



Lettre d'actualité de la QPC

n° 3 – septembre 2024

Articles en version intégrale

Sommaire

Les avocats aux Conseils et la QPC (Thomas Lyon-Caen)	3
L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel (Laurent Fabius)	5
1. – La période des sept années écoulées rend compte du souci du Conseil constitutionnel de conférer un effet utile à ses déclarations d'inconstitutionnalité.	6
2. C'est cette approche qui s'est vérifiée à plusieurs reprises dans la période la plus récente	13
Les réserves dites « transitoires » du Conseil constitutionnel et la procédure pénale (Évelyne Bonis)	16
La responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles, un recours encore sous-exploité (Théo Ducharme)	22
1) Un outil encadré	22
2) Un outil pratique	23
Premier podcast du Conseil constitutionnel sur la QPC	25
Hommage à Robert Badinter	26
La salle d'audience publique QPC prend le nom de Robert Badinter	26
Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité	26
La dixième audience « hors les murs » à Toulouse	28
Les déplacements de Madame Patricia Pomonti, ambassadrice de la QPC, à la rencontre des acteurs de la procédure	29
Sélection de décisions	30
Conseil constitutionnel	30
Conseil d'État (<i>décisions de non-renvoi</i>)	30
Cour de cassation (<i>décisions de non-renvoi</i>)	30
L'enseignement supérieur du droit constitutionnel (Bernard Beignier et Didier Truchet)	31

Les avocats aux Conseils et la QPC

*par Thomas Lyon-Caen,
président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

C'est un privilège, pour le président de l'Ordre des avocats aux Conseils que je suis, d'être en charge de l'éditorial de cette troisième lettre de la QPC.

Près de quinze ans après l'entrée en vigueur de l'importante réforme qui a consacré le droit fondamental du justiciable de voir assurer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois en vigueur, il est bon de rappeler le rôle essentiel de l'avocat dans la vie et le développement de ce formidable outil au service des libertés individuelles et du droit.



Quoi qu'il pense de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution d'une disposition législative (ou de son interprétation constante par la jurisprudence), un juge ne peut en effet se saisir d'office d'une QPC.

C'est dire combien le rôle des avocats est déterminant.

Les avocats aux Conseils se sont très tôt emparés de la QPC dans laquelle ils ont vu un moyen utile aux intérêts des justiciables qu'ils représentent.

Dès le 1^{er} mars 2010, à peine le dispositif entré en vigueur, le Conseil d'État se voyait déjà saisi d'une première QPC mettant en cause la constitutionnalité des dispositions prévoyant la "crystallisation" des pensions des anciens combattants, ressortissants des pays et territoires autrefois sous souveraineté française.

Après renvoi du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel rendait sa fameuse décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010.

Quelque quinze ans plus tard, un regard rétrospectif révèle que ce sont tous les domaines du droit qui se sont trouvés « questionnés ».

Plus de mille questions – à l'heure où ces lignes sont écrites, le site du Conseil constitutionnel affiche sa saisine n° 2024-1100 QPC - ont été posées.

Le droit pénal et la procédure pénale ont bien sûr constitué un champ d'exploration privilégié.

Mais l'inventivité des avocats a conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer dans des domaines aussi divers que le droit de la famille, le droit de l'urbanisme, le droit de la sécurité sociale, le droit fiscal ou encore le droit douanier.

Le contrôle de constitutionnalité transcende les branches du droit : il s'applique tant en droit public qu'en droit pénal et en droit privé.

Rien d'étonnant alors à ce que la QPC ait trouvé dans l'avocat aux Conseils un public conquis.

L'avocat aux Conseils, spécialiste de la technique de cassation, est profondément un généraliste du droit. Il n'est pas spécialiste d'un domaine du droit ; il est spécialiste du contrôle. L'une de ses qualités essentielles réside dans son agilité à se mouvoir dans des matières diverses et variées.

Parce qu'ils sont fondamentalement généralistes, parce qu'ils pratiquent au quotidien le contrôle de légalité et la confrontation des normes devant le juge du droit, les avocats aux Conseils ont toujours joué un rôle moteur dans le développement de la QPC.

À quoi s'ajoute qu'une QPC peut être posée pour la première fois à hauteur de cassation, le nouveau regard que l'avocat aux Conseils porte sur le dossier lorsque celui-ci lui est transmis peut ici jouer à plein.

C'est d'ailleurs parfois l'arrêt de cour d'appel déféré à la censure du juge de cassation qui révélera un « questionnement » possible sur la constitutionnalité de telle ou telle disposition applicable au litige ou fondant les poursuites.

Parfois le questionnement pourra naître de ce que la cour d'appel n'a fait que se conformer à l'interprétation d'un texte résultant d'une jurisprudence constante de nos juridictions supérieures.

Ainsi, c'est en partie à l'initiative des avocats aux Conseils que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont décidé que leur jurisprudence constante pouvait être également questionnée dans le cadre d'une QPC.

Comment ne pas voir dans cette faculté, pour nos juridictions supérieures, de questionner le Conseil constitutionnel sur la conformité de leur propre jurisprudence aux droits et libertés garantis par la Constitution une des formes les plus abouties de dialogue des juges ?

Quinze ans après sa création, la QPC demeure indéniablement utile et nécessaire dans notre État de droit, comme le démontrent, si besoin était, les déclarations d'inconstitutionnalité encore récemment prononcées (par ex. : Décision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024 et Décision n° 2024-1090 QPC du même jour).

Elle est servie par une procédure entièrement contradictoire et un dispositif qui montre le souci du Conseil de recevoir la parole des uns et des autres.

L'audience au Conseil constitutionnel constitue ainsi un moment précieux pour l'avocat qui vient y plaider sa cause, et, derrière celle-ci, la cause du droit.

Filmées depuis l'origine pour être retransmises en direct puis en différé, les audiences sont, depuis quelques années, marquées par une plus grande interactivité.

Leur format est aujourd'hui d'une grande modernité.

Aux prises de parole d'une dizaine de minutes des avocats et du représentant du gouvernement, succèdent les questions des membres du Conseil constitutionnel qui peuvent les interroger sur le sens exact à prêter à telle ou telle disposition, sur leur portée ou encore sur les conséquences qu'emporterait une déclaration d'inconstitutionnalité dont les effets dans le temps ne seraient pas différés.

Pour les avocats et les avocats aux Conseils, une première audience rue de Montpensier est un moment qui compte dans une carrière.

Du reste, dès celle-ci passée, l'envie nous prend déjà de revenir.

Aucun doute : l'engouement des avocats aux Conseils pour la QPC n'est pas près de se tarir.

L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel

par **Laurent Fabius**, Président du Conseil constitutionnel

Dans le cadre de la QPC, la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité, une technique au service des droits et libertés que la Constitution garantit

Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi dans le cadre du contrôle *a priori*, une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut, conformément au premier alinéa de l'article 62 de la Constitution, « être promulguée ni mise en application ».



Lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la question des effets d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité se pose en des termes différents. En effet, le Conseil constitutionnel se prononce alors, « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction »¹, sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une disposition législative déjà promulguée et qui est susceptible d'avoir produit des effets au moment où son inconstitutionnalité est constatée.

C'est pour tenir compte des spécificités de ce mode de saisine que la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a complété l'article 62 de la Constitution afin de prévoir, par un deuxième alinéa nouveau, qu'« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Ainsi, dans le cadre d'une QPC, la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne l'abrogation des dispositions en cause, à la condition naturellement que celles-ci soient toujours en vigueur. Ces dispositions disparaissent de l'ordonnancement juridique et la décision produit un effet *erga omnes*.

Toutefois, s'inspirant de la pratique d'autres cours constitutionnelles comme la Cour constitutionnelle allemande, ainsi que de celle des juridictions administratives et judiciaires², le Constituant a entendu permettre au Conseil constitutionnel « de moduler les effets dans le temps et prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce pour mesurer les effets *erga omnes* d'une abrogation »³.

Cette modulation des effets dans le temps s'opère de deux manières : d'une part, le Conseil constitutionnel peut décider, pour l'avenir, de reporter la date d'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles ; d'autre part, il lui revient de déterminer, pour le passé, « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

1 Article 61-1 de la Constitution.

2 Dans sa décision dite AC ! du 11 mai 2004, le Conseil d'État a admis pour la première fois qu'il puisse être dérogé, à titre exceptionnel, à l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif lorsqu'il « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets » (CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres). Par un arrêt du 21 décembre 2006, la Cour de cassation a quant à elle admis la possibilité de moduler les effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence (Cass., Ass. Plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493).

3 Rapport n° 892 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République par M. Jean-Luc Warsmann, déposé le 15 mai 2008.

Du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel déduit de manière constante que : « *En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* »⁴.

Il en résulte que la déclaration d'inconstitutionnalité doit, par principe, produire un « effet utile », ainsi que le Conseil constitutionnel l'a lui-même qualifié dès sa première décision QPC⁵, c'est-à-dire s'appliquer aux instances en cours. Ce n'est que de manière exceptionnelle que le Conseil pourra priver sa décision de tout effet utile en décidant que les mesures prises avant la date d'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles ne pourront être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Telle est bien la pratique du Conseil constitutionnel. Contrairement à ce qui est parfois affirmé trop rapidement, la façon dont le Conseil procède de ce point de vue donne bien à la voie procédurale de la QPC une efficacité véritable au service de leurs droits et libertés.

Il n'est que de dresser un état des lieux de la pratique du Conseil en termes de modulation des effets dans le temps de ses décisions QPC sanctionnant des inconstitutionnalités au cours des années récentes (1). Ce constat est pleinement corroboré par des décisions récentes (2).

*

1. – La période des sept années écoulées rend compte du souci du Conseil constitutionnel de conférer un effet utile à ses déclarations d'inconstitutionnalité.

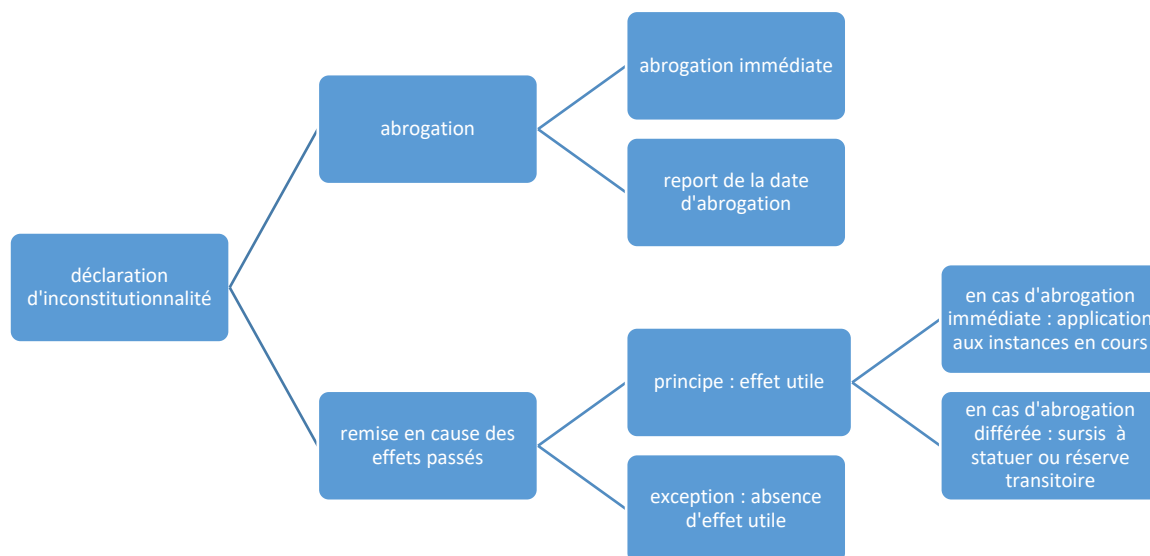
Compte tenu des enjeux qui s'attachent aux effets des déclarations d'inconstitutionnalité à l'égard des justiciables comme des pouvoirs constitués, en termes tant de sécurité juridique que d'attractivité de la QPC, un état des lieux de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière est utile.

Il se déduit de la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution cité plus haut – et des motifs des décisions du Conseil, lorsqu'il se prononce sur l'effet utile de ses décisions – que doivent être considérées comme des décisions ayant un effet utile les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel attache à une déclaration d'inconstitutionnalité des conséquences pour les situations présentes ou passées.

⁴ Cette formulation de principe, énoncée pour la première fois dans les décisions n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. (Pension de réversion des enfants)* et n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*, a depuis été constamment réaffirmée dans les mêmes termes, hormis l'ajout, depuis 2020, de la prise en compte de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles (décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020, *M. Raphaël S. et autre [Déposition sans prestation de serment pour le conjoint de l'accusé]*, paragr. 16 : « Ces mêmes dispositions réservent également au Conseil constitutionnel le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières »).

⁵ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*, cons. 12.

Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité



Dans le cadre de l'examen de la jurisprudence du Conseil présenté ici ont été retenues comme ayant un effet utile :

- les **décisions d'abrogation immédiate**, lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable aux instances ou, plus largement, aux affaires non jugées définitivement à la date de la décision ;
- les **décisions d'abrogation différée** accompagnées d'une réserve transitoire ou d'une obligation de sursis à statuer pour la juridiction ;
- et les **décisions de non-conformité portant sur des dispositions qui n'étaient plus en vigueur**, lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable aux instances ou aux affaires non jugées définitivement⁶.

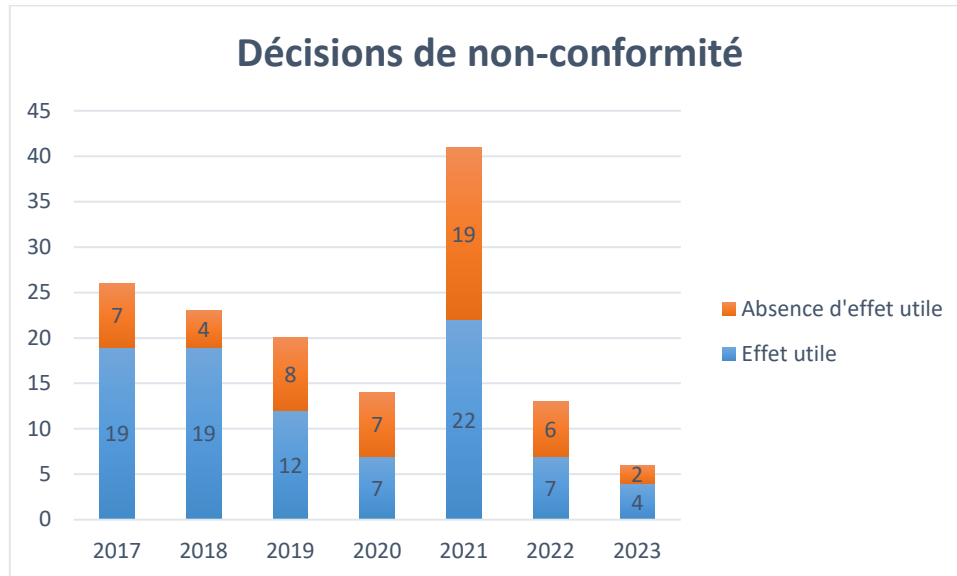
* Sur la période examinée, courant du 1^{er} janvier 2017 au 1^{er} mars 2024, soit **plus de sept années de contentieux en QPC**, le Conseil constitutionnel a rendu **143 décisions de non-conformité**, totale ou partielle.

90 déclarations de non-conformité comportent un effet utile (soit un taux d'environ 63 %) ; 53 déclarations de non-conformité ne comportent pas un tel effet (37 %)⁷.

⁶ En revanche, n'ont pas été comptabilisées au titre des décisions d'inconstitutionnalité les décisions de conformité assorties d'une réserve d'interprétation dont l'application dans le temps a été modulée par le Conseil (voir récemment la décision n° 2023-1073 QPC du 1^{er} décembre 2023, *M. Matthieu V. et autre [Cumul des mandats de député et de conseiller de la métropole de Lyon]*, paragr. 11)).

⁷ Il convient de préciser que, si participe incontestablement de l'effet utile de ses décisions de censure le pouvoir que le Conseil constitutionnel s'est reconnu en 2020 de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières, le choix a été fait de ne pas tenir compte de cette composante dans les statistiques présentées ci-après, aucune décision n'ayant été rendue à ce jour pour limiter la possibilité reconnue au justiciable de mettre en œuvre ce nouveau cas de responsabilité de l'État instauré par le Conseil d'État.

La proportion d'effet utile sur la période 2017-2023



Sur les 90 décisions de non-conformité comportant un effet utile, **74 portaient sur des dispositions en vigueur** au moment où le Conseil s'est prononcé. Les conséquences de l'inconstitutionnalité ont alors été déterminantes sur l'état du droit positif.

* Le Conseil a prononcé l'**abrogation immédiate** dans 50 décisions (et donc, *a contrario*, une abrogation différée dans les 24 autres décisions), conduisant ainsi, dans deux tiers des décisions portant sur des dispositions en vigueur, à faire obstacle à ce que ces dispositions puissent être appliquées non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la QPC mais également dans toutes les instances en cours à la date de cette décision, dès lors que rien ne justifiait de différer ou de limiter les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Suivant sa formule habituelle, le Conseil juge alors que « *En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de la publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date* »⁸. Si le Conseil précise le plus souvent, par cette dernière phrase, que le bénéfice de cette décision est applicable aux affaires ou instances en cours à la date de sa décision, un tel effet demeure valable même en l'absence d'une telle mention⁹.

À cet égard, **une approche par « branches » du droit** permet de constater que la plupart des décisions de censure portant sur des dispositions encore en vigueur en droit du travail¹⁰, et toutes les décisions intéressant des dispositions de droit pénal de fond (*i.e.* des textes d'incrimination¹¹), ont conduit à l'abrogation immédiate de telles dispositions.

⁸ Par exemple : décision n° 2021-928 QPC du 14 septembre 2021, *Confédération nationale des travailleurs – solidarité ouvrière (Conditions de désignation du défenseur syndical)*, paragr. 11.

⁹ Ce n'est que lorsque le Conseil prend l'initiative de limiter la portée de l'effet abrogatif pour le passé qu'il précise expressément cette portée dans la décision (par exemple : décision n° 2016-620 QPC du 30 mars 2017, *Société EDI-TV [Taxe sur la publicité diffusée par les chaînes de télévision]*, paragr. 10 ; n° 2018-757 QPC du 25 janvier 2019, *Société Ambulances-taxis du Thoré [Prise en charge des frais de transport sanitaire]*, paragr. 12).

¹⁰ Sept décisions sur les neuf rendues entre 2017 et 2024.

¹¹ Cette conséquence paraît doublement commandée par les principes constitutionnels de non-rétroactivité des lois pénales nouvelles plus sévères et de rétroactivité *in mitius*, dont il résulte respectivement qu'une loi pénale plus sévère ne peut rétroagir et qu'une loi pénale plus douce doit trouver une application immédiate aux affaires en cours.

Illustrations

- Dans sa décision n° 2021-928 QPC du 14 septembre 2021, le Conseil a censuré avec effet immédiat les dispositions fixant les conditions de désignation du défenseur syndical¹².
- Dans sa décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, le Conseil a censuré, pour la deuxième fois, les dispositions incriminant le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, en donnant un effet immédiat à cette décision¹³.

Si on les aborde sous l'angle des **motifs de censure (i.e. par normes constitutionnelles)**, les décisions d'abrogation avec effet immédiat ont été systématiques lorsque le Conseil les a fondées sur la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 relatives à l'application des lois dans le temps (ainsi des lois de validation et des dispositions portant atteinte à des situations légalement acquises ou remettant en cause des effets pouvant légitimement être attendus de telles situations).

Illustrations

- Dans sa décision n° 2023-1071 QPC du 24 novembre 2023¹⁴, le Conseil a prononcé l'abrogation immédiate de dispositions validant des décisions de préemption prises dans les zones créées par les préfets au titre de l'ancien régime applicable aux périmètres sensibles et privées de base légale en raison de la recodification du code de l'urbanisme.
- Dans sa décision n° 2023-1065 QPC du 26 octobre 2023¹⁵, le Conseil a prononcé l'abrogation immédiate de dispositions modifiant rétroactivement et de manière pérenne les conditions du soutien apporté aux producteurs d'électricité à partir d'énergies renouvelables bénéficiant d'un contrat de complément de rémunération en cours.
- Dans sa décision n° 2021-955 QPC du 10 décembre 2021¹⁶, le Conseil a de la même façon prononcé l'abrogation immédiate des dispositions qui conféraient un caractère rétroactif à un nouveau critère de renversement de la présomption de causalité dans le cadre du régime d'indemnisation des victimes de pathologies causées par les essais nucléaires français.

Un effet abrogatif immédiat a également été retenu dans la majeure partie des décisions de censure fondées sur les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 applicables en matière répressive.

* Dans les 24 autres décisions censurant des dispositions en vigueur, **le Conseil a prononcé une abrogation à effet différé qu'il a néanmoins assortie, selon les cas, d'une réserve d'interprétation transitoire ou – exceptionnellement – d'une suspension des instances en cours**, afin, précisément, de « *préserver l'effet utile* » de la déclaration d'inconstitutionnalité.

- Historiquement, le Conseil avait d'abord été conduit à privilégier la voie du sursis à statuer pour limiter les conséquences d'un report dans le temps d'une censure, et ce dès la première décision

¹² Décision n° 2021-928 QPC du 14 septembre 2021, *Confédération nationale des travailleurs - solidarité ouvrière (Conditions de désignation du défenseur syndical)*.

¹³ Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. (Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II)*.

¹⁴ Décision n° 2023-1071 QPC du 24 novembre 2023, *Groupement foncier agricole J. et autres (Validation législative de décisions de préemption prises dans les zones créées par les préfets au titre de la législation sur les périmètres sensibles)*.

¹⁵ Décision n° 2023-1065 QPC du 26 octobre 2023, *Association France énergie éolienne et autres (Déplafonnement des avoirs des contrats de complément de rémunération bénéficiant aux producteurs d'électricité à partir d'énergies renouvelables)*.

¹⁶ Décision n° 2021-955 QPC du 10 décembre 2021, *Mme Martine B. (Application rétroactive des nouvelles modalités de renversement de la présomption de causalité dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'essais nucléaire)*.

rendue en QPC¹⁷. Sur la période plus récente étudiée ici, le Conseil constitutionnel n'y a recouru qu'une seule fois, dans sa décision n° 2017-669 QPC du 27 octobre 2017¹⁸.

Un tel report consiste, d'une part, à impartir aux juridictions saisies d'instances relatives à l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles de surseoir à statuer jusqu'à l'intervention de la loi remédiant à cette inconstitutionnalité et, d'autre part, à prévoir que le législateur devra rendre cette loi applicable aux instances en cours à la date de la publication de la décision.

- La seconde option, apparue plus tard dans la jurisprudence du Conseil et qui s'est davantage développée depuis, consiste à combiner une abrogation reportée dans le temps et une réserve d'interprétation transitoire neutralisant les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle. Elle a été mise en œuvre à ce jour à deux reprises en matière d'égalité devant l'impôt et la loi fiscale¹⁹.

Sur la période étudiée, à 23 reprises, le Conseil a formulé une réserve transitoire ou une condition équivalente pour préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité à la solution des instances en cours (la moitié de ces décisions ont porté sur des dispositions de procédure pénale).

Illustrations

- Dans la décision n° 2021-909 QPC du 26 mai 2021, le Conseil était saisi de dispositions excluant la possibilité pour une personne directement citée devant le tribunal de police et renvoyée des fins de la poursuite de demander la condamnation de la partie civile au paiement de dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile. Il a reporté les effets de sa décision d'abrogation mais a jugé qu'« *afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2021, lorsque la partie civile a elle-même mis en mouvement l'action publique, le tribunal de police statue par le même jugement sur la demande en dommages-intérêts formée par la personne relaxée contre la partie civile pour abus de constitution de partie civile* »²⁰.

- Dans la décision n° 2023-1062 QPC du 28 septembre 2023, le Conseil a reporté les effets de sa décision mais, pour préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité dans les instances en cours à la date de sa décision, a jugé qu'« *afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, au 1er octobre 2024, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans les instances en cours ou à venir lorsque la purge des nullités a été ou est opposée à un moyen de nullité qui n'a pu être connu avant la clôture de l'instruction. Il reviendra alors à la juridiction compétente de statuer sur ce moyen de nullité* »²¹.

¹⁷ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*. Voir aussi les décisions n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G. (Rente viagère d'invalidité)*, et n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, *Époux L. (Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole)*.

¹⁸ Décision n° 2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV (Taxe sur les éditeurs et distributeurs de services de télévision II)*, paragr. 10.

¹⁹ Décisions n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA (Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés)*, cons. 11, et n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M. (Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice)*, cons. 14.

²⁰ Décision n° 2021-909 QPC du 26 mai 2021, *Mme Line M. (Impossibilité d'obtenir devant le tribunal de police la condamnation de la partie civile pour constitution abusive)*, paragr. 12.

²¹ Décision n° 2023-1062 QPC du 28 septembre 2023, *M. François F. (Purge des nullités en matière correctionnelle)*, paragr. 16.

* Sur les 16 décisions de censure avec effet utile portant sur des **dispositions qui n'étaient plus en vigueur au moment** où il a statué, pour lesquelles se pose donc uniquement la question du bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité pour les instances passées ou en cours, le Conseil a ouvert dans la plupart des cas la voie à une remise en cause des effets produits par ces décisions dans « *toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de la présente décision* »²².

Il a plus rarement réservé le bénéfice de l'inconstitutionnalité à certaines instances ou situations non contentieuses, ainsi qu'on va le voir ci-après.

* Néanmoins, le Conseil doit parfois renoncer à donner un effet utile à ses décisions.

Il arrive que, contrairement au principe selon lequel une déclaration d'inconstitutionnalité doit produire un effet utile, le Conseil utilise les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 62 de la Constitution pour décider **de ne pas remettre en cause les effets produits par les dispositions contestées** en dépit de leur censure.

Au cours des sept dernières années, 53 décisions ont ainsi été privées d'effet utile sur un total de 143 décisions de non-conformité totale ou partielle, ce qui représente 37 % des cas de censure.

Lorsqu'il décide de ne pas conférer d'effet utile à sa décision, le Conseil indique expressément que les **mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité**²³. Dans le cas, toutefois, où les dispositions en cause sont toujours celles actuellement en vigueur, le Conseil décide en outre de reporter leur abrogation à une date qu'il détermine et ne prévoit aucune réserve d'interprétation transitoire pour régir la période précédant l'intervention du législateur²⁴.

Le Conseil constitutionnel fait le choix de priver d'effet utile une décision de censure dans deux cas de figure principaux :

- D'une part, il fait le plus souvent ce choix lorsque l'abrogation immédiate des dispositions contestées, y compris pour le litige à l'origine de la QPC, emporterait des conséquences manifestement excessives, au motif qu'une telle abrogation serait de nature à compromettre une ou plusieurs autres exigences constitutionnelles que celle ayant justifié la censure des dispositions de la loi. Il s'agit, par exemple, en matière pénale, du cas dans lequel la disparition des dispositions en cause compromettrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions²⁵.

²² Par exemple, décision n° 2022-1007 QPC du 5 août 2022, *Syndicat national de l'enseignement action et démocratie (Assistance d'un fonctionnaire pour l'exercice d'un recours administratif)* ; décision n° 2022-992 QPC du 13 mai 2022, *Société Les roches (Droit de suite attaché au privilège spécial du Trésor pour le recouvrement de la taxe foncière)*.

²³ Voir, par exemple, décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022, *M. Habib A. et autre (Conservation des données de connexion pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales)*, paragr. 17.

²⁴ Par ex., décision n° 2022-1010 QPC du 22 septembre 2022, *M. Mounir S. (Droit de visite des agents des douanes)*, paragr. 12.

²⁵ Par exemple, décisions n° 2021-976/977 QPC et n° 2022-1010 QPC précitées. Voir aussi, pour des cas dans lesquels un effet utile serait de nature à compromettre le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, décision n° 2021-894 QPC du 9 avril 2021, *M. Mohamed H. (Information du mineur du droit qu'il a de se taire lorsqu'il est entendu par le service de la protection judiciaire de la jeunesse)*, paragr. 11.

Illustrations

Un exemple topique est celui de la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, dans laquelle le Conseil a jugé, à propos du régime de la garde à vue, que « *l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives* »²⁶.

Plus récemment, à propos de l'obligation pesant sur les opérateurs de communication de conserver certaines données de connexion, le Conseil a également jugé que « *la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives* »²⁷.

- D'autre part, le Conseil renonce à conférer un effet utile à ses décisions lorsque les dispositions qui sont censurées relèvent **d'un domaine dans lequel le Parlement dispose d'une marge d'appréciation importante. Il refuse dans ce cas de se substituer au législateur dans le choix des options qui lui sont ouvertes pour remédier à l'inconstitutionnalité de la loi**²⁸.

Illustrations

Dans deux décisions récentes n° 2023-1057 QPC du 7 juillet 2023 et n° 2023-1080 QPC du 6 mars 2024, à propos de dispositions qui méconnaissaient le principe d'égalité devant la justice, à défaut d'avoir prévu dans certaines situations un double degré de juridiction, le Conseil a reporté les effets de sa décision, au motif que l'abrogation immédiate de ces dispositions aurait paradoxalement eu pour effet de priver d'une voie de recours des justiciables qui en bénéficiaient déjà. Il a néanmoins refusé dans ces affaires d'énoncer une réserve d'interprétation transitoire, dès lors que le législateur, pour rétablir l'égalité de traitement entre justiciables, avait le choix soit de supprimer la possibilité d'un recours en appel pour tous les justiciables, soit d'étendre cette voie de recours à ceux qui n'en bénéficiaient pas encore.

* Dans certains cas particuliers, le Conseil détermine plus précisément l'effet utile de ses décisions.

Il arrive aussi, dans des cas peu nombreux, que le Conseil constitutionnel, plutôt que de reconnaître un plein effet à la censure des dispositions contestées, ne confère à sa décision qu'un effet limité. Il décide dans ce cas de **définir de manière précise les conditions et les limites des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité** ainsi que l'article 62 de la Constitution le lui permet.

Un tel choix correspond à des configurations particulières dont il est difficile de déduire des règles générales pour présenter la démarche du Conseil qui est propre à chaque affaire.

Par exemple, lorsque le Conseil souhaite, en dépit du report de l'abrogation des dispositions contestées, donner un effet utile à sa décision et formule une réserve d'interprétation transitoire destinée à régir la période précédant l'intervention du législateur, **il lui arrive d'exclure néanmoins**

²⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, cons. 30

²⁷ Décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022 précitée.

²⁸ Voir décisions n° 2023-1057 QPC du 7 juillet 2023, *M. José M. (Double degré de juridiction pour l'examen d'une demande de relèvement d'une interdiction, d'une déchéance, d'une incapacité ou d'une mesure de publicité)*, paragr. 14, et n° 2023-1080 QPC du 6 mars 2024, *Société de la Fontaine (Double degré de juridiction pour l'examen d'un incident contentieux relatif à l'exécution d'une peine de confiscation)*, paragr. 15.

qu'une telle réserve transitoire puisse bénéficier à l'auteur de la QPC ou aux instances en cours. Il s'agit, dans ce cas particulier, eu égard au motif d'inconstitutionnalité retenu dans sa décision, de préserver la régularité de procédures pénales se rapportant à des instances déjà engagées et encore pendantes²⁹.

Illustration

Dans sa décision n° 2023-1076 QPC, le Conseil, après avoir censuré les dispositions du code de procédure pénale ne prévoyant pas l'information du curateur ou du tuteur en cas de défèrement d'un majeur protégé devant un magistrat, le Conseil, tout en formulant une réserve d'interprétation transitoire pour prévoir cette information jusqu'à l'intervention du Parlement, a précisé que « *les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».

Par ailleurs, dans le domaine spécifique du **droit de la nationalité**, afin de circonscrire les effets dans le temps de sa décision et limiter le nombre de générations concernées, le Conseil précise les cas dans lesquels la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions contestées peut être invoquée³⁰.

Illustration

Dans sa décision n° 2021-954 QPC du 10 décembre 2021, le Conseil a considéré que « *la remise en cause des situations juridiques résultant de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait des conséquences manifestement excessives si cette inconstitutionnalité pouvait être invoquée par tous les descendants d'un enfant légitime qui ne s'est pas vu reconnaître la nationalité française du fait que la déclaration reconnitive de nationalité a été souscrite uniquement par sa mère* ». Il a donc restreint l'invocabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité aux « *enfants légitimes dont la mère a souscrit, dans les délais prescrits, une déclaration reconnitive de nationalité sur le fondement de l'article 152 du code de la nationalité française, alors qu'ils étaient mineurs, âgés de moins de dix-huit ans et non mariés* ». Il a précisé que « *leurs descendants peuvent également se prévaloir des décisions reconnaissant que, compte tenu de cette inconstitutionnalité, ces personnes ont la nationalité française* » et que « *cette déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans toutes les instances en cours ou à venir* ».

2. C'est cette approche qui s'est vérifiée à plusieurs reprises dans la période la plus récente

* Ainsi, la décision n°2023-1083 QPC du 21 mars 2024 dite « Pérennisation d'un prélèvement minorant la dotation d'intercommunalité II » illustre bien l'approche du Conseil constitutionnel telle qu'elle vient d'être décrite dans la mesure où elle l'a conduit à examiner pour la seconde fois la

²⁹ Décision n° 2023-1076 QPC du 18 janvier 2024, *M. Moussa H. (Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé en cas de défèrement)*, paragr. 14 et 15. Voir aussi les décisions censurant des dispositions de la loi à défaut d'avoir prévu la notification à l'intéressé du droit qu'il a de se taire, par exemple : décision n° 2021-935 QPC du 30 septembre 2021, *M. Rabah D. (Information de la personne mise en examen du droit qu'elle a de se taire devant le juge des libertés et de la détention appelé à statuer sur une mesure de détention provisoire dans le cadre d'une procédure d'instruction)*, paragr. 13 ; ou encore décision n° 2021-894 QPC du 9 avril 2021, *M. Mohamed H. (Information du mineur du droit qu'il a de se taire lorsqu'il est entendu par le service de la protection judiciaire de la jeunesse)*, paragr. 11.

³⁰ Décision n° 2021-954 QPC du 10 décembre 2021, *Mme Fatma M. (Effet collectif de la déclaration reconnitive de nationalité française)*, paragr. 13 et 14 ; décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018, *M. Jaime Rodrigo F. (Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français)*, paragr. 13. ; Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. (Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes)*, cons. 12.

substance de dispositions législatives du domaine des finances locales qu'il avait déjà censurées dans une version analogue par sa décision n° 2020-862 QPC du 15 octobre 2020.

La cause de l'inconstitutionnalité au regard du principe d'égalité devant les charges publiques se trouvait, pour les deux cas, dans le choix du législateur d'opérer une différence de traitement de caractère entre des établissements publics de coopération intercommunale selon qu'ils étaient soumis ou non à un prélèvement spécifique en 2018, alors même que la différence de situation qui justifiait la soumission de certains EPCI à ce prélèvement est susceptible de disparaître avec le temps.

Dans sa décision du 15 octobre 2020 précitée, le Conseil avait jugé que « *la remise en cause de l'ensemble des prélèvements opérés sur le fondement de ces dispositions aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces prélèvements ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité* »³¹. Il avait donc décidé de neutraliser les effets de la censure prononcée, sans toutefois s'opposer expressément à l'engagement de la responsabilité de l'État.

Prenant en compte l'écoulement du temps et le maintien de dispositions inconstitutionnelles depuis sa première décision, le Conseil constitutionnel a jugé, le 21 mars 2024, que sa nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité, n'emportant pas de conséquences manifestement excessives, pourra être invoquée dans les instances introduites à la date de publication de sa décision et non jugées définitivement.

* Par sa décision n°2024-1085 QPC du 25 avril 2024 dite « Règles dérogatoires de contribution au fonds national de péréquation des ressources intercommunales et communales pour les communes membres d'un établissement public territorial de la métropole du Grand Paris », le Conseil constitutionnel a en un premier temps relevé que l'abrogation immédiate des dispositions qu'il a déclarées inconstitutionnelles, aurait pour effet de remettre en cause l'ensemble des prélèvements opérés sur leur fondement et entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, afin de permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité, il a jugé qu'il y avait lieu de reporter au 1^{er} janvier 2025 la date d'abrogation de ces dispositions.

Toutefois, afin de préserver l'effet utile de sa décision pour la solution des instances en cours ou à venir, il a jugé qu'il appartient aux juridictions saisies de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1^{er} janvier 2025 dans les procédures dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles.

* Par sa décision n°2024-1089 du 17 mai 2024 dite « Information de la personne mise en cause du droit qu'elle a de se taire lorsqu'elle présente des observations ou des réponses écrites au juge d'instruction saisi d'un délit de diffamation ou d'injure », il a jugé, là encore, que l'abrogation immédiate des dispositions qu'il a déclarées inconstitutionnelles aurait pour effet de priver le juge d'instruction de la faculté de poser des questions écrites aux personnes dont la mise en examen est envisagée et ces dernières de la possibilité de lui faire connaître leurs observations et réponses. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il a jugé qu'il y avait lieu de reporter au 1^{er} juin 2025 la date de l'abrogation de ces dispositions. Il a également jugé que les mesures prises avant la publication de la présente décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

En revanche, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il a également relevé qu'il y avait lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou jusqu'à la date de l'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles,

³¹ Décision n° 2020-862 QPC du 15 octobre 2020 précitée, paragr. 12.

le juge d'instruction, lorsqu'il informe la personne de son intention de la mettre en examen en application de l'article 51-1 de la loi du 29 juillet 1881, doit lui notifier son droit de se taire.

*

Bientôt quinze ans après la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, nous disposons d'éléments très tangibles pour caractériser ce en quoi elle a marqué un progrès de l'État de droit en France.

La démarche scientifique dite QPC 2020³² que j'avais souhaité initier à l'occasion de son dixième anniversaire nous a donné une première vue précise, en termes juridiques et sociologiques, de son apport.

Cet effort de connaissance se prolonge aujourd'hui dans les travaux de l'Observatoire de la QPC que j'avais installé le 19 juin 2023 et auquel j'ai donné connaissance, lors de la troisième réunion que j'ai présidée le 29 mai dernier, de l'étude qui précède.

De la même manière aujourd'hui, puisse cette étude, au moyen de ce numéro 3 de la Lettre de la QPC, bénéficier à la connaissance de la procédure par le plus grand nombre !

³² <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/octobre-2020-hors-serie>

Les réserves dites « transitoires » du Conseil constitutionnel et la procédure pénale

*par Évelyne Bonis, professeure à l'Université de Bordeaux,
Institut des sciences criminelles et de la justice*

Définition de la notion de réserve transitoire - La question des effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel est aujourd'hui bien connue^{33,34}. Pourtant, la lecture de décisions récentes amène à s'interroger plus particulièrement sur l'usage fait des réserves transitoires. Ces réserves transitoires constituent une solution dégagée par le Conseil constitutionnel lui-même³⁵. Elles accompagnent le prononcé, non pas d'une déclaration de conformité comme c'est le cas des réserves d'interprétation³⁶, mais d'une décision par laquelle il déclare contraire à la Constitution une disposition législative et décide de moduler dans le temps les effets de la décision car une abrogation immédiate aurait des conséquences manifestement excessives³⁷. Bien que non expressément inscrite à l'article 62 de la Constitution qui se borne à indiquer : « *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* », elles permettent de gérer l'attente en définissant un droit intermédiaire applicable entre la date de la publication de la décision et la date fixée de fin du délai de report de la disparition de la loi ou la date d'entrée en vigueur du nouveau texte attendu³⁸.



Présence possible de réserves transitoires en procédure pénale - En procédure pénale, ces réserves dites « transitoires », pourraient être fréquentes voire systématiques car la matière est propice à leur présence. En effet, il est fréquent que le Conseil vienne opérer une modulation dans le temps des effets de la décision lorsque la disposition de procédure pénale est abrogée car, dans la plupart des questions prioritaires de constitutionnalité, la critique porte moins sur le contenu explicite du texte que sur ses silences, bref sur le fait que telle hypothèse n'a pas été envisagée par le législateur. Comme il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se substituer au législateur³⁹, il lui laisse le temps d'intervenir pour corriger la lacune relevée. Il pourrait ainsi aisément, dans toutes ces situations,

³³ V. not., X. Magnon, La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels, AIJC 2011. 558.

³⁴ P. Deumier, Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles, Nouv. Cah. Cons. const. 2015, n° 47

³⁵ Sur cette consécration prétorienne à partir d'une décision rendue le 6 juin 2014 n° 2014-400 QPC en matière d'abrogation différée : N. Jacquinot, Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : AJDA 2018, p. 2007.

³⁶ Sur cette différence entre réserves d'interprétation et réserves transitoires : N. Jacquinot, op. cit.

³⁷ Maxime Charité, Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC : AJDA 2015, n° 29, pp. 1622-1625.

³⁸ Pour une critique de ce pouvoir, P. Puig, Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC : RTD civ. 2010, p. 517.

³⁹ Le Conseil se plaît en effet à rappeler au gré de ses décisions qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée » : Cons. constit. 6 septembre 2019 : déc. n°2019-799/800 QPC (Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme) ou encore que : « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée » : Cons. constit. 29 mars 2019 : déc. n° 2019-770 QPC (Lecture donnée aux jurés par le président de la cour d'assises avant le vote sur l'application de la peine) ; 15 février 2019, déc. n° 2018-765 QPC (Droit des parties non assistées par un avocat et accès au rapport d'expertise pénale) ; 14 septembre 2018 : déc. n° 2018-730 QPC (Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde à vue) ; 9 déc. 2016, déc. n° 2016-601 QPC (Exécution provisoire des décisions prononcées à l'encontre des mineurs).

formuler des réserves transitoires. Or, il ne le fait que rarement. Sans être inexistantes ⁴⁰, les réserves transitoires sont quantitativement peu nombreuses.

Problèmes soulevés par les réserves transitoires en procédure pénale - Doit-on s'étonner ou se réjouir de ce faible usage ? D'un côté, le Conseil vient, par ce moyen, assurer une protection des droits des justiciables plus satisfaisante que celle assurée par la loi en vigueur puisqu'elle comble temporairement les lacunes de la loi sans attendre l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Mais d'un autre côté, en opérant de la sorte, il se substitue au législateur ce qui n'est pas son rôle ⁴¹. Un auteur écrivait : « *ce pouvoir qu'il semble vouloir s'arroger devra donc être exercé avec la plus grande circonspection. Il devra, dans cet exercice, se borner à tirer les conséquences juridiques de sa décision sans empiéter, même provisoirement, sur les prérogatives du Parlement* » ⁴². En procédure pénale, compte tenu de l'importance du principe de la légalité criminelle, on devrait donc, encore plus que dans d'autres matières, se réjouir de l'usage modéré de telles réserves. Néanmoins, indépendamment de l'appréciation quantitative de l'usage qui en est fait, aussi modeste soit-il, c'est l'absence de prévisibilité et de lisibilité de la jurisprudence en la matière qui interroge le pénaliste que nous sommes à la lecture d'une récente décision rendue par le Conseil constitutionnel le 18 janvier 2024 relative à l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé en cas de défèrement ⁴³. Cette décision déclare l'article 706-113 du code de procédure pénale non conforme à la Constitution et reporte dans le temps les effets de l'abrogation au 31 janvier 2025. Le Conseil justifie ce report en indiquant que l'abrogation immédiate du texte aurait notamment pour effet de supprimer l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'un majeur protégé, ce qui aurait entraîné des conséquences manifestement excessives ⁴⁴. Il aurait pu s'en tenir à cette mention. Pourtant, il a jugé bon d'ajouter que jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 31 janvier 2025, si des éléments recueillis au cours de la procédure font apparaître que la personne susceptible d'être déférée à compter de la publication de la décision fait l'objet d'une mesure de protection juridique, le curateur ou le tuteur doit être avisé par le magistrat compétent de son défèrement et, le cas échéant, de sa retenue dans les locaux du tribunal. Sans remettre en cause la possibilité de prévoir une telle réserve, comment expliquer la présence d'une telle réserve alors que dans une autre décision, en tout autre point similaire, rendue le 14 septembre 2018 à propos du même article 706-113 dans sa version antérieure ⁴⁵, il n'avait pas pris une telle précaution ? Il se contentait en effet dans cette précédente décision rendue en matière de garde à vue d'indiquer : « *il y a lieu de reporter au 1^{er} octobre*

⁴⁰ A titre d'exemples : Cons. constit., 30 sept. 2021, n° 2021-934 QPC (Information du prévenu du droit qu'il a de se taire devant le JLD appelé à statuer sur des mesures de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique dans le cadre de la procédure de convocation par procès-verbal) ; 30 sept. 2021, n° 2021-935 QPC (Information de la personne mise en examen du droit qu'elle a de se taire devant le JLD appelé à statuer sur une mesure de détention provisoire dans le cadre d'une procédure d'instruction) ; 18 janv. 2024, déc. n° 2023-1076 QPC.

⁴¹ Les réserves transitoires sont ainsi présentées comme un « procédé original [qui] permet au Conseil d'imaginer et d'écrire une législation "temporaire" » : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* 2014, RD publ. 2015. 227.

⁴² P. Puig, *Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC*, RTD civ. 2010, p. 517.

⁴³ Cons. constit., 18 janv. 2024 déc. n° 2023-1076 QPC : S. Trifkovic, Stefan, *Jamais deux sans trois : une nouvelle inconstitutionnalité de l'article 706-113 du code de procédure pénale*, *Actualité juridique Pénal*, février 2024, n° 2, p. 107 ; I. Maria, *Nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité pour l'article 706-113 du code de procédure pénale*, *Droit de la famille*, mars 2024, n° 3 ; C. Lesay, *Extension des garanties de la défense des majeurs protégés visés par une procédure pénale*, *Actualité juridique Famille*, février 2024, n° 2, p. 105 ; V. Tellier-Cayrol, *Nouvelle avancée constitutionnelle : l'obligation d'informer le tuteur ou le curateur en cas de défèrement du majeur protégé*, D. 2024, n° 9, p. 452.

⁴⁴ Motif n°13.

⁴⁵ Cons. constit., 14 sept. 2018, déc. n°2018-730 QPC : D. 2018, p. 1757, D. 2019, p. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinet, *Constitutions* 2018, p. 454 ; J. Buisson et A.-S. Chavent-Leclère, *Inconstitutionnalité de l'absence d'information obligatoire du tuteur ou du curateur, Procédures*, novembre 2018, n° 11, p. 23-24, E. Bonis, *Absence d'obligation d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde à vue* in : « *Chronique de droit pénal et de procédure pénale* », *Titre VII [En ligne]*, avril 2019, n° 2, p. 92-95 ; A.-C. Bezzina, *L'autorité et les effets des décisions du Conseil constitutionnel* [in : « *Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel* (2e semestre 2018) »], *Les Petites Affiches*, 30 juin 2020, n° 130, p. 18-20.

2019 la date de l'abrogation des dispositions contestées. Les mesures prises ayant donné lieu, avant cette date, à l'application des dispositions déclarées contraires à la Constitution et les mesures de garde à vue prises avant cette date ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »⁴⁶.

Comparaison en quête de raisons - De la comparaison de ces deux décisions, un regret peut être formulé : celui de l'absence de motivation de la décision. Qu'il s'agisse pour le Conseil de prévoir ou de ne pas prévoir de réserves dites transitoires, les décisions ne comportent aucune explication. Face à ce caractère aléatoire des réserves déjà souligné en doctrine⁴⁷, nous tenterons de trouver des justifications à la présence de cette réserve dite transitoire dans la décision du 18 janvier 2024, avant de voir dans quelles mesures cette tentative d'explication pourrait être étendue à d'autres hypothèses en procédure pénale.

La première raison à laquelle on songe est celle de l'effet utile de la décision. Pourtant, cette explication ne saurait convaincre puisque la réserve n'a pas pour effet de faire cesser immédiatement l'inconstitutionnalité constatée. Elle ne bénéficie pas au requérant ayant soulevé la question prioritaire.

La deuxième raison que l'on pourrait avoir à l'esprit est celle d'une volonté de garantir, sans plus attendre, l'effectivité des droits de la personne. Par la réserve prévue dans la décision du 18 janvier 2024, le Conseil vient en effet imposer l'obligation d'information du tuteur ou du curateur pour les défèrements opérés à compter de la décision et donc promouvoir, dans les faits, la protection accordée aux majeurs protégés. Certes la doctrine a fait observer qu'en posant cette obligation, le Conseil « ne crée pas ici une obligation vraiment nouvelle ... [car] ... nombre de parquetiers n'ont pas attendu cette décision constitutionnelle pour prévenir la personne chargée de la mesure de protection en cas de défèrement »⁴⁸. L'apport est néanmoins indéniable car à la liberté d'information succède donc désormais une obligation d'informer.

Cette promotion de l'effectivité des droits explique-t-elle pour autant la présence d'une réserve transitoire ? À elle seule, assurément pas car cet argument ne permet pas d'expliquer pourquoi prévoir une réserve transitoire dans la décision relative au défèrement et ne pas avoir fait de même dans celle de 2018 relative à la garde à vue. Au nom de la protection effective des majeurs protégés, il aurait en effet été envisageable à l'époque aussi d'exiger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1^{er} octobre 2019, si des éléments recueillis au cours de la procédure font apparaître que la personne placée en garde à vue à compter de la publication de cette décision fait l'objet d'une mesure de protection juridique, le curateur ou le tuteur doit être avisé par l'officier de police judiciaire de ce placement. L'entreprise aurait été, il est vrai, en 2018, plutôt audacieuse puisqu'aucun article dans le code ne prévoyait une telle obligation d'information à la charge des autorités policières au stade préalable au déclenchement des poursuites⁴⁹. Le seul texte qui permettait, à l'époque, de circonscrire le champ d'application de cette obligation était en effet l'article 706-113 qui prévoyait une obligation d'information uniquement à compter de la décision relative à la poursuite⁵⁰.

La véritable raison pourrait tenir moins à la préservation des droits substantiels du justiciable qu'à l'expression d'un jeu de pouvoirs entre le Conseil constitutionnel et le législateur. En effet, depuis la première décision du Conseil ayant conduit à déclarer, sans réserve transitoire, inconstitutionnel l'article

⁴⁶ Motif n°12.

⁴⁷ N. Jacquinet, Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.

⁴⁸ V. Tellier -Cayrol, Nouvelle avancée constitutionnelle : l'obligation d'informer le tuteur ou le curateur en cas de défèrement du majeur protégé : D. 2024, p. 452.

⁴⁹ Sur l'ensemble de l'évolution législative relative à la protection des majeurs protégés dans le cadre de la procédure pénale depuis la décision de la CEDH, Vaudelle contre France rendue en 2001, v. Le majeur protégé face à la justice pénale, dir. G. Raoul-Cormeil et A. Cerf-Hollender, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Colloques et Essais, 2023.

⁵⁰ C. pr. pén., art. 706-113 tel qu'issu de la loi du 25 fév. 2008 : « Le procureur de la République ou le juge d'instruction avise le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, des poursuites dont la personne fait l'objet. Il en est de même si la personne fait l'objet d'une alternative aux poursuites consistant en la réparation du dommage ou en une médiation, d'une composition pénale ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou si elle est entendue comme témoin assisté ».

706-113, le législateur est intervenu, à trois reprises déjà, pour compléter le code. Par la loi du 23 mars 2019 prise à la suite de la décision du 14 septembre 2018 relative à la garde à vue d'un majeur protégé, il a ajouté les articles 706-112-1 et 706-112-2 créant une obligation pour les officiers de police judiciaire d'aviser le curateur ou le tuteur lorsque les éléments recueillis au cours de la phase policière font apparaître que la personne gardée à vue ou faisant l'objet d'une audition libre bénéficie d'une mesure de protection juridique. De façon comparable, à la suite d'une décision rendue par le Conseil le 15 janvier 2021⁵¹, le législateur a ajouté, par une loi du 22 décembre 2021, un article 706-112-3 relatif à l'enquête préliminaire prévoyant que lorsque les éléments recueillis au cours d'une enquête préliminaire font apparaître qu'une personne chez laquelle il doit être procédé à une perquisition fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération, l'officier en avise par tout moyen son curateur ou son tuteur, afin que l'assentiment de la personne à la perquisition ne soit donné qu'après qu'elle ait pu s'entretenir avec lui. Enfin, on pourrait aussi penser à la décision rendue par le Conseil le 12 février 2021⁵² relative à la phase de l'application des peines et à la conformité de l'article 712-6 du code de procédure pénale à la Constitution⁵³. Ne peut-on dès lors pas penser que l'audace dont fait preuve le Conseil en 2024 en prévoyant une réserve transitoire trouve sa justification dans ces réformes législatives ?

L'audace⁵⁴ constitutionnelle - Le Conseil pourrait donc s'être autorisé à prévoir une réserve dans sa décision relative au défèrement parce qu'entre 2018 et 2024, le législateur a déjà fait montre de la manière dont il procédait à une mise en conformité du code à la Constitution à la suite de précédentes déclarations d'inconstitutionnalité. Le Conseil ne ferait ainsi preuve d'audace par la prévision d'une réserve transitoire « de création »⁵⁵ que lorsqu'il peut anticiper la forme de l'évolution normative en s'inspirant des réformes précédentes. Cette explication peut être confortée par l'analyse d'un autre contentieux pour lequel le Conseil a aussi fait usage des réserves transitoires : celui relatif à la notification du droit de se taire. On ne rappellera pas ici l'ensemble des décisions rendues par le Conseil⁵⁶. On se bornera à remarquer que les premières décisions ne comportaient aucune réserve transitoire⁵⁷ alors que les plus récentes en contiennent⁵⁸. Or, entre temps, le législateur est intervenu à plusieurs

⁵¹ Cons. constit., 15 janv. 2021, déc. n° 2020-873 QPC : D. 2021, p. 619, note V. Tellier -Cayrol et p. 1564, obs. J.-B. Perrier.

⁵² Cons. const., 12 févr. 2021, n°2020-884 QPC. Au sujet de cette décision, v. aussi E. Bonis, Création d'une obligation d'information du mandataire désigné pour représenter ou assister le condamné placé sous un régime de protection lors des audiences de jugement en phase d'application des peines : Dr. pénal 2021, étude n°9.

⁵³ Les effets de cette décision furent toutefois plus limités comparativement aux autres décisions relatives à l'article 706-113. En effet, les dispositions contestées n'étaient plus en vigueur au moment de l'adoption de la décision. Le législateur avait anticipé la déclaration d'inconstitutionnalité et modifié l'article 712-6 du code par la loi n° 2020-1672 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée du 24 décembre 2020 (art. 27) soit à une époque où la QPC était encore pendante devant le Conseil. Désormais, un nouvel article 712-16-3 prévoit également une obligation d'aviser le tuteur en ces termes : « Lorsque le condamné est une personne majeure faisant l'objet, conformément à l'article 706-112, d'une mesure de protection juridique, son curateur, son tuteur ou la personne désignée en application des articles 706-114 ou 706-117 est avisé de la date du débat contradictoire prévu à l'article 712-6 ou de l'audience prévue à l'article 712-13 ».

⁵⁴ Ce substantif est utilisé par N. Jacquinot dans son étude, op. cit.

⁵⁵ Nous reprenons ici les termes utilisés par le Professeur A. Botton in Le droit de se taire, un grief efficace : Rev. sc. crim. 2022, p. 419.

⁵⁶ A propos de l'ensemble de ce contentieux, v. M. Brenaut, Un an de QPC en matière pénale, Dr. pénal 2021, chron. 10.

⁵⁷ Cons. constit., 4 mars 2021, n°2020-886 QPC (au sujet de l'information du prévenu du droit qu'il a de se taire devant le JLD en cas de comparution immédiate) : D. 2021, p. 473 ; 9 avril 2021, n° 2021-895/901/902/903 QPC (au sujet de l'information de la personne mise en examen du droit qu'elle a de se taire devant la chambre de l'instruction) : D. 2021, p. 699.

⁵⁸ Cons. constit., 30 sept. 2021, n°2021-934 (au sujet de l'information du prévenu du droit qu'il a de se taire devant le JLD appelé à statuer sur des mesures de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence dans le cadre de la procédure de convocation par procès-verbal) : D. 2021, p. 1768 ; 30 sept. 2021, n°2021-935 (au sujet de l'information de la personne mise en examen du droit qu'elle a de se taire devant le JLD appelé à statuer sur une mesure de détention provisoire dans le cadre d'une procédure d'instruction) : D. 2021, p. 1767 ; 25 fév. 2022, n°2021-975 QPC (au sujet de l'information de la personne mise en cause du droit qu'elle a de se taire lors d'un examen réalisé par une personne requise par le procureur de la République) : D. 2022, p. 690, note V. Tellier-Cayrol, AJ famille 2022, note 110, obs. L. Mary. Sur l'ensemble de ces décisions, A. Botton, Le droit de se taire, un grief efficace : Rev. sc. crim. 2022, p. 419.

reprises pour réformer d'abord des textes spéciaux⁵⁹ puis inscrire à l'article préliminaire du code de procédure pénale qu' « *en matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire* »⁶⁰. À partir d'une analyse téléologique de l'évolution normative, le Conseil semble ainsi s'autoriser à anticiper le sens de la réforme attendue.

Plus récemment encore, cette explication permettrait de mieux comprendre une décision rendue le 17 mai 2024 à propos de la procédure applicable en droit de la presse. Le Conseil y déclare la première phrase du deuxième alinéa de l'article 51-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, et la deuxième phrase de ce même alinéa non conformes à la Constitution car ces dispositions ne permettent pas d'assurer l'information de la personne mise en cause du droit qu'elle a de se taire lorsqu'elle présente des observations ou des réponses écrites au juge d'instruction saisi d'un délit de diffamation ou d'injure⁶¹. Il reporte les effets de sa décision et prévoit, au moyen d'une réserve transitoire, qu'afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou jusqu'à la date de l'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles, le juge d'instruction, lorsqu'il informe la personne de son intention de la mettre en examen en application de l'article 51-1 de la loi du 29 juillet 1881, doit lui notifier son droit de se taire⁶².

De l'audace constitutionnelle à la critique législative implicite – Retenir cette explication, à la supposer exacte, n'enlève cependant rien à l'audace constitutionnelle. Pire, elle peut être le reflet d'une audace encore plus grande : ne plus être seulement « *le maître des horloges* »⁶³ mais devenir le maître de toute l'horlogerie en soulignant la qualité médiocre du travail législatif opéré⁶⁴. Dans les hypothèses examinées, la réforme antérieure intervenue à la suite d'une déclaration de non-conformité à la Constitution aurait pu en effet être l'occasion, non seulement de corriger l'inconstitutionnalité spécifique soumise à l'examen du Conseil mais aussi, et plus ouvertement, de se pencher, de façon plus globale, sur la question de l'information du tuteur ou du curateur de la personne protégée faisant l'objet d'un acte de procédure pénale. C'est en effet parce que le législateur n'a pas pris le temps d'envisager dans toutes les dimensions la portée de la précédente décision relative à la garde à vue, que le Conseil est conduit à statuer de nouveau sur la situation dans des cas similaires mais en développant une argumentation strictement identique⁶⁵. Si le législateur avait profité de la réforme pour se poser plus généralement la question de la protection effective des droits du majeur protégé dans le cadre de la

⁵⁹ V. par ex. C. pr. pén., art. 145, 148-2, 199, 394 ou 396. Il est vrai que ces textes ont aussi pour objectif de rappeler à la personne qu'elle a le droit de faire des déclarations et de répondre aux questions qui lui sont posées et pas seulement de lui notifier le droit qui est le sien de garder le silence.

⁶⁰ Ajout de cet alinéa par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

⁶¹ Cons. constit., 17 mai 2024, n° 2024-1089 QPC.

⁶² Motif n° 15.

⁶³ D. Rousseau, Le Conseil constitutionnel, maître des horloges : Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 54 (dossier : La Constitution et le temps) - janvier 2017 ; E. Bonis, Les trains n'arrivent que rarement à l'heure : de quelques réflexions sur la fabrique de la loi de procédure pénale, in Mélanges Philippe Conte, LexisNexis, 2023, p. 137 et s.

⁶⁴ A propos du travail d'horloger du législateur en procédure pénale et de sa comparaison avec la procédure pénale constitutionnelle telle qu'elle résulte des décisions du Conseil : Ph. Conte, La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel : Jus Politicum, Revue de droit politique, n°21 : [<https://juspoliticum.com/article/La-matiere-penale-revue-par-le-Conseil-constitutionnel-Hommage-tout-en-nuances-a-la-science-infuse-des-omniscients-1260.html>]

⁶⁵ On relèvera que par la loi n° 2018-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le législateur avait amorcé une telle prise en compte plus globale de la portée de la décision en insérant dans le code des dispositions relatives à la garde à vue – répondant ainsi à la « commande » du Conseil constitutionnel – mais aussi en ajoutant – au-delà donc de la stricte exigence formelle de la décision du Conseil – des dispositions relatives à l'audition libre. A ce sujet, v. E. Bonis, Les trains n'arrivent que rarement à l'heure, op. cit., n° 11 et 23.

procédure pénale, le Conseil n'aurait, sans doute ⁶⁶, pas eu à intervenir de nouveau pour déclarer l'article 706-113, dans sa nouvelle rédaction ⁶⁷, non conforme à la Constitution et prévoir une réserve transitoire. La présence de réserves transitoires serait le signe d'une critique plus qu'une audace. Elle serait la marque d'un Conseil conscient qu'au-delà de l'espèce transmise, sa décision doit avoir une portée bien plus importante.

Conclusions et perspectives – Avec cette tentative d'explication et un suivi régulier du contentieux constitutionnel et des réformes législatives, il deviendrait alors possible de savoir à l'avance dans quelles hypothèses le juge va formuler ou non une réserve transitoire. Le manque de prévisibilité de la jurisprudence s'estomperait donc partiellement ⁶⁸. La critique selon laquelle « *la jurisprudence est empreinte d'une grande subjectivité dans l'usage qu'elle fait de cette finalité de cessation de l'inconstitutionnalité constatée, alors même que cette dernière avait pu être qualifiée de 'fonction objective'* » ⁶⁹ pourrait être tempérée. Un fin analyste, rompu au contentieux constitutionnel ⁷⁰, aurait un moyen de savoir à l'avance dans quelles hypothèses le juge va formuler ou non une réserve transitoire. On conviendra néanmoins que la fiabilité de l'« outil » proposé peut à bien des égards, ne pas convaincre et ressembler à celle des prévisions météorologiques à quinze jours !

Dès lors, plutôt que de se risquer à ces réserves qui, quoiqu'on en dise, empiètent sur le travail législatif en indiquant des modifications pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée ⁷¹, le Conseil constitutionnel ne serait-il pas davantage dans son rôle en renforçant la motivation de sa décision. La critique de l'absence de motivation de ses décisions n'est pas nouvelle. Le Professeur Philippe Conte écrivait à ce sujet : « *il délivre son oracle, sans aucune argumentation, encore moins démonstration, à la façon dont le prestidigitateur, après quelques passes, sort le lapin du chapeau* » ⁷². S'agissant plus spécialement des réserves transitoires, deux pistes mériteraient d'être explorées. D'une part, et *a minima*, le Conseil pourrait prendre le soin de justifier la réserve transitoire lorsqu'il en prescrit une. D'autre part, il pourrait aussi, dans le corps même de sa décision, renforcer la motivation de sa portée à la manière dont le fait désormais la Cour de cassation. Il faciliterait ainsi la tâche du législateur en permettant de mieux identifier le domaine de la réforme attendue tout en laissant à ce dernier une liberté de moyens. De telles précisions éviteraient en outre la résurgence de QPC qui ne font qu'alimenter un contentieux loin de se tarir en procédure pénale tout au moins ⁷³.

⁶⁶ D'aucuns pourraient dire des décisions rendues par le Conseil en matière de droit de se taire qu'elles viennent contredire cet argument puisque, nonobstant la réforme et l'inscription à l'article préliminaire du code du droit de se taire, le Conseil poursuit ses censures avec réserves transitoires. V. supra note 27. Néanmoins, il peut être aussi argué qu'elles le confortent en soulignant que le travail législatif est en ce domaine des plus perfectibles en raison de la redondance des textes spéciaux avec l'article préliminaire du code. En effet, à partir du moment où l'article préliminaire pose, dans toute son étendue, l'obligation d'information d'une personne mise en cause dans la procédure du droit qui est le sien de se taire, ne faudrait-il pas opérer un toilettage du code en supprimant toutes les dispositions faisant état de cette obligation. C'est en effet la présence de dispositions spéciales qui laissent penser que, dans le silence d'autres textes, une telle obligation n'existe pas. En supprimant tous les textes spéciaux, l'article préliminaire prendrait alors tout son sens. La refonte du code de procédure pénale à l'étude pourrait être l'occasion de cette simplification. A ce sujet, E. Bonis, La refonte du code de procédure pénale, rapport de synthèse, éd. L'Harmattan, 2024, p. 157 et s., spéc. n°2.

⁶⁷ Une rédaction qui n'a de nouveau que le fait d'avoir ajouté en tête de l'article 706-113, alinéa 1, la mention suivante : « Sans préjudice de l'application des articles 706-112-1 à 706-112-3, l ».

⁶⁸ Dans le cas des décisions relatives au droit de se taire, on peut même penser que cela rend les décisions du Conseil plus critiquables encore car la loi est déjà venue suppléer à ses propres carences par l'ajout d'un alinéa très général à l'article préliminaire du code applicable à tous les stades de la procédure et rendant dès lors la réécriture des textes spéciaux inutiles à la protection des droits du justiciable. V. déjà en ce sens, A. Botton, op. cit.

⁶⁹ N. Jacquinet, op. cit. Sur la « fonction objective », v. M. Charité, art. préc.

⁷⁰ Pourquoi pas, un avocat qui maîtriserait l'art du maniement de la QPC même si cela le conduirait à lire le code de procédure pénale à la manière dont le délinquant lit le code pénal, soit en étant à l'affût des lacunes que suggèrent de précédentes décisions QPC.

⁷¹ Par ex. Cons. const., 18 mars 2015, déc. n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC relatives au cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié.

⁷² Ph. Conte, La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel, op. cit.

⁷³ Sur cette idée d'un contentieux QPC alimenté par le contentieux lui-même, nos remarques in Les trains n'arrivent que rarement à l'heure, op. cit., n°23.

La responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles, un recours encore sous-exploité

par **Théo Ducharme**,

maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS,

L'introduction d'un contrôle *a posteriori* de la loi par le Conseil constitutionnel a constitué le point de départ de la reconnaissance d'une action en responsabilité de l'État du fait d'une loi déclarée contraire à la Constitution. Dans la continuité de la jurisprudence *Gardedieu*⁷⁴, par laquelle le juge administratif admet que l'application d'une loi contraire aux engagements internationaux de la France justifie d'engager la responsabilité de l'État, il devait se prononcer sur une éventuelle responsabilité de l'État du fait de l'application d'une loi inconstitutionnelle.



Ce fut chose faite par les décisions d'Assemblée du 24 décembre 2019⁷⁵ dans lesquelles le Conseil d'État reconnaît le principe d'une responsabilité de l'État « en raison des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'application d'une loi méconnaissant la Constitution ou les engagements internationaux de la France » ; jurisprudence reprise et confirmée par le Conseil constitutionnel dans la foulée⁷⁶.

Le nouveau régime de responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles repose sur le triptyque classique : un fait dommageable caractérisé par la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel ; un préjudice indemnisable et, enfin, un lien de causalité entre les deux. Il s'agit donc d'une responsabilité pour faute qui ne dit pas son nom⁷⁷.

Si les arrêts du Conseil d'État méritent indéniablement leurs entrées aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, depuis 2019, il faut avouer que la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles ne fait pas beaucoup de bruit. Ce régime de responsabilité a été aussi vite oublié qu'il a été reconnu. Plusieurs raisons expliquent cela. D'abord, l'abrogation d'une loi lors d'une question prioritaire de constitutionnalité constitue généralement une satisfaction suffisante pour les requérants. Dans ce cas, ils obtiennent ce pour quoi ils ont posé une question prioritaire de constitutionnalité : la sortie de la loi litigieuse de l'ordre juridique. Ensuite, les particularités du contentieux constitutionnel ne sont pas toujours connues des praticiens, au premier lieu desquels les avocats, la diffusion d'une culture de la question prioritaire de constitutionnalité a encore ses limites⁷⁸. Enfin, la responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution est, en soi, un outil encadré. En effet, les conditions d'engagement de la responsabilité sont relativement restrictives. Malgré ces réserves, ce régime de responsabilité a un aspect pratique. Outre le fait qu'il permet éventuellement d'obtenir réparation, il constitue un moyen d'accès à la juridiction constitutionnelle.

1) Un outil encadré

Obtenir une réparation de l'État en raison de l'application d'une loi déclarée contraire à la Constitution n'est pas un long fleuve tranquille. Pour y arriver, le requérant doit s'appuyer sur une décision du Conseil constitutionnel, mais pas nécessairement avoir déposé la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi

74 CE, Ass., 8 février 2007, n° 279522, Gardedieu.

75 CE, Ass., 24 décembre 2019, n° 425981, 425983, 428162.

76 CC, n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019828_829QPC.htm

77 Marie Sirinelli, concl. sur CE, Ass., 24 décembre 2019, n° 425981, 425983, 428162.

78 Julien Bonnet, « Le potentiel contentieux de la QPC », Lettre d'actualité de la QPC, 2024, n° 2.

que réunir les conditions ouvrant droit à indemnisation. Il y a d'ailleurs quelque chose de spécial à ce que les arrêts du 24 décembre 2019, aussi grands arrêts qu'ils sont, n'aient engendré aucune application positive. Si le Conseil d'État pose un principe, il vient très rapidement l'encadrer dans des conditions restrictives. Un parallèle certain peut être réalisé avec ce qu'écrivait René Chapus à propos de la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois⁷⁹, « *la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois [...] apparaît bien comme un produit de luxe, on ne s'en sert pas tous les jours* »⁸⁰. Il en est de même pour la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles.

Avant toute chose, les règles de prescription sont particulièrement restrictives. Si logiquement la prescription quadriennale⁸¹ s'applique, elle ne commence à courir que « dès lors que le préjudice qui résulte de l'application de la loi à sa situation peut être connu dans sa réalité et son étendue par la victime, sans qu'elle puisse être légitimement regardée comme ignorant l'existence de sa créance jusqu'à l'intervention de la déclaration d'inconstitutionnalité ». Sur le modèle des règles de prescription applicables à la responsabilité du fait d'un règlement illégal⁸², le Conseil d'État fait démarrer le point de départ du délai au jour où le dommage est constitué et connu. La déclaration d'inconstitutionnalité ne peut donc pas, en elle-même, constituer un évènement justifiant de rouvrir le délai de prescription.

Par ailleurs, toute inconstitutionnalité n'est pas nécessairement de nature à engager la responsabilité de l'État. En effet, l'appréciation du lien de causalité conduit à écarter la réparation en cas d'abrogation reposant sur une incompétence négative du législateur. Dans les décisions du 24 décembre 2019, le Conseil d'État estime, en ce sens, que l'abstention d'adoption d'une disposition législative par le législateur ne peut être regardée comme étant à l'origine des préjudices invoqués. Le juge administratif recherche alors si la même décision aurait pu légalement être prise par l'autorité compétente pour rejeter la qualification du lien de causalité entre l'inconstitutionnalité et les préjudices invoqués.

Enfin, en sus de la détermination du lien de causalité, le Conseil constitutionnel dispose de la capacité de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État lorsqu'il détermine les effets de ses décisions sur le fondement de l'article 62, alinéa 2 de la Constitution. Après avoir été invité par le Conseil d'État⁸³, le Conseil constitutionnel est venu préciser qu'il détient le pouvoir « de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières »⁸⁴. Le risque étant alors que, sur le modèle de la remise en cause de l'effet utile des déclarations d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel en vienne à écarter la possibilité d'engager la responsabilité de l'État dans la seule optique de protéger les finances publiques.

Ainsi, en ce qui concerne la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles, ce que les juridictions ont donné d'une main, elles l'ont repris de l'autre. Malgré ces limites, la responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution est un outil pratique pour les justiciables et leurs conseils.

2) Un outil pratique

Tout d'abord, la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles a un intérêt pour créer « une instance » au sens de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁸⁵. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée lors d'une procédure juridictionnelle

79 CE, Ass., 14 janvier 1938, n° 51704, SA des produits laitiers « La Fleurette ».

80 René Chapus R., Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15e éd., 2001, 2 vol., t. 1, p. 1380.

81 Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

82 CE, 31 janvier 1996, n°152553, Fournier.

83 CE, Ass., 24 décembre 2019, n° 425981, 425983, 428162.

84 CC, n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019828_829QPC.htm

85 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

préexistante et la disposition législative doit être « applicable au litige ou à la procédure, ou constitue[r] le fondement des poursuites »⁸⁶.

Pour remplir ces conditions, rien de plus simple. Il suffit, à l'occasion d'un recours indemnitaire, de soutenir que les préjudices invoqués découlent de l'application d'une disposition législative qui est contraire à la Constitution. Le justiciable devra alors, pour lier le contentieux, déposer une demande indemnitaire à l'administration concernée⁸⁷. Ensuite, à l'occasion de cette procédure, il appartient au justiciable de déposer, dans un mémoire distinct et motivé⁸⁸, une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions législatives à l'origine des préjudices. Certes, dans la majorité des cas, le requérant peut arriver aux mêmes fins en contestant la légalité des actes administratifs d'application de la loi en demandant à l'administration de retirer lesdits actes et, par la suite, attaquer le refus, explicite ou implicite de l'administration, devant le juge administratif. La dernière étape consiste alors à déposer une question prioritaire de constitutionnalité en soutenant que les décrets d'application sont irréguliers en ce qu'ils appliquent une loi elle-même irrégulière.

À côté de cette procédure classique, la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles peut trouver sa voie. Elle a le mérite de permettre de contester les dispositions législatives et, par là même, de demander l'indemnisation des préjudices induits par l'application des dispositions.

La responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles est d'autant plus utile que les conditions d'engagement de la responsabilité sont relativement simples à réunir. La qualification du fait dommageable, hors hypothèse particulière de l'incompétence négative, découle de la décision même du Conseil constitutionnel. En effet, une simple inconstitutionnalité est nécessaire et suffisante, le juge administratif ne portera pas d'appréciation sur l'étendue ou la gravité de l'inconstitutionnalité. Toutefois, cette procédure est surtout utile pour les requérants individuels qui peuvent faire valoir un préjudice. Elle le sera moins pour les associations qui ont recours à la question prioritaire de constitutionnalité pour faire évoluer le droit. Dans cette dernière hypothèse, la caractérisation d'un préjudice indemnisable est plus délicate à envisager, mais cela ne les empêche en rien d'utiliser cette voie de droit pour accéder au Conseil constitutionnel. Effectivement, au stade de l'examen du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge n'examine pas le bien-fondé de la demande indemnitaire⁸⁹.

La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution peut donc trouver sa place dans l'organisation contentieuse. Ce régime de responsabilité a indéniablement des atouts pour les justiciables et leurs conseils.

86 Article 23-2 de la loi organique précitée.

87 Article R. 421-1 du code de justice administrative « La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle ».

88 Article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009 précitée.

89 CE, 17 décembre 2010, n° 343752.

Premier podcast du Conseil constitutionnel sur la QPC

Le Conseil constitutionnel lance sa première collection de podcasts consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), avec l'appui d'Amicus Radio, studio de production spécialisé dans les podcasts sur le droit et la justice.

L'ambition portée par le Conseil constitutionnel, à l'initiative du Président Fabius, de faire connaître la « question citoyenne » à un large public trouve ainsi une nouvelle déclinaison, dans le prolongement de la création du Portail QPC 360° en 2023.

Le choix du format du podcast, qui offre une grande souplesse d'accès, le caractère synthétique et pédagogique des épisodes et la vue d'ensemble sur la procédure qu'ils offrent sont autant d'éléments qui permettront d'intéresser des profils d'auditeurs divers.

La richesse de ce podcast réside également dans la place laissée aux acteurs de la QPC. Outre les interventions du Président Fabius, de Madame Corinne Luquiens, membre du Conseil constitutionnel, et de Monsieur Jean Maïa, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, sont recueillis les témoignages de Maître Emmanuel Piwnica et de Maître François Molinié, avocats aux Conseils, ainsi que celui de Madame Isabelle Gorce, Première présidente de la cour d'appel de Bordeaux.

Les cinq épisodes, « *La QPC, une révolution de velours* », « *QPC, mode d'emploi* », « *Les acteurs de la QPC* », « *Deux décisions QPC à la loupe* » et « *QPC 360°, bilan et perspectives* », seront successivement diffusés chaque semaine à partir du 9 septembre 2024 et pourront être réécoutés sur les plateformes habituelles de podcasts.



Hommage à Robert Badinter

La salle d'audience publique QPC prend le nom de Robert Badinter

Afin d'honorer la mémoire de Robert Badinter, qui présida le Conseil constitutionnel de 1986 à 1995, le Président Laurent Fabius et ses collègues membres du Conseil constitutionnel ont décidé de donner son nom à la salle au sein de laquelle, au Palais-Royal, se tiennent les audiences publiques.



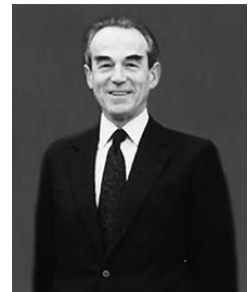
Lui-même éminent avocat, le Président Badinter a milité dès la fin des années 1980 pour l'ouverture aux citoyens du droit de porter le débat de constitutionnalité devant le prétoire du Conseil constitutionnel. Jusqu'à ce que puisse, en 2008, être créée la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, il a poursuivi ce combat, qui lui apparaissait comme le complément nécessaire de celui qu'il avait précédemment conduit comme Garde des sceaux pour ouvrir la voie de la saisine par les justiciables de la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est en mémoire de l'attachement remarquable et constant qui fut le sien à l'œuvre de justice que le Conseil constitutionnel fait ainsi le choix de donner le nom du Président Badinter à cette salle, librement accessible au public et où les parties viennent chaque semaine débattre devant le Conseil assemblé du respect des droits et libertés que la Constitution garantit.

À relire, l'article de Robert Badinter publié lors du 10^e anniversaire de la QPC :

Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité

En 1989, année du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, je publiais une tribune dans Le Monde dans laquelle je dénonçais l'ambiguïté de la situation des justiciables en France. Ils pouvaient saisir la Cour européenne des droits de l'Homme à Strasbourg, depuis octobre 1981, en invoquant la non-conformité d'une loi à la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux. En revanche, l'accès au Conseil constitutionnel à Paris afin de faire constater la violation de leurs droits fondamentaux, leur était refusé.



Ce déséquilibre institutionnel, qui faisait du citoyen français un majeur conventionnel mais un mineur constitutionnel, ne devait plus durer. Il convenait d'y remédier en introduisant dans notre droit une exception d'inconstitutionnalité.

Président de la République, François Mitterrand ne prisait guère le contrôle de constitutionnalité. Il préférait la République parlementaire. J'entrepris de le convaincre en faisant valoir que l'occasion était unique : alors que l'on célébrait le bicentenaire de la Déclaration des droits de l'Homme, il pourrait dire aux citoyens que, grâce à l'exception d'inconstitutionnalité et à l'ouverture aux justiciables de la juridiction constitutionnelle, chacun pourrait faire respecter ses droits et libertés fondamentales. L'aspect politique de l'argument l'a intéressé – d'autant plus qu'il était convaincu que le Sénat s'opposerait à ce projet de révision constitutionnelle, par hostilité à l'égard de la majorité de gauche.

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.

Comme le relevait le doyen Vedel, ce filtre ne devait pas être un bouchon, mais il était nécessaire pour éviter que le Conseil constitutionnel ne soit submergé par les actions des justiciables. En outre, dans ma pensée, associer étroitement les juridictions suprêmes à ce filtrage était une manière d'imprégner toute la justice française de la culture du respect des droits fondamentaux sur lesquels repose la justice américaine et celle de bien des pays européens.

Ainsi fut fait : le projet de révision constitutionnelle créant l'exception d'inconstitutionnalité fut voté en 1990 par l'Assemblée nationale, à majorité de gauche. Parmi les opposants, on comptait alors deux jeunes députés pleins d'allant – Nicolas Sarkozy et François Fillon.

Le texte fut repoussé par le Sénat, en majorité de droite. Nous ne pouvions évidemment en rester là.

En 1993, la commission Vedel pour la réforme des institutions se déclara favorable à l'exception d'inconstitutionnalité. Il est vrai qu'elle comptait parmi ses membres certains de ses promoteurs les plus actifs, notamment les professeurs Guy Carcassonne et Olivier Duhamel. Un nouveau texte de révision constitutionnelle fut donc déposé sur le bureau du Sénat. Mais l'exception d'inconstitutionnalité ne figurait pas dans la loi constitutionnelle adoptée en 1993 ...

Heureusement, avec le temps, les esprits évoluèrent et l'on connaît la suite. En 2007, la commission Balladur fut constituée. Édouard Balladur, après avoir combattu le contrôle de constitutionnalité en 1993 lorsqu'il était Premier ministre de la cohabitation, s'était convaincu que l'on ne pouvait ouvrir aux justiciables français le contrôle de conventionnalité et leur refuser le contrôle de constitutionnalité.

Les esprits étaient donc prêts. Le reste appartient à l'histoire parlementaire. Il demeure que vingt ans ont été perdus parce que les assemblées, particulièrement le Sénat, étaient hostiles à tout renforcement des pouvoirs du Conseil constitutionnel.

Robert Badinter

La dixième audience « hors les murs » à Toulouse

Le 13 mars 2024, le Conseil constitutionnel s'est déplacé à Toulouse pour y tenir une audience publique de QPC dans les locaux de la cour administrative d'appel.

Il s'agissait de la dixième audience « hors les murs » du Conseil constitutionnel, cinq ans après la première audience délocalisée organisée à la cour d'appel de Metz le 12 février 2019. Cette démarche se perpétue avec pour objectif de favoriser la connaissance de la QPC et plus largement de rapprocher le Conseil constitutionnel des citoyens.



Lors de son retour à Toulouse le 21 mars 2024, le Président Fabius a commenté devant de nombreux étudiants et enseignants-chercheurs de la faculté de droit les décisions [n° 2023-1083 QPC](#) et [n° 2023-1084 QPC](#) qui portaient sur les QPC examinées une semaine plus tôt. Cette intervention a été suivie d'un temps d'échange.

Les déplacements de Madame Patricia Pomonti, ambassadrice de la QPC, à la rencontre des acteurs de la procédure

Dans le cadre de sa mission d'Ambassadrice de la question prioritaire de constitutionnalité auprès du Président du Conseil constitutionnel, Madame Patricia Pomonti a initié des « journées de sensibilisation » à la QPC. Organisées avec le soutien des chefs de cour, des barreaux et de l'université, ces journées permettent un dialogue entre les acteurs de la QPC et sont l'occasion pour les participants de bénéficier d'une formation à la procédure.



Quatre journées de sensibilisation à la QPC ont ainsi déjà eu lieu à Bordeaux le 28 mars, à Amiens le 7 juin, à Reims le 20 juin et à Angers le 1^{er} juillet.

La première partie de ces journées se concentre sur la pratique de la QPC. Elle débute par un échange entre Madame Pomonti et les agents du greffe – des juridictions de première instance comme des cours d'appel – sur le traitement des QPC et l'obligation de transmission des décisions QPC au Conseil constitutionnel pour l'alimentation du Portail QPC 360°, en application du décret n° 2022-1317 du 13 octobre 2022.

Ensuite, pour permettre aux différents professionnels du droit de se rencontrer, qu'ils soient à l'origine de la QPC pour les uns ou en charge de leur examen pour les autres, avocats, magistrats, juges non-professionnels, juristes-assistants et assistants de justice sont invités à partager leur expérience sur la pratique de la QPC et les éventuelles difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans son maniement. Le Portail QPC 360° et les ressources et outils mis à leur disposition sur la QPC leur sont également présentés.

La seconde partie de ces journées de sensibilisation est destinée à aborder les mécanismes procéduraux et les apports jurisprudentiels de la QPC.

Un avocat du barreau local présente une QPC qu'il a posée et explique la stratégie qui l'a guidé pour choisir cette voie contentieuse, les suites données à la QPC concernée ainsi que le regard qu'il porte sur la procédure. Ont ainsi été présentées des QPC ayant abouti à des décisions du Conseil constitutionnel, ainsi que des QPC ayant fait l'objet d'un refus de transmission par le juge du fond ou par le Conseil d'État. Ce retour d'expérience, exposé de manière vivante, offre une vision très concrète de la procédure.

Cette présentation est suivie d'une table-ronde sur les enjeux et intérêts de la QPC animée par Madame Pomonti qui réunit des spécialistes, en particulier des universitaires. A Bordeaux, à l'initiative du Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État (CERCCLÉ) de l'Université, plusieurs enseignants-chercheurs se sont succédé pour livrer, sous un angle thématique, leur analyse sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de QPC.

La journée qui a eu lieu à Angers a quant à elle été marquée par l'intervention de Madame Dominique Lottin, membre du Conseil constitutionnel de 2017 à 2022.

D'autres journées de sensibilisation à la QPC sont prévues au quatrième trimestre 2024.

Sélection de décisions

Cette rubrique rassemble des décisions QPC rendues par Conseil constitutionnel, ainsi que des décisions de non-renvoi rendues par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, retenues ici à raison de leur intérêt procédural ou des thèmes dont elles traitent.

Conseil constitutionnel

- Décision n° 2023-1075 QPC du 18 janvier 2024 - Société Europe métal concept [Récupération et valorisation des métaux issus d'une crémation] - Conformité
- Décision n° [2023-1076 QPC](#) du 18 janvier 2024 - M. Moussa H. [Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé en cas de défèrement] - Non conformité totale - effet différé - réserve transitoire
- Décision n° [2023-1079 QPC](#) du 8 février 2024 - Mme Léopoldina P. [Droit à congé payé d'un salarié en arrêt maladie] - Conformité
- Décision n° [2023-1080 QPC](#) du 6 mars 2024 - Société de la Fontaine [Double degré de juridiction pour l'examen d'un incident contentieux relatif à l'exécution d'une peine de confiscation] - Non conformité totale - effet différé
- Décision n° [2023-1083 QPC](#) du 21 mars 2024 - Communauté de communes Chinon, Vienne et Loire [Pérennisation d'un prélèvement minorant la dotation d'intercommunalité II] Non conformité totale
- Décision n° [2024-1091/1092/1093 QPC](#) du 28 mai 2024 - M. Diabe S. et autres [Exclusion des étrangers en situation irrégulière du bénéfice de l'aide juridictionnelle] Non conformité totale

Conseil d'État (décisions de non-renvoi)

- Décision n° [489634](#) du 16 février 2024 [QPC sur le régime de fermeture d'un établissement d'enseignement privé hors contrat]
- Décision n° [473502](#) du 8 avril 2024 [Précisions sur l'applicabilité au litige de la disposition contestée au sens de la QPC]
- Décision n° [490347](#) du 19 mars 2024 [Un rapport annexé à une loi de programmation ne peut pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité]

Cour de cassation (décisions de non-renvoi)

- Arrêt n° [23-12.483](#) du 18 janvier 2024 (2^e chambre civile) [Lutte contre la fraude aux prestations sociales – QPC sur les articles L. 114-17 du code de la sécurité sociale et 441-6 du code pénal]
- Arrêt n° [23-90.024](#) du 14 février 2024 (chambre criminelle) [QPC sur le délit de conduite après usage de produits stupéfiants]
- Arrêt n° [23-18.056](#) du 31 janvier 2024 (1^{ère} chambre civile) [Régimes matrimoniaux – QPC sur l'article 1413 du code civil]

L'enseignement supérieur du droit constitutionnel

par **Bernard Beignier**, recteur de l'académie de Paris, de la région académique Ile-de-France et chancelier des universités de Paris et d'Ile-de-France
et **Didier Truchet**, professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

L'article de Bernard Beignier et Didier Truchet figure ci-dessous dans sa version publiée par Cairn.info (plateforme de référence des publications scientifiques francophones).



L'enseignement supérieur du droit constitutionnel

Bernard BEIGNIER

*Recteur de l'académie de Paris, de la région académique Île-de-France
et chancelier des universités de Paris et d'Île-de-France*

Didier TRUCHET

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

RÉSUMÉ

Principalement délivré dans les facultés de droit depuis le célèbre cours de P. Rossi sous Louis-Philippe et considéré comme une matière fondamentale, l'enseignement supérieur du droit constitutionnel s'inscrit dans une tradition pédagogique stable. La manière de le concevoir, ses relations avec la vie politique, son contenu ont pourtant beaucoup varié selon les époques. En France, la création du Conseil constitutionnel et la jurisprudence de ce dernier l'ont enrichi d'un volet contentieux substantiel. L'article répond à trois questions : quel contenu ? Quelles orientations ? À quel niveau ? Les réponses reposent sur un héritage historique et des considérations pratiques que l'on ne doit pas ignorer et suggèrent des évolutions pour que cet enseignement réponde aux besoins de formation des juristes d'aujourd'hui.

Le premier enseignement intitulé « *Cours de droit constitutionnel* » fut donné en doctorat à la Faculté de droit de Paris par Pellegrino Rossi de 1835 à 1848¹. Organisé en cent-cinq Leçons (qui s'étendaient, semble-t-il, sur deux années), il avait une ampleur considérable. Guizot, qui en obtint la création, entendait promouvoir la Charte de 1830. Or celle-ci, qui s'intitulait « *Droit public des Français* », avait un champ très large : ses soixante-dix courts articles comportent une déclaration des droits et des dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics constitutionnels et traitent aussi de l'Ordre judiciaire, de la dette, de la

Légion d'honneur, de la noblesse, des colonies... Rossi en prend prétexte pour étudier en détail la plupart de ces thèmes, en remontant parfois loin dans l'histoire. Il en aborde aussi d'autres qui ne trouvent aucun ancrage explicite dans la Charte ; les vœux religieux, la police sanitaire... Une part importante du cours est consacrée à l'étude des libertés individuelles et publiques, avec une comparaison avec le régime anglais. De ce rappel, on peut tirer deux leçons toujours actuelles : les contours du droit constitutionnel sont difficiles à délimiter ; celui qui l'enseigne a une grande liberté pédagogique pour les tracer.

1. Le Cours a été partiellement (mais largement) réédité par Dalloz en 2017 avec une riche introduction de Julien Boudon, de laquelle nous avons tiré nombre des informations que nous donnons.

Car c'est bien de l'enseignement de la matière dont nous parlerons et non de la matière elle-même². Les deux auteurs sont certes professeurs de droit³, mais aucun des deux n'est spécialiste de droit constitutionnel ; ils se garderont donc de dire ce qu'est ou doit être le droit constitutionnel, quels en sont les ressorts, quelle recherche il appelle. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'être spécialiste pour observer que dans le temps et l'espace, les auteurs de manuels ont des visions très différentes, mais également intéressantes et légitimes, de leur discipline. Chacun d'eux explique la sienne en introduction.

Notre sujet nous invite à parler de l'enseignement supérieur. À vrai dire, cela va de soi car le droit constitutionnel est absent de l'enseignement secondaire. Les élèves des lycées reçoivent un enseignement moral et civique, confié aux professeurs d'histoire-géographie et destiné à les préparer à l'exercice de la citoyenneté, mais il ne s'agit pas d'un enseignement juridique⁴.

Seuls quelques-uns d'entre eux suivent l'option « droit et grands enjeux du monde contemporain » créée en classe de terminale. Il en résulte cette donnée très importante et souvent sous-estimée en dehors des facultés de droit : les étudiants en droit n'ont aucune véritable connaissance du droit constitutionnel lorsqu'ils commencent leur *cursus*, comme au demeurant de tout le droit ; les quelques idées vagues qu'ils peuvent en avoir sont souvent inexactes sinon fausses. À quoi s'ajoute cette autre donnée, non moins importante et sous-estimée : le taux d'encadrement des étudiants par les enseignants y étant le plus faible, l'enseignement est

nécessairement « de masse » dans nos facultés, du moins dans les premières années.

Car ce sont bien elles qui dispensent, en France, l'enseignement du droit constitutionnel depuis que la matière y est devenue obligatoire, d'abord en 1879 en doctorat, puis en 1889 en licence. Il paraît absent du programme des grandes écoles. Les instituts d'études politiques mettent l'accent sur la science et la vie politiques ou sur les affaires publiques, mais si leur dimension constitutionnelle n'est évidemment pas ignorée, elle n'occupe pas une place centrale. Depuis la disparition, en 1995, des programmes nationaux, les universités sont en principe libres d'organiser leurs enseignements comme elles l'entendent, mais les facultés de droit sont restées fidèles à la tradition⁵ sur laquelle nous aurons l'occasion de nous interroger : le droit constitutionnel est enseigné comme matière obligatoire dans les deux premiers semestres de licence. Le nombre des étudiants (et donc l'importance du marché pour les éditeurs) contribue à expliquer celui, très élevé, des manuels⁶. Il l'est à nouveau en master au profit des étudiants qui le choisissent : c'est à ce niveau que la matière est approfondie et élargie, avec par exemple du droit constitutionnel comparé ou l'étude du contentieux constitutionnel, souvent proposée (en ce qui concerne notamment la question prioritaire de constitutionnalité, ci-après QPC) aussi aux étudiants inscrits dans des mentions de master portant sur le droit ou les carrières judiciaires ou sur les procédures contentieuses.

La richesse et la diversité de l'enseignement du droit constitutionnel invitent à le présenter sous

2. Voir notamment P. Pactet, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *Revue du droit public*, 2010/1, p. 155.

3. B. Beignier et D. Truchet (dir.), *Droit de l'enseignement supérieur*, Paris, Lextenso, 2018.

4. P. Bourdon, « Il faut enseigner le droit dans les études menant au baccalauréat », *Sem. Jur. G.*, 2018, p. 117.

5. Confirmée par le décret n° 54-343 du 27 mars 1954 modifiant le régime des études et des examens en vue de la licence en droit (*JO*, 28 mars 1954, p. 2966). V. J. Montain-Domenach, *Tradition et modernité dans l'enseignement du droit : la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954*, *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1986, p. 117 ; C. Moreau de Bellaing, « Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit : controverses autour de la réforme de la licence en droit de mars 1954 », *Droit et Société*, 2013/1 (n° 83), p. 83.

6. Un décompte, peut-être incomplet, dénombre vingt-quatre manuels actuels, le plus récent étant celui de B. Daugeron, *Droit constitutionnel*, PUF, Thémis, 2023.

une forme interrogative, en posant trois questions que ceux qui le délivrent aux étudiants doivent résoudre. Elles portent sur son contenu, ses orientations et sa place dans le cursus universitaire.

A) Quel contenu pour l'enseignement du droit constitutionnel ?

Tous ceux qui enseignent le droit constitutionnel sont confrontés à la difficulté qu'avait déjà rencontrée P. Rossi : dire l'essentiel dans un volume d'heures limité (de manière générale, deux semestres de 37 h 30 en première année) qui impose des choix pédagogiques difficiles. Tous les auteurs de manuels le soulignent et s'en expliquent. C'est déjà ce qui avait conduit Léon Duguit à publier en même temps une deuxième édition de son *Traité de droit constitutionnel* en deux volumes in-8° qu'il dit « *destiné aux juriconsultes* », et un *Manuel de droit constitutionnel* (sous-titré « *Théorie générale de l'État. Libertés publiques. Organisation politique.* »), « *destiné principalement aux étudiants de licence* »⁷.

La matière est en effet énorme. Dans sa vision la plus classique, le noyau dur du droit constitutionnel enseigné aux étudiants débutants comporte une théorie générale, l'histoire constitutionnelle française, la description des institutions politiques françaises du moment et une présentation de quelques systèmes constitutionnels

étrangers (au minimum, ceux du Royaume-Uni et des États-Unis). La délimitation de ce noyau dur a posé au moins, et successivement, deux délicats problèmes de frontière.

Le premier d'entre eux a concerné la vie politique. Le constat que le fonctionnement des institutions de la III^e République et aussi, à un moindre degré, de la IV^e, s'était considérablement éloigné de la lettre des lois constitutionnelles de 1875 et de la Constitution de 1946, imposait un compromis entre la présentation des institutions et leur pratique⁸. Après 1945, il s'est réalisé sur fond de naissance de la science politique comme matière universitaire⁹. Il a été rendu officiel par le décret de 1954 précité qui a imposé en première année l'intitulé « *Droit constitutionnel et institutions politiques* » et fixé son contenu : « *théorie générale, les droits individuels et sociaux, les principaux systèmes politiques étrangers, la République française, l'union française* ». Les manuels se sont alignés en prenant pour titre soit « *Droit constitutionnel et institutions politiques* »¹⁰, soit « *Institutions politiques et droit constitutionnel* »¹¹, inversion qui entendait sans doute montrer la primauté du politique sur le constitutionnel.

Puis droit constitutionnel et science politique se sont nettement séparés. Outre les manuels de science politique, l'étude du phénomène politique appliquée au phénomène juridique a pris son autonomie, avec l'enseignement spécifique

7. *Avertissement à la deuxième édition* du Manuel, Paris, Fontemoing et Cie, Éditeurs, 1911. Le Manuel (un volume de 469 pages) renvoie au Traité pour « *les développements historiques, les renseignements de législations étrangères, les discussions, l'exposé de la jurisprudence, les indications bibliographiques* ».

8. Phénomène qui existe aussi sous la V^e République comme Pierre Avril l'a montré dans son ouvrage *Les conventions de la Constitution* (PUF, Léviathan, 1997).

9. Décret n° 56-1308 du 19 décembre 1956 portant création d'un diplôme d'études supérieures de sciences politiques et d'un diplôme de docteur ès sciences politiques délivrés par les facultés de droit.

10. Ceux de Georges Burdeau et André Hauriou.

11. Ceux de Jean Cadart, Maurice Duverger, Claude Leclerc, Pierre Pactet et Marcel Prélot.

des institutions politiques¹², de la vie politique¹³ ou du droit politique¹⁴. Dès lors, les ouvrages sont redevenus des manuels de droit constitutionnel, ce qui est l'intitulé aujourd'hui de la quasi-totalité d'entre eux. Ils n'ignorent évidemment ni les institutions politiques, ni l'effet sur la matière des grands événements politiques, mais ils n'étudient plus la conquête du pouvoir ou le jeu des partis politiques. Ils se sont recentrés sur l'analyse juridique.

Leurs auteurs y ont été incités par l'émergence en France du contentieux constitutionnel, qui pose le second problème de frontière que nous souhaitons évoquer. Chacun sait que le contrôle de constitutionnalité des lois est véritablement né dans notre pays avec la décision *Liberté d'association* rendue par le Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971 et qu'il a été considérablement amplifié par le succès rencontré par la QPC après la révision de 2008. Il était impossible à l'enseignement universitaire du droit constitutionnel de l'ignorer (le souvenir de Louis Favoreu reste lié à cette prise de conscience) et très difficile de l'intégrer ! Car, en premier lieu, le volume horaire du cours de première année laisse peu de place pour étudier un contentieux devenu abondant, dont l'étude risque d'être d'une technicité excessive pour des débutants. En second lieu, ce contentieux concerne l'application moins des règles du droit constitutionnel elles-mêmes que de celles du droit privé et des autres branches du droit public. C'est à nouveau un compromis qui s'est établi : l'enseignement initial du droit constitutionnel porte sur le

rôle du Conseil constitutionnel¹⁵ et sur le contrôle de constitutionnalité, mais laisse aux enseignements ultérieurs de droit public (notamment de droit administratif) et de droit privé l'étude de ses effets sur ces disciplines.

Parallèlement, le contentieux constitutionnel est devenu une matière universitaire à part entière, enseignée de manière spécifique en master. En témoignent les recueils de grandes décisions du Conseil constitutionnel et les ouvrages entièrement dédiés au contentieux constitutionnel. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel a eu aussi pour effet considérable non seulement d'élargir les contours du droit constitutionnel, mais aussi de l'enrichir en lui donnant des orientations nouvelles.

B) Quelles orientations pour l'enseignement du droit constitutionnel ?

Cet enrichissement résulte évidemment de l'intégration aux normes constitutionnelles françaises de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du Préambule de la Constitution de 1946, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, des objectifs constitutionnels et des exigences constitutionnelles : c'est l'apport principal de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, son œuvre essentielle, même si son vocabulaire manque parfois de rigueur. Elle impose à

12. L'un des premiers fut le cours « *Les institutions politiques françaises* » donné à Sciences Po par François Goguel dont les premiers mots étaient : « *Un cours donné dans cette maison n'est pas un cours de droit constitutionnel, et d'ailleurs, même dans d'autres maisons, c'est de moins en moins à une exégèse purement juridique des textes qu'on se livre pour exposer ce que sont des institutions politiques* ». Nous citons le cours de 1967-1968 publié par *Les cours du droit*, Fascicule 1, p. 2.

13. E. Buge, *Droit de la vie politique*, PUF, Thémis, 2018.

14. V. notamment la revue (Dalloz) et le blog *Jus politicum*. On lit sur le site de la revue : « *Loin d'opposer les phénomènes juridiques aux questions politiques, les initiateurs de la revue sont au contraire convaincus que le droit constitutionnel ne prend toute sa signification qu'en se plaçant à leur point de convergence, lorsqu'il est pleinement appréhendé comme droit politique ; lorsque la règle est comprise à la lumière de sa pratique, de son histoire, de son soubassement philosophique : à la lumière de cette culture, en un mot, qui seule lui donne son véritable sens* ».

15. Le plus âgé des auteurs de cet article (D. Truchet) se rappelle que le Conseil constitutionnel était à peine mentionné lors de ses études de licence achevées en 1970. Quant au moins âgé, lors de sa première année en 1977-78, les décisions dudit Conseil se réduisaient en pratique à une douzaine de décisions de valeur plus que variable.

l'enseignement du droit constitutionnel des choix fondamentaux.

À la différence de ceux qui ont été évoqués dans le point précédent, ces choix ne portent que marginalement sur les limites intellectuelles de l'enseignement. Il est évident qu'il doit traiter autant de la constitution matérielle que de la constitution formelle. La seule difficulté (en pratique, considérable !) est de respecter son volume horaire et donc de privilégier certains aspects du droit constitutionnel, au détriment inévitable d'autres.

C'est ici qu'intervient le mieux la subjectivité du professeur et de l'auteur. Elle est nécessaire et heureuse car elle exprime son indépendance pédagogique et doctrinale, sous réserve, il est vrai, de veiller à la cohérence, pour les étudiants, de son propos avec la carte et le contenu des autres enseignements. Si les étudiants, les professions juridiques et judiciaires, des associations et bien sûr, le Conseil constitutionnel lui-même, sont légitimes à exprimer des souhaits et des préférences sur les orientations de l'enseignement et doivent être écoutés, nul ne le serait à prétendre les imposer à l'Université ! Car c'est bien d'orientations qu'il s'agit. Or si elles ont toujours été variables d'un auteur à l'autre, elles paraissent bien plus significatives aujourd'hui que naguère. Pour autant que l'on puisse en juger, tous les manuels actuels abordent les mêmes thèmes, mais pas dans les mêmes proportions, ni sous le même angle.

Certains continuent à voir principalement (mais jamais exclusivement) la matière comme un droit de l'organisation de l'État (sa souveraineté, ses formes, son régime constitutionnel) et de ses institutions. Cette orientation met l'accent sur l'objet historique et toujours premier de la constitution. L'inconvénient possible est de sous-estimer l'imprégnation constitutionnelle progressive de notre système juridique.

D'autres le voient principalement (mais jamais exclusivement) comme un droit des valeurs qu'un peuple ou une nation se donne pour que les citoyens vivent ensemble aussi harmonieusement que possible. On rejoint ici les grandes libertés et les droits constitutionnels, qui sont affirmés par la Constitution (mais aussi par la Convention européenne des droits de l'homme, notamment) en nombre croissant. On a vu plus haut que les ouvrages historiques de droit constitutionnel les intégraient fréquemment¹⁶, ce qui a été moins marqué au milieu du XX^e siècle et est devenu systématique aujourd'hui. Cette orientation met l'accent sur le fondement et la protection constitutionnels des libertés et sur toutes les implications possibles de la démocratie, dans un pays et à un moment donnés, tout spécialement le nôtre aujourd'hui. L'inconvénient possible est de constitutionnaliser toutes les libertés dont l'étude et l'effectivité relèvent raisonnablement d'autres disciplines. Qu'il soit permis ici de regretter que trop souvent l'on ne distingue pas les « libertés publiques » des « libertés civiles ». Ne prenons qu'un exemple : la loi de 1887 sur les funérailles établit une « liberté civile ».

D'autres enfin le voient principalement (mais jamais exclusivement) comme un droit de la source et des normes constitutionnelles. C'est sans doute sur ce point que les manuels actuels se distinguent le plus des manuels anciens car il est celui à propos duquel l'évolution juridique récente a été la plus sensible. Elle a constitutionnalisé tout le droit français, alors que le droit constitutionnel et son enseignement ont longtemps paru étanches par rapport aux autres branches du droit, public et privé. Au-delà des « bases constitutionnelles » que Georges Vedel avait découvertes au droit administratif¹⁷, nous sommes en présence de règles constitutionnelles qui s'appliquent aussi bien en droit privé qu'en droit public. En somme, il y a une sorte d'inversion de la formule de Jean

16. Aux exemples déjà cités, on peut ajouter le *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou (Sirey, 1923).

17. On trouve une ébauche de sa pensée dans son *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949. Voir le paragraphe 2, p. 5 : « l'absence de frontières précises entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit public interne ».

Carbonnier¹⁸ : la Constitution ne deviendrait-elle pas le vrai droit civil des Français ? L'inconvénient possible de cette orientation est qu'il est difficile de lui trouver des limites pour ne pas absorber tout le droit français dans le droit constitutionnel. Il y a là un véritable danger pour la discipline. La tendance actuelle à « tout constitutionnaliser » peut, en réalité, cacher un processus profondément conservateur (qui n'est pas sans rappeler le sens même du « Sénat conservateur » sous le Second Empire) et transformer le roseau constitutionnel en chêne peu résistant aux tempêtes.

C) À quel niveau enseigner le droit constitutionnel ?

Le droit constitutionnel n'est pas de l'instruction civique ! Son apprentissage à l'université n'a pas pour objet principal d'apprendre la citoyenneté mais de contribuer à la formation intellectuelle et technique des étudiants en droit. Il s'agit de leur permettre, quel que soit leur futur métier, d'être de bons professionnels, capables de rendre à la société et aux personnes, les services qu'ils attendent d'eux. Le droit constitutionnel est l'un des moyens d'atteindre cet objectif.

À quel niveau du *cursus* est-il pertinent de l'enseigner ? La question est rarement posée mais il nous paraît nécessaire de le faire. Nous l'avons dit, la tradition place depuis la fin du XIX^e siècle le « grand cours » de droit constitutionnel dans les deux premiers semestres de licence. Cette tradition repose sur deux solides considérations pédagogiques : il

est logique de commencer des études de droit par la présentation du système constitutionnel dans lequel il se déploie, et de commencer l'étude des règles par le sommet, celui de la souveraineté. Puisque le code civil (par exemple) est une loi, les étudiants doivent savoir avant de l'étudier ce qu'est une loi, par qui, comment et dans quel cadre institutionnel et normatif elle est adoptée. Comment d'ailleurs les étudiants comprendraient-ils ultérieurement la hiérarchie des normes si on ne leur avait pas appris au préalable la norme suprême ? Il était et reste donc souhaitable de rendre le droit constitutionnel obligatoire pour tous les étudiants dès le début de leur parcours académique.

Mais la tradition est née pour un droit constitutionnel et un public de première année qui ne sont plus ceux d'aujourd'hui. Il faut bien dire que sous les Troisième et Quatrième Républiques et au début de la Cinquième, la matière passait pour relativement facile à enseigner et à apprendre¹⁹. L'exposé des motifs du décret de 1954²⁰, trop ignoré des enseignants des facultés, est à relire attentivement : « *l'idée générale qui a guidé [la réforme] est que les facultés de droit doivent donner à leurs étudiants d'une part une culture générale de caractère social, appuyée sur l'enseignement du droit et de l'économie politique, d'autre part une formation mieux orientée vers leur professions futures* ». Les autres matières de première année étaient les institutions judiciaires et le droit civil, l'histoire des institutions et des faits sociaux, l'économie politique, les institutions internationales et les institutions financières. Conformément à la conception que le

18. Qui se demandait si le code civil ne constituait pas « *la véritable constitution de la France* » (« Le code civil », in Nora, P. (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, *La Nation*, Gallimard, 1986, p. 309). Reprenant une formule de Locray, Carbonnier n'en réclama pourtant jamais la paternité, au plus adoptive : sur cette clarification, P. Noual, *RTDCiv.*, 2020, p. 563. Pour une critique, voir R. Cabrillac, *Le code civil est-il la véritable constitution de la France ?* Montréal, Les éditions Thémis, disponible en ligne.

19. « *L'étude du droit constitutionnel paraît facile parce que la plupart des notions qu'il met en cause sont quotidiennement évoquées par l'actualité politique. Ce dont il est question ici, notre journal du matin ou le speaker de la radio nous en a entretenu [...]. C'est là une pernicieuse illusion : l'instruction civique fait défaut à l'immense majorité de nos contemporains et cette déficience n'épargne pas l'étudiant* » (G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 11^{ème} édition, 1965, Préface, p. 6).

20. Le décret a porté la durée de la licence en droit de trois à quatre années, organisées en deux cycles, le premier destiné selon l'exposé des motifs à « *permettre [aux étudiants] d'acquérir les connaissances générales de base* », le second spécialisé en trois sections (droit privé, droit et science politique et économie politique).

décret privilégiait pour la première année, le droit constitutionnel était alors davantage vu comme une science sociale que comme une matière technique nécessaire à un exercice professionnel. Mais son importance était soulignée par l'obligation nouvelle pour tous les étudiants de suivre des travaux pratiques sur la matière. Or le droit constitutionnel actuel non seulement s'est beaucoup étendu comme nous l'avons vu, mais il est aussi devenu beaucoup plus technique. Personne ne le considère plus comme une introduction facile aux sciences sociales. Faut-il dès lors continuer à l'enseigner en première année ?

La question est d'autant plus légitime que les étudiants aussi ont considérablement changé. La génération actuelle est bien plus sensible que les précédentes aux droits humains, aux questions de sexe ou genre, à l'éthique du pouvoir et à l'environnement, ce qui peut la rendre plus attentive aux « *droits et libertés que la Constitution garantit*²¹ ». Inversement, elle est assez ignorante de l'histoire tout en étant, comme tout le pays, passionnée par elle (on en veut pour preuve le succès considérable des « Journées du Patrimoine » et l'attachement intime des Français à leur passé). Il est vrai aussi que l'enseignement de l'histoire du droit gagnerait à être plus lié au droit contemporain. Qui peut comprendre la Constitution de 1958 en ignorant la construction de l'État « absolu »²² (au sens précis de cet adjectif : libre d'entraves) à compter de François I^{er} ?

La réponse à la question n'est pas facile à donner mais elle suppose d'admettre, sans céder à la tentation courante de « faire du neuf avec du vieux », que la réforme « licence, master, doctorat » de 2002 détermine deux cycles bien distincts. En premier, les six semestres de la licence : les fondamentaux ;

en second, les quatre semestres de master : la spécialisation progressive.

Gommons de notre esprit qu'en licence, l'étudiant comprend tout, se souvient de tout et avance par « tronçons ». La première année est nettement une « année préparatoire » aux longues études de droit : une sorte d'ouverture d'opéra ou de symphonie. L'étudiant doit découvrir toute l'étendue de la discipline, y prendre goût (ce qui suppose de ne pas le « gaver »), assimiler les méthodes d'une discipline de l'argumentation et ne pas ressortir avec l'idée (déjà combattue par Aubry et Rau) que le droit public et le droit privé sont deux disciplines dans la discipline, mais deux ventricules du même cœur.

Après cette « année d'immersion », il faudra revenir sur ce qui fut initié mais non consommé. Banalité que de dire que la pédagogie est l'art de la répétition. Nous proposons donc une évolution qui ne serait pas une révolution : scinder le cours de droit constitutionnel en trois séquences données dans les trois ou quatre premiers semestres de la licence. Une séquence initiale porterait sur les institutions constitutionnelles. Une autre séquence serait consacrée aux sources, aux normes du droit et à leur agencement, en partant de la source constitutionnelle²³. Elle pourrait trouver sa place dans un cours d'introduction au droit recentré sur les règles, les personnes et les actes (comme le font déjà certains ouvrages d'Introduction générale au droit). Une troisième porterait sur les institutions juridictionnelles et les principales procédures contentieuses ; elle présenterait le Conseil constitutionnel et la QPC, laquelle paraît bien trop technique et complexe pour pouvoir être enseignée dès le premier semestre de licence. Quant à l'étude de ce que le décret de 1954 nommait « Libertés publiques »

21. Pour reprendre les termes qu'emploie l'article 61-1 de la Constitution, à propos de la QPC.

22. J. Cornette, *Le roi absolu. Une obsession française 1515-1715*, Tallandier, 2022.

23. Il va de soi que les sources internationales et européennes du droit appliqué sur le territoire de la République française seraient intégrées à cette séquence.

(auxquelles le nom de Jean Rivero reste indissolublement attaché), elle serait comme aujourd'hui placée parmi les semestres de la troisième année, sous le nom de « droits constitutionnels²⁴ et libertés fondamentales » qui tend à s'imposer aujourd'hui, avec des variantes d'un auteur et d'une université à l'autre. Toutes ces séquences semestrielles s'inscriraient dans un « tronc commun » obligatoire pour tous les étudiants car tous en auront besoin et même de plus en plus besoin²⁵. Cela induit deux questions : toutes ces séquences doivent-elles comporter 37,5 heures de cours ; faut-il étourdir l'étudiant et assommer l'enseignant de multiples évaluations que le contrôle continu général n'a fait qu'accroître, transformant les universités en centres d'examen permanents et les enseignants en correcteurs ? Un cours de 20 heures peut être complété par l'incitation à la lecture de manuels ou à des cours complémentaires « en ligne ». En Allemagne, dans divers *Länder* dont l'État libre de Bavière, les étudiants n'ont aucun examen définitif et attendent la cinquième année pour avoir un examen final qui a le mérite de vérifier que tout ne s'est pas évaporé. Il faut que le système français retrouve de l'oxygène. S'inspirer du retour des étudiants Erasmus ne serait pas une initiative superflue.

Comme aujourd'hui, l'approfondissement et l'élargissement de la connaissance du droit constitutionnel et l'étude de son environnement philosophique et politique seraient l'objet des semestres de master. Il n'y a pas lieu de redouter une érosion du public actuel pour deux raisons : ce diplôme devient le niveau nécessaire pour mener une carrière professionnelle juridique, en lieu et place de la licence ou de l'ancienne maîtrise ; la connaissance du droit et du contentieux constitutionnels

deviennent indispensables dans toutes les professions du droit. En master aussi, pourraient être développés des enseignements de droit parlementaire et de droit électoral dont l'actualité montre la nécessité²⁶.

Conclusion

Nous redisons que notre propos ne portait pas sur le droit constitutionnel, mais sur son enseignement, si difficile qu'il soit de distinguer une discipline universitaire et les normes sur lesquelles elle porte. Les institutions sont un élément permanent de l'enseignement supérieur du droit constitutionnel, mais ce dernier a constamment et profondément évolué depuis P. Rossi. Il reste divers car ceux qui l'enseignent en ont légitimement des conceptions différentes. Mais ils se heurtent tous à la même difficulté, celle du temps disponible pour enseigner la matière.

Il serait bien imprudent de sous-estimer l'importance des choix pédagogiques que cette contrainte impose, comme il le serait d'ignorer le poids de traditions pédagogiques forgées par l'expérience. Les évolutions que nous avons suggérées tiennent compte des premiers et des secondes. Mais elles restent modestes : ainsi, nous nous sommes gardés de remettre en cause la partition du droit français entre le droit privé et le droit public, alors qu'une vision constitutionnaliste extrême aurait pu y inciter ! Partition, disons-nous. Aubry et Rau, dans leur introduction, évoquent une distinction et non une séparation. Être un « pur privatiste » ou un « pur publiciste », c'est être atteint d'une bipolarité intellectuelle périlleuse. L'unité d'une faculté de droit doit être le reflet de l'unité de la République, principe inscrit dans l'article 1^{er} de la Constitution.

24. Chacun sait que si ces droits sont opposables au législateur, ils ne sont plus limités à la sphère publique. L'introduction dans la Constitution d'un « droit à l'interruption volontaire de grossesse » (un droit qui serait un droit humain mais qui ne peut être exercé que par les femmes) en serait une nouvelle illustration.

25. Ceux qui deviendront avocats à la Cour ne pourront pas plaider devant le Conseil d'État et la Cour de cassation (ce qui est le monopole des avocats aux conseils), mais ils pourront le faire devant le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC.

26. Comment ne pas rappeler l'ouvrage d'E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, qui connut huit éditions de 1878 à 1924 ?