur négatif. Il est vrai qu'il est aujourd'hui très courant d'appréhender cette formule en termes économiques et l'on peut avoir le réflexe de penser que fausser le libre jeu de la concurrence est une « mauvaise action ». Ce n'est pas le point de vue adopté ici. On se contente d'observer que la concurrence paraît *faussée* par le double filtrage, autrement dit on appréhende cette potentielle situation comme un fait qui conduit à poser les questions suivantes : A qui, à quoi profite le double filtrage ? De quelle fin le double filtrage est-il le moyen ? La réponse à ces questions n'est pas évidente et c'est pourquoi il nous faudra formuler des hypothèses.
- 4 De la même façon, certaines fins explicites⁵ ou implicites présentées comme étant celles de la QPC devront être interrogées au regard du double filtrage. Par exemple, la fin – qui lui est souvent principalement associée⁶ – de « protection des droits et libertés » peut-elle être atteinte si le moyen adopté pour l'atteindre est celui du double filtrage, celui d'une concurrence faussée entre les acteurs ? Dans une précédente étude relative à la question générale de la protection de la Constitution, nous avons adopté une démarche proche de celle-ci au sujet du rapport établi entre les magistrats italiens et la Constitution de 1948⁷. On s'était notamment demandé de quelle fin le choix de conférer à tous les juges ordinaires – sans filtre donc – les clés d'accès à la justice constitutionnelle était-il le moyen ou encore si ce choix de l'absence de filtre était un moyen adapté pour atteindre l'objectif de protéger la Constitution. Cet éclairage comparatif pourra d'ailleurs être mobilisé puisque la QPC à la française est souvent rapprochée du dispositif italien en dépit de deux différences majeures entre les deux : la présence de double filtrage pour le premier, son absence pour le second ; la faculté de se saisir d'office du juge *a quo* pour le second, son absence pour le premier. Enfin, pour réaliser cette analyse du double filtrage, il faut avoir aussi en tête des questions de temporalité ou de contexte. Par exemple, on peut prendre en considération le moment de l'inscription initiale de ce moyen dans le dispositif de la QPC pour atteindre certaines fins plus ou moins explicites mais aussi tenter de montrer comment, avec le recul de dix ans de fonctionnement de la QPC, les acteurs se sont effectivement approprié ce moyen, ont éventuellement redéfini explicitement ou implicitement, les fins qu'ils poursuivent.

- 5 Ces conventions étant fixées, deux questions pourraient guider l'analyse : à qui le rapport établi entre les acteurs de la QPC a pu sembler donner un avantage et pour quelle fin ? A qui, en l'état actuel, le fonctionnement effectif du dispositif donne-t-il un avantage et pour quelle fin ? La réponse à ces questions peut tenir dans deux ou trois hypothèses, plus ou moins probables. Nous n'en traiterons que deux dans cette étude, mais on fera référence quand même à la troisième.
- 6 La première hypothèse est assez consensuelle mais paraît présenter quelques faiblesses. Elle consiste à dire que le double filtrage favorise les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel – à *égalité* – par rapport aux juridictions du fond pour parvenir à certains des objectifs poursuivis par la QPC (I). La deuxième hypothèse – moins consensuelle – infirme la première. Le double filtrage y est vu comme un avantage donné aux cours suprêmes au détriment du Conseil constitutionnel et des juridictions inférieures. Se pose alors la question des fins qui sont poursuivies par ce moyen (II). Enfin, dans la troisième hypothèse, qui ne sera pas développée ici, l'avantage irait au Conseil constitutionnel au détriment des cours suprêmes et des juridictions inférieures. C'est l'hypothèse bien connue du Conseil constitutionnel comme Cour suprême, ou Cour suprême en devenir.

I. Conseil constitutionnel et cours suprêmes avantages – à égalité – par rapport aux juridictions du fond ?

- 7 Cette hypothèse très consensuelle peut expliquer certains aspects du choix pour le double filtrage mais elle présente aussi certaines faiblesses qui la rendent peu probable. Son caractère consensuel tient à ce qu'elle a quelque chose d'évident. Dans la logique de l'option pour un contrôle concentré, on l'a rappelé en introduction, le contrôle de la constitutionnalité de la loi n'est pas confié aux juges ordinaires mais au Conseil constitutionnel lui-même. A cet avantage qui est donné au juge constitutionnel sur les juridictions ordinaires dans leur ensemble s'ajoute, en matière de QPC, celui qui est donné spécifiquement aux cours suprêmes de détenir les clés d'accès au contrôle de constitutionnalité. La position des juridictions du fond est apparemment la moins favorable de toutes celles des acteurs de la QPC, puisque comme leurs cours suprêmes, elles ne sont pas compétentes, en principe, pour contrôler la constitutionnalité des lois, pour soulever d'office de QPC, mais – à la différence des cours suprêmes – elles ne peuvent pas non plus porter de QPC *directement* devant le Conseil constitutionnel. Cette position avantageuse partagée par le Conseil constitutionnel et les juridictions suprêmes face aux juridictions du fond repose cependant sur des présupposés discutables. D'abord, elle semble exclure toute rivalité entre ces acteurs de la procédure QPC qui sont sommés de coopérer afin de ménager le monopole du Conseil constitutionnel dans l'interprétation de la Constitution (1). Ensuite, elle repose sur un présupposé discutable : les cours suprêmes seraient les plus compétentes pour déterminer si la question constitutionnelle doit lui être transmise. Ce dernier point contredit pourtant l'idée même d'un monopole de l'interprétation réservé au Conseil constitutionnel (2).

1. Une coopération jugée indispensable pour préserver le monopole du Conseil constitutionnel

- 8 Le Conseil constitutionnel et les cours suprêmes se trouvent, même si c'est pour des raisons différentes, dans une position plus favorable que celle des juridictions du fond, c'est notre point de départ. Pour justifier ce choix du double filtrage, les initiateurs de la QPC avancent principalement l'argument de l'encombrement ou de l'engorgement : les cours suprêmes – en filtrant les questions posées par les juridictions inférieures – évitent pour le Conseil le risque « d'être rapidement débordé par un flux de requêtes dont beaucoup n'auraient qu'un caractère dilatoire »⁸ ou « fantaisistes », le double filtrage éviterait donc que « l'ensemble du système juridictionnel s'en trouve paralysé »⁹. La participation des cours suprêmes à la procédure de la QPC se bornerait à l'étude de la recevabilité de la question, laissant au Conseil constitutionnel tout le loisir de se concentrer sur les « vraies » questions de constitutionnalité.
- 9 Cette lecture « coopérative » du filtre est particulièrement visible dans les premiers projets des années 90. La QPC est d'ailleurs présentée comme le produit d'une réflexion conjointe des principales figures de ces juridictions. C'est bien ainsi que Robert Badinter relate les origines de la QPC : « Je me mis donc au travail avec le premier président de la Cour de cassation, Pierre Drai, le vice-président du Conseil d'État, Marceau Long, et Bruno Genevois, secrétaire général du Conseil constitutionnel, pour élaborer la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. *Nous créâmes ainsi une procédure de filtrage complexe*¹⁰. » La perspective de la concurrence qui pourrait exister entre Conseil constitutionnel et cours suprêmes passe bien ici au second plan pour privilégier celle de leur alliance et de leur dialogue¹¹. La permanence de cette conception « coopérative » du double filtrage ne se démentira pas au fil des années. Ce choix s'est même renforcé puisque de provisoire, il est devenu rapidement pérenne et inscrit dans la Constitution¹².
- 10 A cet égard, la Garde des Sceaux le confirme pleinement lors des débats relatifs à la loi organique portant application de l'article 61-1 : « les cours souveraines demeurent des cours souveraines. La question de constitutionnalité implique une coopération des juridictions nationales, dans le respect de leur compétence et de leur spécialité¹³ ». Dans un sens convergent, lors de son audition par la Commission des lois constitutionnelles en 2008, Jean-Marc Sauvé explique que le filtre « permet d'associer très en amont le Conseil d'État et la Cour à l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle. Les deux cours suprêmes trancheront la question préjudicielle en l'écartant lorsqu'elle ne leur paraîtra pas présenter de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire, la question sera renvoyée au Conseil constitutionnel. L'arrêt de renvoi permettra d'éclairer les termes de la question posée » (...). Il conclut en affirmant que « (...) le filtre laisserait intact le monopole du Conseil constitutionnel pour dire si une loi antérieurement promulguée est contraire à la Constitution¹⁴ ». Si la coopération des juridictions est au cœur de ce raisonnement, il convient de préciser qu'elle ne vise pas tant à décrire les relations qui pourront exister entre les juridictions qu'à prescrire ce qu'elles devront être afin que le système effectivement adopté laisse au Conseil constitutionnel le monopole de l'interprétation de la Constitution. Cette dimension prescriptive du propos est particulièrement nette dans les propos de Marc Guillaume lors de son audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale en juin 2009 : « ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation ne doivent eux-mêmes faire œuvre

d'interprétation de la Constitution, [mais au contraire] appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹⁵.

- 11 Au moment de décider de faire entrer la QPC dans la Constitution, cette option pour un deuxième filtre qui *doit* coopérer peut convenir au Conseil constitutionnel car, vraisemblablement, il lui permet d'obtenir cette réforme importante pour son développement sans demander au constituant trop de modifications de sa structure qui pourraient le rendre menaçant tant pour le pouvoir politique que pour les autres juridictions. Sur ce dernier point, plusieurs auteurs ont d'ailleurs relevé que la rivalité entre le Conseil constitutionnel et les cours suprêmes a toujours été en arrière-plan de la réforme. Comme le souligne Marthe Fatin- Rouge Stefanini, « ce rôle de deuxième filtre conféré aux cours suprêmes présente un intérêt considérable : ne pas heurter la susceptibilité de ces hautes juridictions bénéficiant d'une légitimité historique bien plus grande que le Conseil Constitutionnel »¹⁶.
- 12 Malgré des réticences bien connues, cette coopération contrainte n'est peut-être pas si défavorable à la Cour de cassation qui garde sa position de suprématie dans son ordre juridictionnel et peut ainsi empêcher les juridictions judiciaires qui lui sont soumises d'utiliser la QPC contre sa propre jurisprudence. La Cour semble ainsi pouvoir se prémunir de ce risque qui a, par exemple, caractérisé les premières années de l'entrée en vigueur de la Cour constitutionnelle italienne pendant lesquelles les juges ordinaires italiens ont effectivement fait usage de la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle pour contester les jurisprudences jugées conservatrices de la Cour de cassation italienne et insuffisamment protectrices des droits et libertés consacrés par la Constitution de 1948¹⁷. Pour cette même raison, le double filtrage convient enfin au Conseil d'État qui renforce ainsi son influence sur son propre ordre juridictionnel mais également plus largement sur le contrôle de constitutionnalité lui-même.
- 13 Reste la question de la fin poursuivie : comment ce filtre coopératif et non concurrent peut-il servir la fin affichée de protection des droits et libertés constitutionnels attachée à la QPC ? Afin que le double filtrage ainsi compris soit bien le moyen de cette fin affichée, il semble qu'il faille adhérer à un présupposé qui contredit pourtant le principe même d'un filtre respectueux du monopole interprétatif du Conseil constitutionnel. Ce présupposé pourrait être le suivant : par rapport aux juridictions inférieures, les cours suprêmes doivent servir de filtre car elles seraient les meilleures interprètes de la loi au regard de la Constitution ou plus précisément des questions constitutionnelles relatives aux droits et libertés que la loi peut poser.

2. Une plus grande expertise des cours suprêmes pour déterminer si la loi pose une question de constitutionnalité en matière de droits et libertés ?

- 14 Le mécanisme permettrait de « déterminer si la question de constitutionnalité se pose »¹⁸. Le double filtrage présenterait l'avantage de « faire en sorte que le Conseil constitutionnel ne soit saisi que des questions qui méritent véritablement qu'il les examine¹⁹ ». Ces deux citations illustrent une justification répandue du double filtrage : en vertu de leur expertise juridique élevée, les cours suprêmes seraient en mesure de ne faire parvenir au Conseil constitutionnel que des questions qui seraient donc dignes de lui être soumises. La participation même des représentants des juridictions suprêmes à la confection de la procédure repose sur cette présomption de compétence

des hauts magistrats professionnels : relatant les premières discussions entre Robert Badinter et François Mitterrand à ce sujet, Michel Charasse le souligne au moment du débat sur la loi constitutionnelle de 2008 : « Le Président était assez convaincu mais il a malgré tout conseillé à M. Badinter de prendre avis auprès de *toutes les personnes compétentes*²⁰ ». Robert Badinter avait rappelé un peu plus tôt au cours de cette même séance au Sénat que « le système, déjà prévu par les projets successifs qui n'ont pas abouti, avait été mis au point après de nombreuses séances de travail entre M. Draï, premier président de la Cour de cassation, M. Long, Vice-président du Conseil d'État, et moi-même. Nous avons tout pesé, tout mesuré, et considéré que ce système permettait au mieux d'éviter un engorgement du Conseil constitutionnel²¹ ».

- 15 Mais qu'est-ce qu'une question qui se pose « véritablement » ou qui « mérite d'être examinée » ? On pourrait nous rétorquer qu'il s'agit, selon les termes de la loi organique, d'une « question nouvelle » ou « sérieuse ». Certes. Cependant, les larges marges d'appréciation que ces critères laissent entrevoir conduisent inévitablement à faire douter de « l'évidence²² » avec laquelle on nous assure que les questions « dilatoires » ou « fantaisistes » doivent être écartées. De surcroît, cette justification du double filtrage fondée sur une présomption de plus grande qualification des juridictions suprêmes pour déterminer si la question est recevable introduit une contradiction avec l'idée même de coopération entre Conseil constitutionnel et cours suprêmes pour deux raisons complémentaires. D'abord, elle fait reposer tout l'édifice du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur les cours suprêmes, sans que l'on comprenne bien pourquoi ce sont ces juridictions, et seulement elles, qui seraient mieux armées pour détenir les clés de l'accès au juge constitutionnel. Pourquoi les juridictions du fond ne pourraient pas détenir un tel savoir ? Du reste, pour soutenir un tel argument, il faudrait admettre avec ceux qui le soutiennent que les cours suprêmes se contenteraient de « connaître » le droit lorsqu'elles l'interprètent. Or, cela suppose d'adhérer à un présupposé bien ancré du système juridique selon lequel « interpréter » est une activité de connaissance et non de volonté. Remettre l'accès à la justice constitutionnelle entre les mains des plus hauts magistrats des deux ordres juridictionnels français implique à coup sûr d'adhérer à cette lecture traditionnelle : ces hauts magistrats détiendraient un savoir propre (et non un pouvoir) qui justifierait qu'ils opèrent le tri entre les « vraies » et les « fausses » questions de constitutionnalité. En revanche, si les cours suprêmes décident effectivement de la signification des énoncés qu'elles interprètent, alors il n'est plus possible de soutenir qu'en déterminant si la question est « sérieuse » les juridictions suprêmes se contentent de prendre acte d'une « vérité » sur le fondement de leur expertise juridique. Un argument du même ordre est également avancé pour soutenir l'avantage donné aux cours suprêmes par rapport aux juridictions du fond : celui de la faible familiarité de ces dernières avec les questions constitutionnelles²³. Ce motif est pourtant fragile puisque dans d'autres systèmes juridiques, les juges du fond ont appris à se familiariser avec ces questions pour participer pleinement à la garantie des droits et libertés constitutionnels, c'est précisément le cas des juges ordinaires italiens qui ont développé à cet égard une culture de la Constitution et notamment de la protection des droits et libertés constitutionnels²⁴.
- 16 Ensuite, et surtout, cette justification ne tient pas car elle anéantit la possibilité même d'un monopole du Conseil constitutionnel en matière d'interprétation de la Constitution. En confiant aux cours suprêmes, dans la loi organique, le soin de vérifier

que les questions posées en première instance présentent bien un caractère sérieux ou nouveau, ces Cours sont inmanquablement conduites à exercer un contrôle de constitutionnalité des lois²⁵. Ainsi, notamment, en cas de décision de non-renvoi, la loi paraît « pré-jugée » conforme à la Constitution par les cours suprêmes. Ces dernières en ressortent bien bénéficiaires d'un avantage qui fausse la concurrence non seulement à l'égard des juridictions inférieures mais également à l'égard du Conseil constitutionnel qui s'en trouve affaibli. Cela nous amène à considérer la deuxième hypothèse, celle d'un double filtrage qui profite aux cours suprêmes au détriment du Conseil constitutionnel et des juridictions du fond. Pour l'étayer, on tentera de montrer que cet affaiblissement sert d'autres fins que la seule protection des droits et libertés constitutionnels - déjà très présentes dans les débats sur l'introduction de la QPC.

II. Le double filtrage à l'avantage des cours suprêmes : un moyen pour quelle(s) fin(s) ?

- 17 Le double filtrage est un des rouages d'une procédure elle-même reliée à la poursuite d'objectifs plus ou moins explicites. Il est courant de lire à cet égard que la QPC a été conçue pour un triple objectif : assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique, garantir la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne, permettre au justiciable de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution²⁶. On accordera de notre côté une importance particulière à un objectif formulé au cours du débat parlementaire relatif à l'introduction de la QPC en juin 2008, par Michel Charasse (qui par la suite sera lui-même membre du Conseil constitutionnel) qui n'est pas sans lien avec les trois premiers. Rendant hommage à la persévérance de Robert Badinter pour faire advenir cette réforme, notamment auprès de François Mitterrand, Michel Charasse rappelle qu'il a fallu de nombreuses séances de travail entre Robert Badinter, le Vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation pour « *mettre au point une procédure qui ne pose pas de problèmes à la République* ». Par cette formule un peu abrupte, l'objectif poursuivi peut être entendu assez simplement : la QPC doit être compatible avec l'architecture constitutionnelle de la Vème République et ne pas remettre en cause les équilibres existants où le pouvoir gouvernemental domine les autres. Le double filtre pourrait être le moyen de cette fin, en conférant un avantage aux cours suprêmes au détriment des juridictions du fond mais également du Conseil constitutionnel. Cette deuxième hypothèse semble trouver aujourd'hui quelque confirmation dans le fonctionnement effectif de la QPC : l'anniversaire des dix ans a permis de montrer que l'avantage des cours suprêmes se confirme au fur et à mesure que le temps passe si on lit les spécialistes de la jurisprudence du double filtre. Cette pratique de la QPC favorable aux juridictions suprêmes paraît parfaitement compatible avec l'objectif de ne pas poser de problèmes à la République » (1). En revanche, elle interroge sur sa possible adéquation à l'objectif de protection des droits et libertés qui lui est aussi attaché aux termes même de la Constitution (2).

1. Un avantage donné aux cours suprêmes afin que la QPC « ne pose pas de problèmes à la République »

- 18 Les cours suprêmes sont bien aujourd'hui en position de force par rapport au Conseil constitutionnel, notamment en raison d'un fait statistique : la diminution constante du

flux des QPC depuis 2010²⁷. Cette diminution peut-elle laisser penser que les cours suprêmes ont bien pris la main sur le contrôle de constitutionnalité ? Le risque que le filtre puisse devenir un « bouchon » est bien connu, il repose sur la crainte (vraisemblable au regard des chiffres indiqués) que les juridictions du fond et plus encore les juridictions suprêmes ne transmettent pas suffisamment de questions au Conseil constitutionnel et s'approprient une compétence en principe réservée au Conseil constitutionnel, celle de déterminer si la loi a porté atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cette crainte est probablement nourrie par « l'absence de frontière clairement tracée entre le filtrage et le contrôle de constitutionnalité²⁸ ». Cette question a occupé une partie des débats constitutants. Dans une première formulation de la loi organique, il était conféré aux juridictions suprêmes le soin de déterminer – non pas si la *question* de constitutionnalité est sérieuse ou nouvelle comme c'est le cas dans la formulation en vigueur – mais bien si la *disposition* en cause posait une question sérieuse ou nouvelle²⁹.

- 19 Il demeure que le changement sémantique n'a pas fait disparaître le risque d'un pré-contrôle de constitutionnalité réalisé par les juridictions suprêmes. Certes des interventions rassurantes des acteurs impliqués dénie ce risque en s'en remettant, on l'a vu, à la prescription d'une « coopération loyale » des juridictions suprêmes, à leur « bonne volonté, à leur self-restreint et à la sincérité de leur implication dans le bon fonctionnement de la procédure de QPC »³⁰. Pourtant, force est de constater que la « foi dans la sagesse et le dialogue des juges³¹ » afin que les rôles respectifs de chacun soient respectés ne suffit pas. Dès 2013, Agnès Roblot-Troisier estime que le Conseil constitutionnel « est un juge constitutionnel d'exception tandis que Conseil d'État et Cour de Cassation sont devenus juges constitutionnels de droit commun »³². Plus récemment, en 2020, Annabelle Pena affirme que les juges suprêmes « n'hésitent plus à se poser en juge constitutionnel du filtre. À travers l'examen du sérieux de la question de constitutionnalité, ils ne se contentent plus d'écarter les questions dilatoires ou mal posées, ils se livrent à un examen de constitutionnalité de la loi³³ ».
- 20 On trouve, dès 2012, des éléments tangibles de l'existence de ce pré-examen de constitutionnalité de la loi par une juridiction suprême dans les propos de Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat. Dans son discours, la pratique du second filtrage se trouve corrélée avec un souci de gestion des flux de la QPC : « si le filtre n'a pas vocation à être un verrou, *il ne peut non plus, sans mettre en péril la stabilité du mécanisme, être une passoire*. L'appréciation du caractère sérieux d'une question illustre cet équilibre³⁴ ». Cette recherche d'équilibre en vue de préserver la viabilité de la procédure QPC ne donne-t-elle pas à voir la relative liberté d'interprétation conférée à la juridiction suprême dans son rôle de filtre ? S'ajoute à cette première faculté de veiller au non engorgement du Conseil constitutionnel, celle qui consiste à évaluer les questions à l'aune des critères de la loi organique : « sont ainsi écartés non seulement les questions fantaisistes ou simplement dilatoires, mais également *les cas où il n'existe pas d'atteinte excessive à une liberté compte tenu des objectifs poursuivis, où les distinctions entre des catégories de personnes ne sont évidemment pas injustifiées, ou encore ceux où il apparaît clairement que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence*³⁵ ». Comment ne pas percevoir que juger du caractère non excessif de l'atteinte portée à une liberté, c'est déjà juger de sa conformité à la Constitution et donc s'arroger une compétence qui n'a pas été conférée à la juridiction suprême ? Le juge constitutionnel

n'en ressort-il pas affaibli et le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* potentiellement bridé par les non-renvois des cours suprêmes ?

- 21 Cette concurrence faussée au profit des juridictions suprêmes pose encore la question de ses objectifs. Le double filtrage a certes été critiqué, mais il paraît aujourd'hui assez largement admis³⁶, ce qui laisse supposer qu'il remplit certains buts qu'il devait servir à atteindre. C'est là que l'on peut notamment interroger son adéquation à l'objectif formulé par Michel Charasse lors des débats constitutants en 2008 : « ne pas poser de problèmes à la République » que l'on peut traduire par la volonté de ne pas remettre en cause les équilibres constitutionnels établis par la Constitution de 1958 et doit être concilié avec l'autre objectif affiché et davantage mis en avant dans les discours relatifs à la QPC, celui de la protection des droits constitutionnels. On pourrait cependant nous objecter que – précisément – la QPC limite les risques de remise en cause de ces équilibres en bornant le contrôle de la loi aux questions relatives « aux droits et libertés que la Constitution garantit » et en excluant celles qui relèvent de l'organisation de la procédure législative ou de la répartition des compétences normatives entre les organes. On répondra cependant que la frontière entre les deux domaines n'est pas assez nette et qu'une décision relative aux atteintes portées par la loi aux droits et libertés constitutionnels peut avoir des implications institutionnelles en limitant le pouvoir de certaines autorités.
- 22 Est-ce que le double filtrage permet de « ne pas poser de problèmes à la République » ? De ce point de vue, pour le moment, le résultat paraît assez satisfaisant. D'abord, le premier filtre, en ne renvoyant pas la question, consolide déjà cet objectif en conférant une présomption de constitutionnalité à la loi mise en cause. Ensuite, le filtrage réalisé par les juridictions suprêmes contribue à ne pas déstabiliser le système et pourrait même le renforcer. Dans cette configuration, en effet, le Conseil constitutionnel ne semble pas tant aux prises avec le politique (comme il l'est dans le cadre du contrôle *a priori*) qu'il ne l'est avec les autres juridictions, enserré dans ce nouveau jeu de contraintes complexes ? établi par la procédure QPC. En effet, l'unité de la jurisprudence des cours suprêmes est préservée. Leur politique jurisprudentielle de renvoi ou de non-renvoi peut même s'inscrire dans cette unité puisque les décisions de transmissions ou de non-transmissions des juges du fond s'alignent sur elle. Autrement dit, si une juridiction a un doute sérieux sur la constitutionnalité d'une loi, ce doute sérieux peut être remis en cause par la juridiction supérieure et le Conseil constitutionnel n'y peut rien. A l'occasion des dix ans de la QPC, le Président du Conseil constitutionnel a cependant évoqué la nécessité que « chacun puisse plus aisément connaître la jurisprudence des deux ordres de juridiction et vérifier notamment si des QPC ont déjà été soumises aux juges du fond ». A ses yeux, « seul un travail de suivi périodique de la QPC nous permettra à l'avenir, avec tous ceux qui ont en partage la préoccupation du succès de cette procédure, de vérifier la réalité qu'elle permet des progrès de la protection des droits et libertés garantis par notre Constitution »³⁷.
- 23 Pour autant, le double filtrage est-il un obstacle à la fin attachée principalement à la QPC, celle qui permettrait aux justiciables de réclamer la protection de leurs droits et libertés constitutionnels ?

2. L'avantage donné aux cours suprêmes permet-il d'atteindre l'objectif de « protection des droits et libertés garantis par la Constitution » ?

- 24 Pour répondre positivement, il faudrait admettre l'argument précédemment présenté que les cours suprêmes ont une meilleure « connaissance » des questions de compatibilité entre la loi et les droits et libertés constitutionnels que les autres acteurs de la QPC. D'ailleurs, cette prétendue « meilleure connaissance » peut-elle être démontrée quand les cours suprêmes refusent de renvoyer, produisent des interprétations conformes, ou des réserves d'interprétation ? On peut aussi se demander si cette position de force des cours suprêmes ne contredit pas l'objectif même de la réforme d'ouvrir aux justiciables une voie de droit devant le juge constitutionnel s'ils estiment leurs libertés fondamentales mises en péril par la loi. Enfin, pour répondre positivement, il faudrait encore peut-être faire l'impasse sur le fait que les cours suprêmes poursuivent parfois d'autres buts que celui de la protection des droits et libertés : à cet égard, elles sont mues par la volonté de défendre leurs propres positions jurisprudentielle et institutionnelle à l'égard des autres juges insérés dans le réseau de contraintes mis en place par la QPC. Marthe Fatin-Rouge Stefanini le souligne avec netteté : « (...) derrière la manière dont les juges effectuent le filtrage, ce qui se joue, et qui est bien éloigné des préoccupations des justiciables, est la question du rôle et de l'influence que peuvent avoir les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel dans les institutions »³⁸. Est-ce que c'est cette émulation/compétition entre les juges qui constituerait un atout pour la garantie des droits et libertés constitutionnels ?
- 25 On pourrait plus franchement répondre négativement à la question si l'on pense qu'il faudrait une unité de jurisprudence en la matière, une unité garantie par une Cour constitutionnelle suprême (c'est la troisième hypothèse) dont la jurisprudence parlerait d'une seule voix en matière de droits et libertés constitutionnels (et même conventionnels). La protection des droits et libertés s'entend en Italie comme la mise en œuvre de la Constitution par la « magistrature » entendue désormais dans un sens très large qui inclut l'ensemble des juridictions avec à leur sommet la Cour constitutionnelle. Cette situation est le produit d'une longue révolution culturelle qui est à l'œuvre depuis l'après Seconde Guerre Mondiale, qui ne s'est pas faite sans heurts et sans mise en cause régulière du pouvoir des juges, notamment du fond, lorsqu'ils prétendent devenir – avec la Cour constitutionnelle – les gardiens de la Constitution. Cette révolution est enfin étroitement liée à la faculté qui est donnée à tous les juges ordinaires de se saisir d'office d'une question de constitutionnalité³⁹ qui a été pour beaucoup dans leur appropriation du mécanisme et dans l'affirmation de cette culture de la constitution.
- 26 La situation est différente en France. Cette culture de la Constitution n'est pas aussi répandue dans tous les milieux judiciaires. La protection des droits et libertés demeure – malgré l'introduction de la QPC – une question qui n'est pas seulement constitutionnelle et qui ne peut pas l'être car elle est associée à d'autres cadres procéduraux que la QPC. Elle reste éclatée entre les différents ordres de juridiction et autorités (référé liberté, Défenseur des droits etc.) et entre différentes normes de références (contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité notamment). Cette fragmentation nourrit les débats autour d'une réforme de la QPC qui conférerait

officiellement au Conseil constitutionnel un statut de « véritable » Cour suprême, qui coïnciderait – selon les discours, tantôt à ce qu’il est déjà, tantôt à ce qu’il devrait être. C’est ici que l’on retrouve notre troisième hypothèse, celle d’une concurrence faussée au profit du Conseil constitutionnel. La perspective d’une telle réforme est cependant très incertaine. Elle pourrait se faire attendre longtemps, peut-être aussi longtemps que la QPC elle-même.

NOTES

1. Les références en ligne qui sont citées dans cette étude ont toutes été consultées pour la dernière le 3 décembre 2021. V. Article 61-1 de la Constitution de 1958 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ». Voir également l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
2. D'autres hypothèses n'ont jamais été sérieusement envisagées, sauf dans les propositions du Comité Balladur, qui avait adopté une solution qui excluait ce double filtre : « Le Conseil constitutionnel est, à la demande du justiciable, saisi dans les conditions fixées par une loi organique sur renvoi du Conseil d'État, de la Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre ». Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République.
3. Projet de loi constitutionnelle n° 1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution ; voir également le rapport Vedel remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, le Projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (n° 231).
4. Selon Laurence GAY, « En France, si certains projets de réforme ont eu cours dans les premiers mois ayant suivi l'entrée en vigueur du nouvel article 61-1 de la Constitution, le double filtre ne semble plus mis en cause dans son principe même. Les satisfecit qui lui ont été adressés par ses principaux acteurs, lors des auditions à l'Assemblée nationale au terme de près de trois ans de fonctionnement de la QPC, l'attestent. Laurence GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne » in *La question prioritaire de constitutionnalité*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 51-89 ; Selon Mathieu DISANT, « De même, en doctrine, il semble qu'il y ait un certain nombre d'observateurs qui conviennent du maintien de ce double filtre ». *ibid.*, p. 629.
5. On peut tirer du Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599), relatif à l'application de l'article 61-1 de la Const en date du 3 septembre 2009, quelques illustrations de ces fins explicites de la procédure QPC. Ainsi, le plan de ce document affiche au moins deux objectifs, celui « d'assurer la constitutionnalité de l'ordre

juridique » et celui de « permettre au citoyen de faire valoir des droits constitutionnels ». Un autre exemple d'énonciation explicites de ces fins se trouve dans l'intervention de Bertrand MATHIEU, lors de son audition par la Commission des lois constitutionnelles retranscrites dans ce même rapport : « La réforme de 2008 visait un triple objectif : purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, permettre au citoyen de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution et assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique. Ces trois objectifs sont également cités par M. Marc GUILLAUME, secrétaire général du Conseil constitutionnel. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

6. Pour MICHELLE Alliot-Marie, Garde des Sceaux, la QPC « vise à donner réalité à la protection des droits et libertés inscrits dans la loi fondamentale de notre pays ». v. son audition devant la Commission des lois constitutionnelles, le 3 septembre 2009 in Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelle, *op.cit.*

7. V. Isabelle BOUCOBZA, « Les magistrats italiens et la Constitution de 1948 », in Arnaud LE PILLOUER (dir.), *La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes et justifications*, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques- Université de Poitiers, Collection Actes et colloques de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, 2018, pp. 9-20.

8. Rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation des institutions de la Ve République

9. « En prévoyant que le Conseil constitutionnel puisse être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, le législateur a également voulu éviter certains risques, notamment celui de l'engorgement des juridictions par des questions déjà tranchées ou fantaisistes, dont la finalité serait purement dilatoire. Ce qui est en jeu, je le rappelle, c'est la possibilité de garantir aux citoyens que les lois respectent bien leurs droits et leurs libertés tels que définis par la Constitution. *Audition de Mme. Alliot Marie*, Garde des sceaux, ministre de la Justice et des libertés, le jeudi 3 septembre 2009, in Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelle, *op.cit.*

10. Robert BADINTER, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2020-numerique/qpc10ans-robert-badinter.php>, nous soulignons.

11. Dans les débats parlementaires et dans les auditions des acteurs de la QPC, l'idée que le dispositif instaure, voire impose, un dialogue des juges revient fréquemment. Jean-Luc WARSMANN augure, par exemple, l'organisation d'un dialogue « constructif », in Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelle, *op.cit.*

12. Dans les tous premiers projets, le filtre est d'abord présenté comme provisoire, mais dès 1993 il est envisagé comme pérenne et inscrit dans les projets de révision de la Constitution et non dans la loi organique.

13. V. la discussion du Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1599, déposé le 8 avril 2009, séance du lundi 14 septembre 2009.

14. Nous soulignons. V. Audition de M. Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État, auditionné par le rapporteur, le lundi 5 mai 2008, l'analyse par le Conseil d'Etat du dispositif de question préjudicielle de constitutionnalité institué à l'article 61-1 de la Constitution, in Rapport N° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, *op.cit.*

15. V. son audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1ère lecture du projet de LO, mardi 30 juin 2009, Séance de 8 heures 15, compte-rendu n° 63.

16. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Propos d'ouverture, *La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, sous la direction de Ariane VIDAL-NAQUET et Xavier MAGNON, PUAM, 2020, p. 8.

17. Jean-Luc WARSMANN paraît conscient de ce risque et se fonde précisément sur l'exemple italien pour justifier la solution du double filtrage français. « La première [solution] consistait à confier, comme en Italie, au juge devant lequel l'exception est soulevée le soin d'en apprécier le sérieux et donc de la transmettre ou non au juge constitutionnel. Mais on a vu les inconvénients d'un tel système, notamment au regard de l'unité nécessaire de la jurisprudence. » in Rapport N° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, *op.cit.*

18. A l'occasion de la discussion du projet de loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le 14 septembre 2009, le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale, Jean-Luc WARSMANN, précise que « le rôle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation n'est pas de juger de la constitutionnalité, mais de déterminer si une question de constitutionnalité se pose » <https://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009-extra2/20092001.asp>

19. V. le Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité présenté par Jean-Jacques URVOAS, député. https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#p312_90617

20. Nous soulignons. V. le compte rendu analytique officiel du 24 juin 2008, discussion au Sénat de la loi de modernisation des institutions de la Vème République http://www.senat.fr/cra/s20080624/b_s20080624_56.html

21. *Ibid.*

22. « Dès lors qu'un doute raisonnable existe, la question est transmise au Conseil constitutionnel. L'exercice auquel se livre le Conseil d'État est assurément un contrôle de l'évidence ». Audition de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, et de Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 21 novembre 2012.

23. Cet argument est également présent en doctrine. Selon Xavier VOLMERANGE, par exemple, « le juge *a quo*, lorsqu'il transmet une question de constitutionnalité, n'a pas une grande maîtrise de la question. Ce n'est pas son quotidien, alors que la juridiction qui va concentrer tous les recours, elle, va s'acclimater à cette nouvelle forme de filtrage et acquérir une certaine expérience », *in* table ronde sur les modalités du filtrage du contrôle de constitutionnalité, *La question prioritaire de constitutionnalité*, sous la direction de Laurence GAY, *op.cit.* p. 635

24. V. Sur ce point Alessandro PIZZORUSSO, « Il disgelo costituzionale », *in* *Storia dell'Italia Repubblicana*, vol. 11/2, Einaudi, Torino, 1995, pp. 115-150 ainsi que Luigi FERRAJOLI *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 1999, p. 5.

25. V. En ce sens, la position de Jean-Claude COLLIARD pendant les débats parlementaires : « En revanche, lorsqu'elle ne transmettra pas au Conseil constitutionnel la question préjudicielle, la juridiction suprême affirmera la constitutionnalité d'un texte et donc se conduira en juge de la constitutionnalité. Si le filtre fonctionne bien, dans la quasi-totalité des cas c'est le Conseil d'État ou la Cour de cassation qui déclarera que la loi n'est pas entachée d'inconstitutionnalité. Le principal risque de cette réforme est qu'elle aboutisse ainsi à un contrôle diffus par les juridictions suprêmes au lieu d'un contrôle centralisé par le Conseil constitutionnel ». *in* Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelle, *op.cit.* ; v. *contra* Jean-Marc SAUVÉ *in* « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État » lors de la Journée d'étude organisée au Conseil d'État par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne le 1er avril 2011. : « Le Conseil d'État et la juridiction administrative contribuent certes au contrôle de constitutionnalité de la loi : la volonté que les justiciables et les juges s'approprient notre loi fondamentale s'est inscrite au cœur des objectifs qui ont conduit à l'instauration du double filtre prévu par la Constitution et la loi organique. Mais, d'une part, les juridictions ordinaires ne peuvent censurer les dispositions législatives contestées et, parmi ces juridictions, loin de prononcer un pré-jugement de constitutionnalité, le Conseil d'État ne procède pas à un filtrage trop strict de la QPC et se borne à motiver très sommairement et même

laconiquement les décisions de transmission qu'il rend, sans entrer dans une démonstration de l'inconstitutionnalité de la loi. Cette pratique est notablement différente, par exemple, de celle des juridictions allemandes qui, dans leurs décisions de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle fédérale, doivent indiquer en détail les motifs qui, selon elles, justifient l'inconstitutionnalité de la norme. D'autre part, lorsqu'une juridiction administrative – ou judiciaire – rejette la question de constitutionnalité, sa décision n'a pas pour objet de déclarer la loi conforme à la Constitution, mais simplement de constater que les conditions mises à la transmission de la question au Conseil constitutionnel ne sont pas remplies ».

26. Pour un exemple de fins explicites, voir l'intervention de Bertrand MATHIEU, lors de son audition par la Commission des lois constitutionnelles retranscrites dans le Rapport n° 1898 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599), relatif à l'application de l'article 61-1 de la Const : « La réforme de 2008 visait un triple objectif : purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, permettre au citoyen de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution et assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique. Ces trois objectifs sont également cités par M. Marc GUILLAUME, secrétaire général du Conseil constitutionnel. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

27. v. le bilan statistique réalisé par le Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>

28. Marthe FATIN- ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, LGDJ, pp. 29-42.

29. « Le Conseil d'État ou la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la disposition contestée soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse ». Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n° 1599

30. Marthe FATIN- ROUGE STEFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », *op.cit.*

31. Ce sont les termes employés par Marc GUILLAUME lors de son audition par la Commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale le 30 juin 2009 au sujet du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n° 1599.

32. Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation », in NCCC (dossier « trois ans de QPC », juin 2013

33. Annabelle PENA « La QPC devant Le juge *a quo*. L'élévation progressive du juge du tri en juge constitutionnel du filtre » in *La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, sous la direction de Ariane VIDAL-NAQUET et Xavier MAGNON, *op.cit.* p. 38.

34. Audition de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, et de Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 21 novembre 2012. Nous soulignons.

35. *ibid.*

36. Pour une voix dissonante, v. toutefois les propos de Mathieu DISANT selon lequel « le double filtre constitue une amputation du plein office du Conseil constitutionnel ». Il dénonce « (...) l'argument 'épouvantail' de l'encombrement des requêtes ». A ses yeux, cet argument est « en bonne partie une illusion (...) si cet argument était véritablement sérieux, ne faudrait-il pas aujourd'hui en tirer les conséquences compte tenu de la diminution du flux de QPC ? On sait tous en définitive que l'explication essentielle de ce double filtre est dans la volonté des cours suprêmes de garder d'une façon ou d'une autre la main sur le contrôle de constitutionnalité de la

loi ». *in table ronde sur les modalités du filtrage du contrôle de constitutionnalité, La question prioritaire de constitutionnalité*, sous la direction de Laurence GAY, *op.cit.*, p. 630

37. « Avant-propos du Président Laurent Fabius », *Titre VII*, octobre, 2020, pp. 1-3. ; Les dix ans de la QPC auront donc été l'occasion pour le Conseil constitutionnel, par l'intermédiaire de son Président Laurent Fabius, de réaliser qu'il convient de donner une visibilité à l'échelle nationale à l'ensemble des QPC en donnant accès à une base de données recensant toutes les questions soulevées par les justiciables devant toutes les juridictions, y compris celles qui n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel. Jusqu'à aujourd'hui, seules les questions examinées par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont accessibles. Le caractère très tardif de l'intérêt qui est porté par le Conseil constitutionnel à l'égard des QPC qui ne lui parviennent pas peut surprendre. Est-ce encore un symptôme de ce postulat évoqué plus haut aux termes duquel les juridictions du fond sont jugées insuffisamment qualifiées pour traiter des questions constitutionnelles ? Cette incuriosité interroge néanmoins au regard de certains des objectifs de la QPC déjà évoqués, « assurer la constitutionnalité de l'ordre juridique » ou permettre aux citoyens de « faire valoir des droits constitutionnels ».

38. Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, Propos d'ouverture, *La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, sous la direction de Ariane VIDAL-NAQUET et Xavier MAGNON, PUAM, *op.cit.*, p. 8

39. Au moment de l'introduction de la QPC en France, Guillaume DRAGO s'était montré favorable à cette saisine d'office lors de son audition par la Commissions des lois du Sénat lors de la discussion du projet de loi organique donnant application à l'article 61-1 : « Premièrement, il a indiqué que l'article 23-1 du projet de loi organique interdisait aux juges de relever d'office l'inconstitutionnalité d'une loi. Il a déclaré que cette interdiction risquait de nuire à l'effectivité de la réforme pour trois raisons : - l'interdiction du relevé d'office réduira drastiquement le nombre de questions de constitutionnalité dont le juge aura effectivement à connaître ; en tant que telle, elle aura des effets disproportionnés par rapport à son objectif, qui est de prévenir le développement anarchique de ces questions ; - dans un contexte où l'initiative du juge est prohibée, seuls les justiciables ayant les moyens financiers de faire appel à un conseil juridique pourront effectivement formuler des questions de constitutionnalité ; - enfin, les juges pourront difficilement s'approprier un mécanisme qui est soustrait à leur initiative. En conséquence, il a souhaité que l'inconstitutionnalité soit, à l'inverse de ce que prévoit le projet de loi organique dans sa rédaction actuelle, consacrée comme un moyen d'ordre public. Il a donc appelé le Parlement à faire confiance aux juges et à leur permettre de faire respecter la hiérarchie des normes, et donc de protéger l'État de droit, en les obligeant à relever d'office l'inconstitutionnalité des lois ». v. Application de l'article 61-1, Audition de M. Guillaume Drago, professeur de droit à l'université de Paris II, 23 septembre 2009.

RÉSUMÉS

Le « double filtrage » de la QPC désigne cette spécificité du système de contrôle de constitutionnalité a posteriori français qui associe, au sein de l'article 61-1 de la Constitution, les cours suprêmes – Conseil d'État et Cour de cassation – à la transmission de la question au Conseil constitutionnel, leur faisant jouer le rôle de deuxième filtre lorsque la QPC est soulevée devant les juridictions du fond. Par ce dispositif, les interprètes de la Constitution semblent mis en

concurrence. Ils sont pris dans un jeu de contraintes complexes dans lequel certains acteurs de la QPC semblent avantagés par rapport à d'autres. A qui, à quoi profite le double filtrage ? De quelle fin est-il le moyen ? Pour répondre à ces questions, plusieurs hypothèses sont formulées. Deux d'entre elles sont testées de façon approfondie. Selon la première, qui va se révéler fragile, les Cours suprêmes et le Conseil Constitutionnel se trouveraient – à égalité – en position de force, par rapport aux juridictions du fond. En revanche, selon la seconde, plus probable, le double filtrage fausse la concurrence en faveur des Cours suprêmes.

The "double filtering" of the *Priority Question of Constitutionality* refers to the specificity of the French system of *a posteriori* constitutionality review, which associates, the Supreme courts – Conseil d'Etat and Cour de cassation – with the transmission of the question of constitutionality to the Constitutional Council. Thus, they play the role of a second filter when that "question" is raised before the courts of First instance. Within that system, the interpreters of the Constitution seem to be in competition with each other. They are caught up in a game of complex constraints in which certain actors of the *Priority Question of Constitutionality* seem to have an advantage over others. Who and what benefits from the double filtering? To what end is it the means? To answer these questions, several hypotheses are formulated. Two of them are tested in depth. According to the first one, which will prove to be fragile, the Supreme Courts and the Constitutional Council would be in an equal position of strength compared to the courts of first instance. On the other hand, according to the second, more likely, double filtering distorts competition in favor of the supreme courts.

INDEX

Mots-clés : Conseil constitutionnel, cours suprêmes, juridictions du fond, QPC, double filtrage, mise en concurrence, concurrence faussée, jeu de contraintes.

Keywords : Constitutional Council, Supreme courts, Courts of the merits, Priority Question of Constitutionality, double filtering, competition, distorted competition, set of constraints.

AUTEUR

ISABELLE BOUCOBZA

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