

Comparaison pratique de la QPC et des autres techniques de recours concernant les droits fondamentaux

Christophe Bigot

DANS **LEGICOM** 2012/1 N° 48 , PAGES 13 À 18
ÉDITIONS **VICTOIRES ÉDITIONS**

ISSN 1244-9288

ISBN 9782351131718

DOI 10.3917/legi.048.0013

Date de mise en ligne : 25/03/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legicom-2012-1-page-13?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Comparaison pratique de la QPC et des autres techniques de recours concernant les droits fondamentaux

Christophe Bigot

Avocat au Barreau de Paris

Maintenant que l'on connaît les droits et libertés susceptibles d'être invoqués dans les QPC, je vais parler des techniques d'invocation de la QPC et de la combinaison de cette nouvelle QPC avec la Convention européenne. Mon propos sera essentiellement centré sur l'article 11 de la DDHC, d'une part, et sur l'article 10 de la Convention, d'autre part. Il y a forcément un petit effet de mode en ce qui concerne la QPC. C'est vrai que c'est assez rafraîchissant ! Cela dit, on ne peut pas tout faire avec une QPC. Et il est évident que la QPC n'éclipse en rien les moyens qui sont liés à l'application de l'article 10 de la Convention. On aura toujours des problématiques d'article 10, même si, sporadiquement, un certain nombre de QPC vont pouvoir prospérer dans le domaine du droit de la presse et éclipser les moyens d'inconventionnalité.

Je veux d'abord rappeler les buts de ces deux techniques : l'invocation de l'article 10 d'un côté, l'invocation de la DDHC de l'autre. Ce sont des buts très différents. Lorsqu'on décide de soulever une QPC fondée sur l'article 11 de la DDHC, c'est pour obtenir l'abrogation d'une disposition législative. On va donc obtenir un résultat ayant un effet *erga omnes*, à l'égard de tout le

monde. La loi disparaît, elle est rayée d'un trait de plume et ne figure plus dans notre ordonnancement juridique. On l'a bien vu avec l'interdiction de rapporter la preuve des faits lorsqu'ils sont vieux de plus de dix ans : la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà statué, sporadiquement. On avait également des décisions internes qui décidaient d'écarter au cas par cas cette disposition, mais l'utilisation de la QPC a eu un effet radical, absolu : la disposition a été supprimée de notre droit. Or, on ne peut pas obtenir cela directement en invoquant l'article 10 de la Convention évidemment.

C'est la force de la QPC, mais c'est aussi sa faiblesse. La QPC ne peut gérer que des situations dans lesquelles on est à même de convaincre un juge judiciaire, puis ensuite le juge constitutionnel, que cette disposition doit être supprimée de l'ordre juridique. Alors que l'article 10 de la Convention au contraire permet, dans chaque dossier, d'obtenir une application très fine de la loi et notamment d'invoquer le principe de proportionnalité. Car on ne peut pas véritablement invoquer le principe de proportionnalité, qui est le pivot de l'article 10 de la Convention, dans le cadre d'une QPC. Cela veut dire qu'au cas par cas, sur la portée de

la liberté d'expression, sur la portée des moyens de défense d'un journaliste par exemple, ce n'est pas la QPC qui devra être utilisée mais le plus souvent l'article 10 de la Convention. Il n'y a donc pas de concurrence véritable entre les deux moyens, notamment dans l'application du principe de proportionnalité dans les contentieux de diffamation. Les objectifs sont donc différents, et sont *a priori*, de mon point de vue, complémentaires.

Cela étant, il peut y voir aussi une concurrence dans certains cas de figure entre les deux moyens. Cette concurrence doit être réglée de manière assez simple. Si on décide d'invoquer une QPC, si on gagne et si la loi est déclarée inconstitutionnelle, il n'y a plus de procès. Mais si on perd dans le cadre d'une QPC, rien n'empêche de soulever à nouveau l'argument sur le terrain de l'article 10 de la Convention. Je veux prendre un exemple très simple : l'interdiction de rapporter la preuve des faits amnistiés. C'est une QPC qui n'a pas été transmise par la 17^e chambre à la Cour de cassation, le tribunal ayant considéré que cette QPC était dépourvue de sérieux. Alors la messe est dite au stade du tribunal sur la constitutionnalité, mais en toute hypothèse, le moyen tiré de l'article 10 de la Convention n'a pas encore été invoqué et va permettre soit de soutenir que ce texte est manifestement contraire à l'article 10, soit qu'au cas d'espèce l'application de ce texte est dépourvue de proportionnalité. Ce moyen-là continue à être utilisable dans la cause et pourra monter ensuite jusqu'à la Cour de cassation bien sûr et pourquoi pas ensuite jusqu'à la CEDH lorsque le moment sera venu. Ainsi la QPC n'épuise pas les moyens de l'avocat. À l'inverse, on peut avoir aussi des hypothèses dans lesquelles la CEDH a déjà considéré que la disposition n'était pas contraire à la Convention et le Conseil, saisi d'une QPC, pourra le cas échéant considérer le contraire. L'hypothèse ne sera pas fréquente car assurément ce qu'on voit quand même – je parle sous le contrôle du professeur de Montalivet – c'est que le Conseil constitutionnel a tendance à tenir compte assez nettement des décisions de la CEDH. On l'a vu dans sa

décision concernant l'interdiction de preuve de la vérité des faits de plus de dix ans. La Conseil a aussi tendance à se calquer sur les atteintes à la liberté d'expression qui ont été retenues sur le terrain de l'article 10 pour les appliquer sur le terrain de l'article 11 DDHC. Mais ce n'est pas une obligation. Ainsi, dans une affaire qui concernait l'absence de droit de recours de la partie civile contre les arrêts de non-lieu, la CEDH avait considéré que ce n'était pas contraire au procès équitable, pourtant le Conseil constitutionnel a considéré que cette limitation du droit de recours était contraire aux droits de la défense. Le Conseil a ainsi été mieux disant sur le terrain des droits de la défense. Voilà pourquoi il ne s'agit pas de choisir entre les deux moyens mais de les combiner en fonction de ses objectifs de défense.

Concernant les aspects strictement pratiques, et d'abord sur la technique de la QPC, je ferai des rappels assez brefs. Premières questions : où et quand ?

Où ? C'est partout : aussi bien au tribunal qu'à la cour d'appel et à la Cour de cassation, y compris également devant le juge des référés. Cela a été jugé par le Conseil d'État, il n'y avait aucune raison d'ailleurs que la QPC ne soit pas admissible devant le juge des référés. Donc c'est un moyen de défense qui est ouvert absolument partout.

Quand ? Ça dépendra de l'instance dans laquelle on est. Il faudra tout de même respecter l'ordre processuel qui est applicable : devant une juridiction civile, il faudra soulever cette QPC avant l'ordonnance de clôture car on doit respecter la procédure civile. En matière pénale, il a été jugé par la 17^e chambre que, dans la mesure où il n'y avait pas de clôture des débats en matière pénale autrement que par le prononcé de la décision, on pouvait soulever une QPC en cours de délibéré. La 17^e chambre a ré-ouvert les débats pour nous écouter sur la QPC alors que la QPC avait été soulevée trois jours avant la date à laquelle le jugement devait être rendu. Il faut aussi se méfier ne pas s'engager dans une QPC bille en tête parce qu'on a quand même un ordre des arguments à invoquer ; notamment, je vous rap-

pelle que tous les moyens de nullité doivent être soulevés *in limine litis* pour être recevables. Celui qui souleverait une QPC avant de soulever ces nullités risquerait de se heurter ensuite à des difficultés de procédure pour n'avoir pas soulevé ses moyens de nullité *in limine litis*. Il apparaît quand même nécessaire de respecter l'ordre des moyens juridiques qui sont applicables devant la juridiction.

Ensuite, quel est l'effet sur l'instance en cours lorsque vous obtenez la transmission d'une QPC? La loi précise qu'il y a une suspension du procès principal. Mais il faut quand même se méfier – on peut imaginer des QPC soulevées à titre un peu dilatoire, c'est vrai que ça fait gagner du temps, il ne faut pas le cacher (*rires*) – car le juge a la possibilité de statuer sur certains points sans attendre l'achèvement de la procédure de QPC lorsque des conséquences irrémédiables ou manifestation excessives seraient engendrées par la QPC pour les droits d'une partie.

Contre quel texte? Une disposition législative. Ce qui signifie qu'on ne peut pas soulever de QPC contre une disposition réglementaire. C'est la première évidence. Je veux rappeler aussi qu'on ne peut pas soulever une QPC pour invoquer l'incompatibilité d'une disposition législative avec la Convention EDH. Il s'agit uniquement d'invoquer l'incompatibilité d'une disposition législative avec les droits et libertés garantis par la Convention, c'est-à-dire grosso modo : la Constitution, le préambule de 1946 et la DDHC. Mais il faut aussi que cette disposition législative n'ait pas déjà été déclarée constitutionnelle dans une précédente décision du Conseil, ce qui soulève un certain nombre de difficultés. Il faut donc bien entendu le vérifier. Or, il y a dans certaines décisions constitutionnelles ce que les constitutionnalistes appellent je crois les « considérants balais », qui précisent que la loi est de manière générale conforme à la Constitution. J'ai appris ça, moi qui n'étais pas très porté sur le droit constitutionnel. Ce « considérant balai » n'empêche pas, en lui-même, de soulever une QPC mais il faut vérifier, dans les

motifs de la décision, si le Conseil n'a pas déjà statué précisément sur la constitutionnalité de la disposition législative que l'on souhaite attaquer. Il y a deux sortes de décisions du Conseil constitutionnel : les décisions appelées DC et les décisions QPC. Ces décisions DC ont ces fameux « considérants balais » qu'on peut contourner comme je vous le disais, s'il n'y a pas de motif utilisé par rapport à la disposition que l'on cherche à attaquer. En revanche, les décisions QPC ont une portée différente. On ne pourra plus revenir sur la constitutionnalité de la disposition qui aura été tranchée par le biais d'une décision rendue sur une QPC.

En ce qui concerne la portée des décisions de la Cour de cassation, il faut faire une distinction – je ne vais pas déflorer le sujet puisque M. le conseiller Guérin en parlera tout à l'heure. Je rappelle juste qu'en soi une décision de transmission au Conseil n'a bien évidemment aucune portée particulière puisque le Conseil constitutionnel va statuer ensuite. En revanche, la chambre criminelle a considéré que lorsqu'il y a eu un refus de transmettre une QPC, ça rend sans objet toute nouvelle QPC sur la même disposition législative. Donc le premier d'entre nous qui prend la responsabilité d'aller à la Cour de cassation, s'il essuie un refus parce que sa QPC est mal rédigée, prend une responsabilité pour tout le monde ! Il faut avoir conscience de cette responsabilité. On rappellera aussi que, même s'il y a eu une décision de constitutionnalité rendue, on peut reposer une question en cas de changement de circonstances. Et ces changements de circonstances me semblent être ouverts assez largement par la jurisprudence de manière générale.

Deuxième observation. On peut soulever une QPC contre une loi mais aussi, et ça a fait l'objet de toute une opposition qui a noirci les colonnes des journaux juridiques pendant un moment, contre l'interprétation constante d'une loi puisque le Conseil constitutionnel considère qu'il vérifie la loi et la portée effective de la loi. Je ne reviens pas là-dessus. Peut-être que le M. le conseiller Guérin en parlera tout à l'heure. Toujours

est-il que là encore c'est un nouveau champ qui est ouvert pour les moyens de défense. On peut contester l'interprétation constante d'une loi par le biais d'une QPC.

Comment soulever ces QPC? Le grand principe, c'est que le juge n'a pas le pouvoir de soulever d'office les QPC. C'est à nous, parties, de prendre cette initiative. Comment? Par le biais d'un «écrit distinct» dit la loi. C'est quelque chose de fondamental et je crois que nous engageons ici notre responsabilité en tant qu'auxiliaires de justice. Cela veut dire soit par le biais des conclusions, soit un mémoire, peu importe le nom, mais un écrit qui soit exclusivement consacré à la QPC. Il ne faut absolument rien mettre d'autre dans cet écrit. Et il ne faut notamment pas mélanger inconstitutionnalité et inconventionnalité. Parce que si, dans votre mémoire ou vos conclusions, vous vous dites « finalement, c'est plus logique, je vais faire des conclusions à la fois pour invoquer l'article 10 de la Convention et pour soulever une QPC », eh bien, patatras, ce ne sera plus un écrit distinct sur la QPC et la QPC est irrecevable. Elle a mal été soulevée. Il faut donc vraiment avoir à l'esprit qu'il ne peut y avoir dans votre mémoire QPC qu'une discussion de QPC. Il faut aussi avoir à l'esprit que la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 mai 2011, a précisé que le mémoire ou les conclusions sur la QPC devaient porter la mention expresse « QPC ». Donc, tout bêtement, dans l'intitulé des conclusions ou du mémoire, il faudra veiller à ce que ce soit rappelé.

Les QPC, ensuite, doivent être motivées, c'est aussi une exigence de la loi. C'est à nous de les motiver. Le juge ne peut pas rajouter des moyens d'inconstitutionnalité dans la QPC. Il n'a pas le pouvoir de la compléter. On ne peut pas se reposer sur le juge, non pas qu'on s'y repose habituellement, mais c'est vrai que, parfois, c'est bien pratique de se dire que le juge va remettre tout ça d'équerre, après tout il a un pouvoir de requalification, notamment au titre de l'article 12 du Code de procédure civile... Eh bien non, pas en matière de QPC. Tout repose sur les parties. Il faut déterminer la

disposition législative à attaquer, les principes et droits constitutionnels que l'on va invoquer. Plusieurs décisions de la Cour de cassation ont considéré, par exemple, qu'une QPC portant sur des ensembles législatifs comportant plusieurs articles de loi était irrecevable car on ne savait pas trop comment s'y retrouver dans ces questions. Il y a aussi des questions qui ont été rejetées car elles étaient inintelligibles. On connaît un certain nombre de plaideurs un peu pathologiques qui ont trouvé dans la QPC une nouvelle expression de leur pathologie ! On peut espérer, mais ce n'est pas forcément un vœu qui se vérifiera, que les QPC soulevées par les avocats seront intelligibles, mais ça reste quand même à démontrer... Ainsi, le juge ne peut pas se saisir de moyens d'office. Ça vaut pour le juge du fond quand il décide de transmettre ou de ne pas transmettre, mais aussi pour la Cour de cassation. Elle ne peut pas ajouter de nouveaux moyens. La question qui s'est posée était celle de la reformulation. Je crois, mais je laisse sur ce point M. Guérin en parler, que la Cour de cassation admet quand même de reformuler un peu les QPC vraiment mal rédigées, mais pas de les requalifier. La Cour de cassation s'est aussi octroyé la possibilité de ne transmettre une QPC que sur certains points et pas sur d'autres, en considérant que la QPC était en partie sérieuse et en partie dépourvue de sérieux. Elle a aussi pu procéder par voie de retranchement.

Une fois qu'on est devant le Conseil constitutionnel, le juge constitutionnel n'a pas les mêmes pouvoirs que le juge judiciaire. Il peut – et il en a déjà fait la démonstration – invoquer d'office de nouveaux moyens d'inconstitutionnalité. Supposons – cas de figure classique – une QPC qui ne s'appuie que sur l'article 11 DDHC. Il peut estimer que la difficulté, pour reprendre par exemple l'interdiction de preuve des faits vieux de plus de dix ans ou amnistiés, tient aussi aux droits de la défense et statuer à l'égard des deux moyens, ce que ne peut pas faire le juge judiciaire qui lui a transmis la QPC. Le Conseil peut ainsi soulever des moyens d'office. En revanche, il ne peut pas ajouter de nouvelles dispositions législatives dans la

QPC : vous avez circonscrit irrévocablement la disposition législative attaquée dans votre QPC. Donc le Conseil constitutionnel, c'est vrai, peut nous aider, d'une certaine manière et dans certaines limites, à compléter une argumentation mal engagée en première instance ou devant la Cour de cassation.

Un mot pour terminer, sur un point un peu frustrant, mais qui tient à diverses raisons sur lesquelles je ne reviens pas. Nous, avocats à la cour, pouvons soulever des QPC devant le tribunal et à la cour d'appel, mais on est obligés de transmettre les dossiers à nos confrères avocats aux Conseils puisqu'on ne peut pas les soutenir à la Cour de cassation. Mais la loi est ainsi faite qu'ensuite, on pourra retourner devant le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation a été sanctuarisée, en quelque sorte, nous n'avons pas le droit d'y mettre les pieds et c'est un peu ridicule. Il y aura ce jeu de ping-pong qui consiste à transmettre le dossier à un avocat au Conseil d'État à la Cour de cassation et le reprendre ensuite au Conseil constitutionnel pour aller plaider devant lui. Au Conseil constitutionnel, on est accueilli de manière très courtoise, avec du café à volonté, dans une très belle salle d'attente avec de grands écrans qui nous permettent de suivre les plaidoiries précédentes. On est introduit ensuite dans un très beau salon un peu chargé en dorures qui donne sur les jardins du Palais-Royal, puis on est finalement introduit dans la salle du Conseil où nous sommes donc face au Conseil au grand complet, mais sans les anciens présidents de la République qui ne siègent pas dans les affaires de QPC. Après un petit rapport simple, on dispose d'un quart d'heure pour s'exprimer devant les conseillers. Voilà donc pour la technique de la QPC.

Un mot maintenant, et j'en aurai terminé, sur l'article 10 de la Convention EDH. Simplement pour dire que si la QPC est très formaliste, l'article 10 est à côté un espace de liberté. Son invocation n'est soumise à aucune forme particulière : on le soulève par conclusions, voire oralement devant la juridiction pénale. Mais je veux quand même juste vous rappeler que, pour faire remonter

un dossier devant la CEDH, un certain nombre de précautions doivent être prises au stade des juridictions internes.

Tout d'abord, il est important de soulever un argument fondé sur la Convention EDH au plus tard devant la cour d'appel. Si la cour d'appel ne va pas rejeter le moyen comme un moyen nouveau, au regard des exigences du Code de procédure civile parce que c'est un argument en défense qui est recevable pour la première fois devant la cour d'appel, j'ai trouvé en préparant cette intervention de nombreuses décisions de la Cour de cassation, depuis 1993 et jusqu'en 2011, qui ont déclaré irrecevables des moyens de cassation fondés sur la Convention EDH parce qu'ils avaient été soulevés pour la première fois devant la Cour de cassation. Celle-ci considère donc que le moyen est irrecevable car il est mélangé de fait et de droit. J'ai l'impression que ce principe n'est pas si abrupt que cela. Mais sur douze mois, il y a au moins trois ou quatre arrêts qui le disent. Il est donc important de se prémunir contre cela, dans l'optique d'aller ensuite devant la Cour de Strasbourg.

Ensuite, je rappelle que la Cour de Strasbourg ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, ce qui suppose d'épuiser les voies de recours relatives à l'article 10 de la Convention EDH et donc d'avoir invoqué ledit article 10 devant les juridictions internes. Dans une optique à très long terme, lorsqu'on veut se réserver la possibilité d'aller jusqu'à la Cour européenne de Strasbourg, il est important de se prémunir contre une éventuelle irrecevabilité du moyen tiré de l'article 10 de la Convention au stade de la procédure interne. Cela étant, la Cour européenne de Strasbourg est assez souple sur l'épuisement : il faut simplement avoir invoqué la liberté d'expression « en substance » devant les premiers juges, ce qui signifie en gros qu'il faut avoir mis le mot « *liberté d'expression* » dans ses écritures !

La Cour européenne de Strasbourg doit quant à elle être saisie dans les six mois de la décision définitive qui met fin à l'instance interne. Il y a une petite exception pour les recours

manifestement voués à l'échec. Mais, ce n'est pas très facile de déterminer ce qu'est un recours n'ayant aucune chance d'aboutir. Il y a certaines affaires dans lesquelles les parties se sont dit « puisque j'ai cinquante arrêts de cassation contre moi, je saute l'étage de la Cour de cassation et je considère que c'est un recours voué à l'échec ». C'est extrêmement dangereux de faire cela car la Cour de cassation peut toujours faire un revirement de jurisprudence. Peut-on absolument dire qu'un pourvoi en cassation est dans tous les cas de figure voué à l'échec ? Ça me paraît très contestable et il semble plus sûr d'épuiser systématiquement les voies de recours jusqu'à la Cour de cassation.

Voilà donc ce que je voulais vous dire sur les différentes techniques procédurales concernant les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité. Je vais maintenant passer la parole à nos magistrats dans un ordre qui sera celui du programme. Je commence par M. le président Boyer... M. le conseiller plutôt puisque M. Boyer a quitté la 17^e chambre du TGI il y a quelques semaines. Il avait déjà une liberté de parole avant, il l'a encore plus aujourd'hui et va vous parler de la pratique de la QPC à la 17^e chambre du tribunal.

C.B.