

**LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE
PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS EXERCÉ DANS LE CADRE
DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ**

Bertrand MATHIEU¹

Introduite non sans difficulté dans l'ordre juridique national, la Question prioritaire de constitutionnalité se met en place dans un contexte où l'importance accordée aux droits fondamentaux contribue à renforcer le pouvoir des juges. Ce renforcement s'accompagne, comme dans d'autres domaines², de conflits, plus ou moins ouverts entre les ordres juridictionnels (judiciaire, administratif et constitutionnel) s'agissant de la détermination de leur domaine de compétence.

Cette nouvelle procédure bouscule des situations acquises. La répartition des compétences s'agissant du contrôle de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux, est alors ainsi figée : Le Conseil constitutionnel borne son intervention à un contrôle a priori de constitutionnalité de la loi, les juges, judiciaires et administratifs, s'interdisent de juger de la constitutionnalité de la loi et en revanche, ils jugent tant la loi que son application au regard des exigences conventionnelles et tout particulièrement celles de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, la Cour de cassation, comme le Conseil d'État exercent de fait un monopole s'agissant du respect des droits et libertés fondamentaux à l'occasion de l'application de la loi. C'est cette exclusivité du contrôle de conventionnalité que la procédure de la Question prioritaire de constitutionnalité vise à remettre en cause. En recentrant d'abord, prioritairement, le contrôle sur le respect des exigences constitutionnelles, elle place le Conseil constitutionnel au centre du mécanisme. Réduits à une fonction de filtrage les juridictions les plus hautes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif se trouvent de facto placées sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

En première ligne, la Cour de cassation a estimé que cette nouvelle procédure était susceptible de remettre en cause son monopole d'interprétation de la loi et de soumettre son appréciation à celle du Conseil constitutionnel. Face aux réticences manifestées par cette même Cour à renvoyer certaines questions, ont été envisagées des procédures de contrôle de cette opération de filtrage, soit par appel

¹ Professeur à l'École de droit de la Sorbonne Université Paris 1.

² Cf. la question des conflits de compétence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État à propos des mesures de police administrative prises dans le cadre de l'état d'urgence.

de ses décisions, soit par autosaisine du Conseil constitutionnel, soit par « contournement » de son monopole de renvoi³.

Au delà des inévitables différences d'appréciation qui peuvent persister, la situation s'est apaisée et un équilibre a abouti à ce que l'on peut appeler une « interprétation harmonisée de la loi »⁴.

Cet équilibre résulte d'une limitation du champ du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur l'opération de filtrage opérée par le juge de renvoi. Il n'en reste pas moins qu'inévitablement le Conseil constitutionnel est conduit à exercer certaines formes de contrôles sur les décisions des juridictions de renvoi. Enfin il sera soutenu qu'un contrôle sur le caractère rétroactif de l'interprétation donnée à la loi par les juges judiciaires et administratifs s'impose.

I. La limitation du champ du contrôle exercé sur les décisions des juridictions de renvoi

L'équilibre tel qu'il résulte de la mise en œuvre de la procédure de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), résulte à la fois d'une absence de contrôle subie par le Conseil constitutionnel et d'une absence de contrôle acceptée par le Conseil constitutionnel. La première tient au fait que le Conseil constitutionnel ne peut pas faire porter son contrôle sur l'appréciation du juge de renvoi (Conseil d'État ou Cour de cassation) selon laquelle, la question est dépourvue de caractère sérieux. La seconde résulte du fait que le Conseil constitutionnel a accepté de ne pas substituer sa propre interprétation de la disposition législative contestée à celle retenue par les juridictions de renvoi.

A. Une absence de contrôle subie : le contrôle de constitutionnalité « négatif » exercé par le juge de renvoi

La QPC a fait des juges judiciaires et administratifs des juges de la constitutionnalité de la loi. Ayant à juger du caractère sérieux de la question (ou de son caractère nouveau), le juge exerce nécessairement un premier contrôle de constitutionnalité de la loi. Superficiel (en principe) s'il s'agit de censurer l'absence de caractère sérieux pour les juges du fond, un peu plus approfondi, s'il s'agit de juger du caractère sérieux, pour les juges de renvoi. Lorsqu'il estime la question sérieuse, le juge de renvoi ne fait que transmettre une question au Conseil constitutionnel qui, seul, pourra tirer les conséquences d'une éventuelle inconstitutionnalité. En revanche, lorsqu'il estime que la question, est dépourvue de caractère sérieux, le juge de renvoi tranche lui même la question en jugeant la disposition législative contestée conforme à la Constitution. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel ne peut intervenir qu'indirectement à l'occasion de l'examen d'une disposition législative similaire

³ C'est ainsi que peu de temps avant son départ du Conseil constitutionnel, le Président Debré avait suggéré que le Conseil puisse être saisi d'une question de constitutionnalité par le défenseur des droits.

⁴ Cf. B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC : un bilan », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 57.

dont il serait saisi, ou d'une précision apportée sur la portée d'une disposition constitutionnelle. Mais il ne s'agit pas à proprement parler d'un contrôle sur la décision du juge de renvoi.

Cette absence de contrôle est d'autant plus remarquable que le contrôle de constitutionnalité négatif opéré par le juge de renvoi peut être approfondi.

Il en est, notamment, ainsi, lorsque le juge de renvoi se livre à un contrôle de proportionnalité entre différentes exigences constitutionnelles. De nombreuses décisions témoignent de cette propension du juge de renvoi.

La Cour de cassation exerce directement un contrôle de proportionnalité, c'est à dire qu'elle s'immisce au cœur du mécanisme même du contrôle de constitutionnalité, lorsqu'elle juge qu'une disposition législative « ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement » (Cass civ. 3, 16 avril 2015, n° 14-25381). Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation est clairement illustré par la décision du 4 février 2016 (soc. N° 15-21536). La Cour juge relativement à certaines dispositions du code du travail, telles qu'interprétées par elle, (art L2411-22, L 2421-1 et L 2421-2 4° concernant les incidences d'un licenciement d'un salarié protégé prononcé aux torts de l'employeur) qu'elles ne portent pas « une atteinte disproportionnée ni à la liberté d'entreprendre, ni au droit de propriété, non plus qu'au droit au maintien de l'économie des contrats légalement formés » au regard du fait que les dispositions contestées « ne visent qu'à assurer l'effectivité du droit syndical et du principe de participation justifiant que les représentants du personnel bénéficient dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ». La Cour exerce ainsi un contrôle de constitutionnalité approfondi sur sa propre jurisprudence.

Ce contrôle de proportionnalité peut prendre la forme d'un contrôle de « raisonabilité » Ainsi dans une décision du 10 avril 2014 (soc. n° 14-4008) la Cour de cassation considère que la mise à disposition par certaines entreprises d'un local commun pour les syndicats (art. L2142-8 al 1 code du travail) « constitue un équilibre raisonnable entre le besoin, pour les organisations syndicales, de disposer d'un local syndical, et la charge économique imposée à l'employeur compte tenu de la taille de l'entreprise, sans que cet équilibre ne porte atteinte à la liberté syndicale... ». Il ne s'agit pas discuter ici, au fond la solution retenue, mais sa formulation rapproche le contrôle opéré d'un contrôle d'opportunité.

De même le recours à la notion « d'atteinte substantielle » constitue de la même manière que le contrôle proportionnalité un moyen d'exercice approfondi d'un contrôle de proportionnalité. Ainsi le Conseil d'État (29 avril 2015, n° 387773) pour juger que la question portant sur la constitutionnalité d'une disposition législative (art. L 1434-3-1 du code de la santé publique) assortissant le droit au recours contre le projet régional de santé, n'est pas sérieuse, au regard de la prise en compte de la complexité de la procédure d'adoption des documents en cause, des risques de multiplication de contestations sources d'insécurité juridique, et des garanties néanmoins mises place ne porte pas « une atteinte substantielle du droit des intéressés d'exercer un recours ».

En fait, l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité négatif est justifié lorsque le juge de renvoi estime que le principe invoqué n'est pas en cause ou que, conformément à l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel, le principe constitutionnel n'a pas la portée que lui prête le requérant ou lorsque dans une affaire similaire le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas violation de la Constitution. Il peut éventuellement être justifié dans l'hypothèse où le Conseil d'État observe qu'en regard aux motifs d'intérêt général poursuivis des dispositions législatives relatives aux agents de la Polynésie française ne violent pas la liberté contractuelle des collectivités territoriales (CE 17 juillet 2013, n° 368789). Dans cette hypothèse, le juge n'opère pas, à proprement parler, une conciliation entre des exigences constitutionnelles, ce qui constitue le cœur de l'opération de contrôle de constitutionnalité, mais prend en compte la portée du principe de la liberté contractuelle qui comporte, en lui-même une réserve tenant à la poursuite d'un intérêt général suffisant. En revanche, l'exercice d'un tel contrôle est plus contestable lorsque le juge de renvoi opère lui-même un contrôle du caractère justifié de l'atteinte à un principe constitutionnel et qu'il se livre alors à un véritable contrôle de proportionnalité concernant, soit la conciliation entre plusieurs exigences constitutionnelles, soit la limitation d'un principe au nom de l'intérêt général.

B. Une absence de contrôle acceptée : l'interprétation de la loi par les juridictions de renvoi

La question de la remise en cause du monopole des « Cours suprêmes », et tout particulièrement de la Cour de cassation dans l'interprétation de la loi, a été à la fois un enjeu important de la QPC et sujet de conflit, notamment entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a rejeté toute question dont elle estimait qu'elle porte non sur la loi elle-même mais sur l'interprétation qu'elle lui a donnée⁵. Cette position aurait pu conduire la Cour de cassation à refuser de transmettre toute question portant sur une loi qu'elle a interprétée. En fait, la Cour de cassation considérait qu'elle dispose d'un monopole de l'interprétation de la loi⁶. Elle estimait qu'une disposition législative ne peut être critiquée en ce qu'elle laisse place à une interprétation, laquelle relève de l'office du juge.

Le Conseil constitutionnel a fait litière de l'analyse de la Cour de cassation relative à l'impossibilité de contester une disposition législative telle qu'elle l'a interprétée, en précisant dans un considérant de principe « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »⁷.

Aujourd'hui, la jurisprudence manifeste en l'état un relatif consensus quant à la répartition des rôles entre le juge de renvoi et le Conseil constitutionnel s'agissant de l'interprétation de la loi. Dans

5 Cass., 19 mai 2010, arrêt n° 12009.

6 Cf. Cass., 31 mai 2010, *Fédération française de rugby*.

7 Cons. const., déc. n° 2010-96 QPC.

sa décision du 27 septembre 2011⁸, la Cour de cassation reprend la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en précisant que « s'il a été décidé que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative », sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente, il résulte, tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel, que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction ». En revanche, lorsque le justiciable invoque la jurisprudence elle-même de la Cour de cassation, sans dénoncer de dispositions textuelles précises, la Cour de cassation rejette la question.

On relèvera cependant que dans quelques occurrences, la Cour de cassation a refusé de renvoyer une question au regard du fait qu'elle visait une règle jurisprudentielle ne découlant pas directement d'un dispositif législatif⁹. Cette position est contestable, d'une part, en ce qu'elle interdit au justiciable de contester la règle qui lui est appliquée et en ce qu'elle manifeste une volonté de la cour de s'ériger en autorité normative autonome. En ce sens la nouvelle motivation des décisions de la Cour de cassation s'appuyant sur les précédents jurisprudentiels peut conduire à ce que la Cour prenne « le risque de s'éloigner de la loi »¹⁰ et ainsi de justifier des non renvois.

En parallèle, le Conseil constitutionnel a renoncé à substituer sa propre interprétation à celle du législateur. Le Conseil constitutionnel s'est référé à la doctrine italienne du « droit vivant », comme le démontre le commentaire destiné à être publié aux *Cahiers du Conseil* de la décision 2010-39 DC¹¹. Ainsi, dans cette décision, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de la loi « dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation ». Le considérant de principe est le suivant : « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Le rôle éminent de la Cour de cassation en tant qu'interprète de la loi est ainsi reconnu. En cas d'interprétation constante, ou consolidée, de la loi, le Conseil constitutionnel ne substitue pas sa propre interprétation à celle de la Cour de cassation mais apprécie la constitutionnalité de la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation.

On relèvera cependant que l'affirmation selon laquelle la loi est conforme à la Constitution dans l'interprétation qu'en retient le juge de renvoi permet au Conseil constitutionnel de « geler » une jurisprudence de la Cour de cassation en la constitutionnalisant.

Il n'en reste pas moins que, au delà de la rivalité qui a pu exister entre les juridictions intervenant dans le cadre de la QPC, cette procédure a renforcé l'harmonisation des jurisprudences et l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. De manière schématique, et sans ignorer des points

8 Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2011, n° 11-13.488.

9 Cass. soc. 28 novembre 2012, n° 11-17941, Cass. civ 1 23 octobre 2013, n° 13-15578.

10 Cf. R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe l'œil : les cailloux du Petit poucet », *JCP G*, 2016, n° 22, p. 1092.

11 Cf. l'analyse de cette théorie par l'un de ses initiateurs, Gustavo ZAGREBELSKY, *Constitutions*, 2010, n° 1.

de friction, il me semble que, globalement, nous sommes passés de la querelle de l'interprétation de la loi à une interprétation harmonisée. La Cour de cassation ayant accepté de renvoyer des questions portant sur des dispositions législatives qu'elle a interprétées et le Conseil constitutionnel examinant la portée de cette disposition dans l'interprétation que lui donne le juge de l'application de la loi. Le juge judiciaire ou administratif peut lui même procéder, préventivement, à un alignement de sa jurisprudence sur les exigences constitutionnelles. Ce mécanisme « auto-correcteur » répond à l'objectif de cette nouvelle procédure qui vise à empêcher une application inconstitutionnelle de dispositions législatives. Tout cela participe à une harmonisation de l'interprétation de la loi favorisant la sécurité juridique.

II. L'existence de contrôles indirects sur les décisions des juridictions de renvoi

Le Conseil constitutionnel est cependant conduit à exercer un contrôle plus ou moins direct sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Ce contrôle résulte d'abord de l'autorité de chose interprétée reconnue aux décisions du Conseil constitutionnel. Nous ne développerons pas cette question ici¹².

Moins indirectement, elle peut résulter d'un contrôle de la qualification de l'acte pris sur la base de la disposition contestée opérée par la juridiction de renvoi. Elle peut également porter sur l'appréciation du changement de circonstances qui justifierait un réexamen de dispositions jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Enfin, bien qu'il en fasse un usage relativement limité le Conseil constitutionnel peut exercer un contrôle préventif sur les décisions des juges judiciaires et administratifs au moyen de réserves d'application de la disposition contestée.

A. Le contrôle de la qualification opérée par le juge de renvoi

Le respect de l'interprétation retenue par le juge de renvoi de l'acte ou de l'opération prise sur le fondement de la disposition législative contestée pourrait, dans certains cas, faire obstacle aux droits que le justiciable se voit reconnaître en vertu de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cette remarque peut être illustrée au regard de la décision 2010-23 QPC par laquelle le Conseil constitutionnel a abrogé une disposition législative prévoyant la faculté d'imposer au bénéficiaire d'une autorisation de construire, des cessions gratuites de terrain, dans la limite de 10% de la superficie du terrain auquel s'applique la demande. Le Conseil d'État avait considéré que les dispositions en cause constituent « une réglementation du droit de construire » qui limite l'exercice du droit de propriété sans priver une personne de la propriété d'un bien, (décis. 11 février 2004, Schiocchet). C'est pourtant essentiellement sur le fondement d'une violation de l'article 17 DDHC que les requérants avaient mis en cause la constitutionnalité de cette disposition. Ainsi, ils demandaient au Conseil

¹² Cf. B. MATHIEU, *QPC, La jurisprudence*, Lexis-nexis, 2013.

constitutionnel d'écarter l'interprétation de la loi retenue par le Conseil d'État. Or Le Conseil constitutionnel considère que cette disposition porte potentiellement atteinte à l'article 17 DDHC et qu'elle constitue donc une dépossession. Certes, habilement, le Conseil se situe sur le terrain de l'incompétence du législateur, qui n'assure pas lui-même la protection des exigences de l'article 17 DDHC. C'est alors une violation médiate des exigences de cet article qui justifie son abrogation. Il n'en reste pas moins que ce sont les exigences de l'article 17 DDHC qui sont en cause.

Si le Conseil constitutionnel avait strictement respecté l'interprétation du juge de renvoi, il aurait été conduit à considérer que les dispositions contestées ne devaient pas être interprétées comme permettant une dépossession, mais une simple réglementation du droit de construire. On peut alors supposer que l'inconstitutionnalité aurait été plus difficile à démontrer et que le justiciable n'aurait pas nécessairement obtenu satisfaction.

B. Le contrôle de l'appréciation du changement de circonstances justifiant un réexamen de la constitutionnalité d'une disposition législative

La logique de la QPC tend à faire du contrôle opéré dans ce cadre un contrôle objectif, c'est à dire un contrôle de la loi et non de son application. Ainsi, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, la disposition législative n'est pas seulement écartée mais elle est abrogée. De même, l'extinction, pour quelle que cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question (*L. org. n° 2009-1523, art. 23-8*).

Cependant le filtrage opéré par le juge saisi peut conduire à une appréciation *in concreto* de la question de constitutionnalité. Il est en effet prévu que la juridiction saisie doit transmettre la question au Conseil d'État et à la Cour de cassation si certaines conditions sont remplies parmi lesquelles : la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.

La réserve tenant à ce que cette condition ne joue pas en cas de changement de circonstances a des implications importantes. En effet, elle ne vise pas seulement les circonstances de droit, mais aussi le changement des circonstances de fait. Elle permet ainsi au juge de renvoi, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, de prendre en compte les conditions, ou le contexte, de l'application de la loi. En effet le renvoi au changement de circonstances de fait constitue une forte incitation à prendre en compte les circonstances dans lesquelles la loi a été appliquée, même si tel n'est pas l'objet direct de cette réserve.

C'est en fait non seulement la mission du législateur consistant à adapter, ou non, le droit aux évolutions de la société, c'est à dire à définir l'intérêt général qui est en cause, mais aussi la mission du juge ordinaire qui est sur ce point contrôlé par le Conseil constitutionnel.

Il en est ainsi également lorsque le juge de renvoi prend en compte des faits sociaux pour juger du caractère nouveau de la question¹³. En ce sens la Cour de cassation (Civ 3, n° 14-40006 du 3 avril 2014) reformule les conditions de ce critère, en précisant qu'il s'agit non seulement de l'invocation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu encore l'occasion de faire application, mais aussi d'une question « dont il y aurait intérêt à le saisir ». Cette formulation élargit sensiblement l'appréciation en opportunité du renvoi. Mais ce pouvoir s'exerce également sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

C. Le contrôle préventif au moyen de réserves d'interprétation

L'utilisation de réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel a été considérée, notamment par la Cour de cassation, comme menaçant son pouvoir d'interprétation de la loi. Le Conseil constitutionnel en use cependant avec modération. Une interprétation par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative ne poserait problème que si elle mettait en cause une interprétation constante d'une disposition législative par la Cour de cassation, ce qui ne semble pas avoir été le cas.

Pourtant, les réserves d'interprétation peuvent constituer des directives d'interprétation ou d'application de la loi qui s'imposent au juge avec l'autorité de l'article 62 de la Constitution au titre des motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif de la décision¹⁴. Elles sont relativement fréquentes. Certaines ont pu être analysées comme constituant une intervention du Conseil constitutionnel dans le pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation¹⁵.

Mais une réserve d'interprétation peut également être le fruit d'un dialogue constructif entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et, médiatement, la Cour européenne des droits de l'homme et conduire à palier une lacune législative. Tel est le cas dans la décision 2014-446 QPC. En matière de détention provisoire la Cour de cassation juge que la Chambre de l'instruction n'est pas tenue par le délai prévu par l'article 194CPP lorsqu'elle est saisie après cassation de l'arrêt de la première chambre de l'instruction, mais qu'elle doit cependant se prononcer dans un bref délai, en se fondant sur la Convention EDH. Dans son rapport annuel 2013, la Cour de cassation invite le législateur à étendre l'application des dispositions de l'article 194CPP à cette hypothèse. Faute d'obtenir l'intervention du législateur, la Cour de cassation renvoie au Conseil constitutionnel une QPC portant sur cette lacune de l'article 194 CPP (c'est à dire que la disposition est contestée « en tant que ne pas »). Reprenant, sans la citer, la jurisprudence de la Cour EDH, le Conseil constitutionnel estime qu'en matière de privation de liberté, le juge doit se prononcer dans les plus brefs délais et, par une réserve d'interprétation, étend, de fait, le champ d'application de l'article 194 CPP, remédiant, sans censure, à la carence législative.

¹³ À propos de la définition du mariage Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2010, n° 10-40.042.

¹⁴ CE, 2 mars 2011, n° 323830.

¹⁵ Cf. E. DREYER, *JCP G* 2011, 1247, p. 2238. à propos de la décision 2011-164 QPC dans laquelle le Conseil constitutionnel valide une disposition législative relative à la responsabilité des créateurs ou animateurs de sites de communication au public en ligne à raison du contenu d'un message à condition qu'elle soit interprétée comme ne permettant pas l'engagement de responsabilité si le producteur n'avait pas eu connaissance du message avant sa mise en ligne.

III. Un contrôle potentiel et nécessaire : la portée rétroactive de la loi résultant de l'interprétation jurisprudentielle

Dans sa décision du 10 juin 2013, n° 366880, le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel une question portant sur la portée de rétroactive de l'interprétation de la loi par la Cour de cassation qui, du fait de sa tardivité aurait porté atteinte à des situations légalement acquises. Le rapporteur public précise¹⁶ qu'il s'agit « d'admettre que lorsque le juge donne d'une loi une interprétation qui prend à contrepied les anticipations légitimes des acteurs, ces derniers puissent contrôler la constitutionnalité de la loi pour la période antérieure et, le cas échéant, en paralyser les effets inattendus ». Le juge constitutionnel pourrait ainsi moduler dans le temps les effets de cette interprétation au moyen d'une réserve d'interprétation. Cette jurisprudence, qui pose ainsi que l'a jugé le Conseil d'État, une question nouvelle, est pertinente. En effet la rétroactivité de la jurisprudence, tout autant que la rétroactivité de la loi peut porter atteinte à la garantie des droits affirmée par l'article 16 DDHC.

Le Conseil constitutionnel (2013-336 QPC) ne tranche en fait pas la question posée en considérant que l'interprétation jurisprudentielle contestée n'opère pas un revirement de jurisprudence et que le fait pour la société requérante de ne pas être soumise à une obligation légale ne constituait pas un droit acquis dont elle pouvait se prévaloir. La question du contrôle de la constitutionnalité des revirements de jurisprudence portant atteinte à des droits acquis reste donc posée.

Il devrait y être apporté une réponse positive. En effet, la possibilité pour le justiciable de contester la loi dans l'interprétation constante de la Cour de cassation, et à l'occasion de l'application qui lui en est faite, implique que la contestation puisse porter sur la portée rétroactive de l'interprétation jurisprudentielle, indépendamment de la substance de cette interprétation. Il ne s'agit pas de contester directement l'effet rétroactif de la jurisprudence, mais la portée rétroactive de la loi qui résulte de l'interprétation retenue par la Cour de cassation ou le Conseil d'État

Certes, il convient de considérer que nul n'a droit au maintien du droit existant et que l'immutabilité de la jurisprudence, pas plus que celle de la loi, ne relève d'aucune exigence constitutionnelle. Mais *mutatis mutandis*, l'analyse du Conseil constitutionnel relative à la rétroactivité de la loi, et même à son application immédiate, lorsqu'elle met en cause des conventions régulièrement conclues, des situations régulièrement acquises ou la confiance légitime, doit être ici transposée. Ainsi l'application rétroactive de la loi, comme de la jurisprudence, ne doit pas priver de garanties des exigences constitutionnelles, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC. Le fait que cette rétroactivité ne résulte pas directement de la loi mais de la loi telle qu'interprétée par une jurisprudence constante de la Cour de cassation ne doit pas faire obstacle à l'examen de sa constitutionnalité.

16 L'auteur remercie Alexandre Lallet, rapporteur public, d'avoir bien voulu lui transmettre ses éclairantes conclusions.

Il résulte de l'objet même de la procédure de QPC que le constituant et le législateur organique ont entendu permettre à tout justiciable de contester la disposition législative qui est effectivement applicable à son litige. Il ne s'agit ainsi ni de contester l'office du juge ni son interprétation, mais seulement de « paralyser les effets inattendus » de cette jurisprudence, pour reprendre les termes du rapporteur public sur la décision précitée du 10 juin 2013.

Dans sa décision 2013-336 QPC, le Conseil constitutionnel, tout en considérant qu'en l'espèce, la jurisprudence n'avait pas un caractère rétroactif, confirme cette analyse. Selon le commentaire de cette décision, publié sur le site du Conseil constitutionnel, « si la création de la QPC a institué un contrôle *a posteriori* abstrait des dispositions législatives, elle a reconnu aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative « applicable au litige ». Ainsi, le justiciable ne s'est pas vu reconnaître le droit de contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie : le requérant qui pose une QPC a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est appliquée, c'est-à-dire compte tenu de la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle constante ».

Le contrôle de la portée rétroactive de la loi résultant d'une interprétation jurisprudentielle, portant elle-même un effet rétroactif, s'impose également lorsque sont en cause les principes de légalité des délits et des peines et le principe de non rétroactivité de la loi pénale. On relèvera d'ailleurs, qu'au visa de la CEDH, la Cour de cassation a considéré que dans certaines circonstances « le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et les inconvénients, une disproportion manifeste »¹⁷. Lorsque ces « inconvénients relèvent d'exigences constitutionnelles, la solution retenue par la Cour de cassation, c'est à dire la portée donnée à la loi devait pouvoir faire l'objet d'une QPC.

Il résulte de l'ensemble de ces observations rapides que la notion de contrôle ne peut être univoque. Le débat sur la possibilité de faire du Conseil constitutionnel une Cour suprême, outre les approximations auxquelles il renvoie, fausse le débat. Deux facteurs jouent un rôle essentiel en la matière. D'une part la circularité de la jurisprudence qui induit un système d'influence, d'autre part le positionnement institutionnel des juridictions qui induit un mécanisme de concurrence. En réalité le « *big brother* » des droits fondamentaux s'incarne de plus en plus dans la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence se veut à la fois fédératrice, subsidiaire et pourtant intégratrice. Elle génère à son tour des phénomènes de soumission et de résistance.

¹⁷ Cass civ 1 6 avril 2016, n° 15-10552, cf. art. précité de R. LIBCHABER, p. 1093.