

1^{ER} AVRIL 2013

« VADE-MECUM »
SUR L'APPLICATION DE
LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE
DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

INTRODUCTION	3
1 LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS ET LES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL	4
1.1 <i>L'invocation de la question prioritaire de constitutionnalité</i>	4
1.1.1 La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.....	4
1.1.1.1 Le « mémoire distinct et motivé » : une exigence qu'il n'appartient pas à la juridiction de faire régulariser 5	
1.1.1.2 Les modalités de présentation du mémoire distinct : des préconisations de bonne administration de la justice non sanctionnées	6
1.1.1.3 La question prioritaire de constitutionnalité : un moyen qui peut être invoqué à tout moment, au cours de l'instruction ou par une note en délibéré	6
1.1.1.4 L'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité dans une instance en cours au 1 ^{er} mars 2010 7	
1.1.2 L'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité	7
1.1.2.1 L'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité ne fait pas échec à l'ordre d'examen des questions de procédure	7
1.1.2.2 L'obligation de statuer « sans délai »	8
1.1.2.3 Une procédure contradictoire adaptée	9
1.1.2.4 . Les conséquences d'une demande d'aide juridictionnelle pendante sur le traitement d'une question prioritaire de constitutionnalité.....	10
1.1.3 La décision sur la question prioritaire de constitutionnalité.....	10
1.1.3.1 La possibilité de statuer par voie d'ordonnance	11
1.1.3.2 Le traitement des questions prioritaires de constitutionnalité sérielles ou identiques	12
1.1.3.3 L'abandon de la question prioritaire de constitutionnalité	14
1.1.3.4 La décision statuant sur la transmission : formes et motivation	14
1.1.3.5 Les conditions de fond.....	16
1.1.3.6 L'articulation entre question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne	19
1.1.3.7 La notification de la décision statuant sur la transmission	20
1.1.3.8 La transmission du dossier au Conseil d'Etat.....	21
1.1.4 Les effets de la décision statuant sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité	22
1.1.4.1 La transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité	23
1.1.4.2 Le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité	23
1.1.5 Le cas particulier des procédures d'urgence	24
1.2 <i>La contestation en appel du refus de transmission.....</i>	26
1.2.1 L'obligation d'un « mémoire distinct et motivé », non assortie des exigences d'une procédure « sans délai » 27	
1.2.2 La contestation du refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité par le défendeur en cause d'appel.....	28
1.2.3 Le statut, en appel, d'une décision de refus de renvoi émanant du Conseil d'Etat	28
2 LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT	29
2.1 <i>L'examen des questions renvoyées par les juridictions administratives.....</i>	30
2.1.1 L'instruction de la question renvoyée	30
2.1.2 La représentation des parties.....	31
2.1.3 La décision du Conseil d'Etat	31
2.1.3.1 Conditions de fond du renvoi au Conseil constitutionnel.....	31
2.1.3.2 Modalités de la décision sur le renvoi	32
2.2 <i>La présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat.....</i>	32
2.3 <i>La contestation, devant le Conseil d'Etat, du refus de transmission par les juges du fond.....</i>	33

INTRODUCTION

Le Vice-président avait confié à Jacques Arrighi de Casanova, conseiller d'Etat, le soin de présider un groupe de travail chargé d'examiner les conditions de mise en œuvre, au sein des juridictions administratives, de l'article 61-1 de la Constitution qui permet, depuis le 1^{er} mars 2010, de soutenir, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction administrative comme judiciaire, « *qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ».

Le rapport de ce groupe de travail a présenté un certain nombre de propositions d'ordre réglementaire et pratique. Il a très directement inspiré l'élaboration du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Ce rapport a été diffusé en ligne (<https://intranet.conseil-etat.fr/node.php?articleid=303>).

Le présent « vade-mecum » est directement issu des travaux de ce groupe de travail, le rapport ayant été actualisé et amendé pour tenir compte tant des dispositions réglementaires que des mesures pratiques effectivement prises ainsi que des premières décisions jurisprudentielles. Il a été mis à jour au 1^{er} avril 2013.

NB : Doté d'un **sommaire actif**, le présent document permet ainsi, lors d'une consultation en ligne, d'**aller directement au thème recherché en cliquant sur la rubrique pertinente du sommaire**.

Voir aussi les [Chroniques générales de jurisprudence administrative française](#) :

Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? – Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi – AJDA 2010 p. 1355.

An I ap. QPC - Alexandre Lallet et Xavier Domino - AJDA 2011 p. 375

Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges - Xavier Domino et Aurélie Bretonneau - AJDA 2011 p. 1136

QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? - Xavier Domino et Aurélie Bretonneau - AJDA 2012 p. 422

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS ET LES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

L'invocation de la question prioritaire de constitutionnalité

Art. R*. 771-11. – *La question prioritaire de constitutionnalité soulevée pour la première fois devant les cours administratives d'appel est soumise aux mêmes règles qu'en première instance.*

Les développements de cette première sous-partie concernent l'invocation de la question prioritaire de constitutionnalité, que celle-ci soit soulevée, pour la première fois, devant le tribunal administratif ou devant la cour administrative d'appel. Les problématiques propres à la contestation en appel du sort réservé à une question prioritaire de constitutionnalité soulevée en première instance seront, quant à elles, traitées dans la seconde sous-partie.

L'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dans sa rédaction issue de la loi du 10 décembre 2009, précise, en effet, explicitement qu'« *un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel* ». L'article R.* 711-11 précise ainsi expressément que les dispositions envisagées pour la première instance sont également applicables devant la cour administrative d'appel, lorsque celle-ci est saisie, pour la première fois, d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La présentation de la question prioritaire de constitutionnalité

Art. 23-1. – *Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.*

MESURES SKIPPER

- * la question prioritaire de constitutionnalité sera gérée comme un ensemble de mesures d'instruction spécifiques, sous le n° d'enregistrement du dossier au titre duquel elle est présentée, ce dossier pouvant être un dossier de toute catégorie et de toute nature
- * l'enregistrement d'un mémoire présenté en application des dispositions de l'article 23-1 donne lieu à la mesure : «réception d'un mémoire QPC »
- * un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC »

1.1.1.1 LE « MEMOIRE DISTINCT ET MOTIVE » : UNE EXIGENCE QU'IL N'APPARTIENT PAS A LA JURIDICTION DE FAIRE REGULARISER

Art. R*. 771-3. – *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé, conformément aux dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. ...*

Art. R*. 771-4. – *L'irrecevabilité tirée du défaut de présentation, dans un mémoire distinct et motivé, du moyen visé à l'article précédent peut être opposée sans qu'il soit fait application des articles R. 611-7 et R. 612-1.*

Pour donner son plein effet à l'exigence posée par la loi organique, « à peine d'irrecevabilité », de présentation de la question prioritaire de constitutionnalité sous forme d'un mémoire « distinct », il convenait de déroger aux dispositions de l'article R. 612-1 du code de justice administrative selon lesquelles : « Lorsque des conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser ». En effet, l'objectif poursuivi par le législateur organique est, selon les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, de « faciliter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité et permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure, si cette question doit être transmise au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation » (ct. n° 8). Imposer au juge administratif d'identifier, dès son enregistrement, au sein d'une requête ou d'un mémoire développant d'autres moyens, une question prioritaire de constitutionnalité, puis d'inviter son auteur à régulariser ses écritures, n'aurait pas répondu à cette exigence de célérité et de commodité. Il n'était donc pas non plus souhaitable d'imposer aux juridictions, lorsque l'étude d'une requête ou d'un mémoire en réplique à l'issue de l'instruction de l'affaire fait apparaître qu'une question de constitutionnalité est incidemment soulevée, de différer l'examen du dossier pour inviter le requérant à présenter un mémoire distinct.

Les mêmes raisons imposaient que l'irrecevabilité qui découle de l'absence de présentation d'un mémoire distinct puisse être soulevée d'office par le juge, sans faire davantage l'objet d'une information préalable des parties, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, car ce préalable procédural aurait conduit, de fait, à inviter la partie intéressée à régulariser ses écritures.

Les dispositions de l'article R. * 771-4 ne doivent, bien entendu, pas être interprétées comme interdisant aux parties de procéder spontanément à une régularisation, avant que l'irrecevabilité ait été opposée.

1.1.1.1 LES MODALITES DE PRESENTATION DU MEMOIRE DISTINCT : DES PRECONISATIONS DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE NON SANCTIONNEES

Art. R*. 771-3. – « *Ce mémoire, ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient, portent la mention « question prioritaire de constitutionnalité ».*

Pour permettre l'identification rapide, par les greffes et par les magistrats, des mémoires soulevant des questions prioritaires de constitutionnalité, le choix a été fait de transposer les préconisations aujourd'hui prévues, en matière de référé, par l'article R. 522-3 du code de justice administrative, selon lesquelles : « *La requête, ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui la contient porte la mention "référé" ».*

Il faut, toutefois, souligner que, comme en matière de référé, ces formalités de présentation ne sont pas, pour leur part, prescrites à peine d'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité.

1.1.1.1 LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE : UN MOYEN QUI PEUT ETRE INVOQUE A TOUT MOMENT, AU COURS DE L'INSTRUCTION OU PAR UNE NOTE EN DELIBERE

L'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité n'a délibérément été enserrée dans aucun délai par le législateur organique. Elle peut donc être soulevée à tout moment de l'instruction de la requête, tant que celle-ci n'est pas close. Il résulte ainsi des dispositions mêmes de la loi organique qu'elles doivent logiquement être interprétées comme faisant échec à l'application de la jurisprudence société Intercopie¹, selon laquelle les moyens tirés d'une cause juridique distincte de celle invoquée dans le délai du recours sont irrecevables.

Lorsqu'il est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction, d'une note en délibéré posant une question prioritaire de constitutionnalité, il appartient dans tous les cas au juge administratif d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision. En dehors des hypothèses où il est tenu de rouvrir l'instruction à peine d'irrégularité de sa décision (exposé soit d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou qu'il devrait relever d'office), le juge a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction. Lorsque le juge use de cette dernière faculté et rouvre l'instruction dans l'intérêt d'une bonne justice, la question prioritaire de constitutionnalité posée est recevable, nonobstant le fait que la partie qui la soulève n'invoque aucune circonstance qu'elle n'était pas en mesure de faire valoir avant la clôture de l'instruction, ni aucune circonstance de droit nouvelle que le juge devrait relever d'office ([CE, 28 janvier 2011, M. Huchon, n°338199, T. p. 114](#)).

¹ CE, section, 20 février 1953, Sté Intercopie, p. 88.

1.1.1.1 L'INVOCATION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DANS UNE INSTANCE EN COURS AU 1^{ER} MARS 2010

Article 7 du décret n° 2010-148 du 16 février 2010

Le présent décret entre en vigueur le 1er mars 2010. Dans les instances en cours, une question prioritaire de constitutionnalité doit, pour être recevable, être présentée sous la forme d'un mémoire distinct et motivé produit postérieurement à cette date. Le cas échéant, la juridiction ordonne la réouverture de l'instruction pour les seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, si elle l'estime nécessaire.

L'application immédiate de la loi organique du 10 décembre 2009 aux instances en cours appelle quelques précisions. Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 3 décembre 2009 : « la loi organique sera ... applicable aux instances en cours à la date de son entrée en vigueur ; ... toutefois, seules les questions prioritaires de constitutionnalité présentées à compter de cette date dans un écrit ou un mémoire distinct et motivé seront recevables » (ct. n° 37).

Les conclusions présentées antérieurement, et non reprises après le 1^{er} mars 2010 par un mémoire distinct, sont donc irrecevables et doivent être rejetées comme telles ([CE, 9 avril 2010, Matelly, n° 312251, T. p. 825](#)).

Les dispositions transitoires du décret du 16 février 2010, communes à l'ensemble des juridictions, ont repris explicitement ce principe en se bornant à prévoir que si la juridiction estime devoir ordonner la réouverture d'une instruction, pour prendre en compte un mémoire déposé en application de la loi organique du 10 décembre 2009, cette réouverture serait limitée aux seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité.

L'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité

Art. 23-2. - *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.*

1.1.1.1 L'INVOCATION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE NE FAIT PAS ECHEC A L'ORDRE D'EXAMEN DES QUESTIONS DE PROCEDURE

Art. R*. 771-8. - *L'application des dispositions de la présente section ne fait pas obstacle à l'usage des pouvoirs que les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris et les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours tiennent des dispositions de l'article R. 222-1.*

Quelles que soient les spécificités procédurales qui s'attachent à la question prioritaire de constitutionnalité, son invocation ne saurait faire échec à l'ordre normal d'examen des questions de procédure par le juge. La notion de priorité ne doit ainsi jouer qu'à l'égard des autres moyens de fond soulevés par une partie à l'appui de ses prétentions. C'est ce qui se déduit du commentaire paru aux Cahiers du Conseil constitutionnel sur la décision du 3 décembre 2009, selon lequel : « *La question prioritaire de constitutionnalité constitue un motif juridique invoqué par une partie au soutien d'une de ses prétentions. Elle ne peut donc constituer la cause ou l'objet principal de l'instance : elle est soulevée au soutien d'une demande d'une partie et elle en est l'accessoire jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel en soit, le cas échéant, saisi* ».

Ainsi, nonobstant l'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité, il appartient toujours au juge de vérifier d'abord sa compétence pour connaître de la requête dont il est saisi ([CE, 31 mai 2012, Fédération nationale du portage salarial, n°356833, inédite au Recueil](#)), ainsi que l'existence d'un éventuel désistement ou d'un non-lieu ([CE, 4 février 2013, M. Laurent, n°362163, à mentionner aux tables](#)). De même doit-il, préalablement, s'assurer de la recevabilité de cette requête ([CE, 28 septembre 2011, Société Alsass et autres, n°349820, T. pp. 786, 790, 1063, 1114](#)). Dans ces conditions, il est explicitement précisé par l'article R.* 771-8 que les dispositions particulières relatives aux questions de constitutionnalité ne font pas obstacle à la mise en œuvre, par les présidents des juridictions et par les présidents des formations de jugement, du pouvoir de statuer par ordonnance qu'ils tiennent de l'article R 222-1 du code de justice administrative.

La possibilité de prendre une ordonnance pour rejeter, sur le fondement du 7° de l'article R. 222-1², une requête à l'appui de laquelle une question prioritaire de constitutionnalité serait invoquée, n'a pas été exclue. Sans doute l'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité devrait-elle être de nature à exclure la requête du champ d'application de ces dispositions, s'agissant de l'opérance des moyens : le caractère opérant de la question devrait en effet être apprécié dans le cadre particulier de la première des conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui impose que « *la disposition contestée (soit) applicable au litige* ». Mais le 7° de l'article R. 222-1 est susceptible de recevoir application, notamment dans l'hypothèse où la question prioritaire de constitutionnalité serait motivée de façon si sommaire qu'elle puisse être regardée comme un moyen « *manifestement (non) assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé* », au sens de ces dispositions.

En revanche, le Conseil d'Etat a estimé qu'il lui appartenait de se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, alors même que la juridiction administrative qui lui a transmis la question serait territorialement incompétente ([CE, 9 juillet 2012, SAS Bineau Agri Service, n°359478, à mentionner aux tables](#)).

1.1.1.1 L'OBLIGATION DE STATUER « SANS DELAI »

² Qui permet de rejeter par ordonnance : « *les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé* ».

La portée de cette obligation est ainsi éclairée par le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision du 3 décembre 2009 : « *Comme le Conseil constitutionnel l'a jugé en 2003 à propos des délais impartis au premier président de la cour d'appel pour se prononcer sur la demande d'effet suspensif de l'appel émanant du procureur de la République, « sans délai » signifie « dans le plus bref délai ».* Le but recherché par cette disposition est que le temps d'examen de la transmission et du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, puis le temps d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité elle-même s'impute sur le délai d'instruction de l'affaire et ne la rallonge pas ».

Il convient, en outre, de rappeler que l'Assemblée nationale avait, pour sa part, souhaité enserrer l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge du fond dans un délai de deux mois et que le Conseil d'Etat dispose, à peine de dessaisissement, d'un délai de trois mois pour statuer, lorsqu'il est lui-même saisi. Ces différents éléments laissent donc penser que, sauf circonstance particulière, « *le plus bref délai* » dans lequel le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisie pour la première fois, doit se prononcer est de l'ordre de deux à trois mois.

1.1.1.1 UNE PROCEDURE CONTRADICTOIRE ADAPTEE

Art. R*. 771-5. – *Sauf s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, notification de ce mémoire est faite aux autres parties. Il leur est imparti un bref délai pour présenter leurs observations.*

MESURES SKIPPER

* les mesures et les courriers spécifiques « communication d'un mémoire QPC », « réception d'observations sur un mémoire QPC » et « communication d'observations sur un mémoire QPC » doivent être utilisés pour instruire un mémoire soulevant une question prioritaire de constitutionnalité.

* le courrier de « communication d'un mémoire QPC » imparti, par défaut, un délai de réponse de 15 jours.

* tous ces courriers mentionnent la nécessité que les communications relatives à la question prioritaire de constitutionnalité fassent l'objet d'écrits distincts, spécifiquement identifiés.

Compte tenu de cette obligation de célérité, il a été prévu une procédure contradictoire propre à la question prioritaire de constitutionnalité, afin de traiter celle-ci dans des délais réduits. Si les dispositions réglementaires n'entrent pas dans ces détails, un délai d'une quinzaine de jours devrait, sauf circonstances particulières, être laissé aux autres parties pour produire leurs observations sur un mémoire invoquant une question prioritaire de constitutionnalité. Ce délai est celui qui sera mentionné par défaut dans le courrier de communication mais il peut être modifié, à la demande.

Sans que les dispositions réglementaires le prohibent expressément, il ne devrait pas y avoir lieu d'adresser une mise en demeure à la partie qui ne respecterait pas le délai imparti.

Enfin, l'article R.* 771-5 transpose au traitement de la question prioritaire de constitutionnalité la dispense d'instruction prévue par l'article R. 611-8 du code de justice administrative lorsque d'emblée « *la solution apparaît d'ores et déjà certaine* », dès lors que le refus de transmettre la question ne préjudicie pas aux droits des parties auxquelles le mémoire qui la soulève n'est pas communiqué.

1.1.1.1 . LES CONSEQUENCES D'UNE DEMANDE D'AIDE JURIDICTIONNELLE PENDANTE SUR LE TRAITEMENT D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

La jurisprudence devra se prononcer sur les conséquences que le juge, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, doit tirer de l'existence d'une demande d'aide juridictionnelle encore pendante.

Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée par l'avocat du demandeur à l'aide juridictionnelle, d'ores et déjà constitué, celle-ci peut être instruite dans des conditions normales et le juge peut y statuer, sans qu'il y ait lieu d'attendre la décision prise sur la demande d'aide juridictionnelle.

Dans le cas où la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée par le requérant lui-même, sans qu'un avocat n'ait encore été désigné, le groupe de travail a estimé que si cette demande remplit, telle qu'elle est formulée, les conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, elle devrait également pouvoir être transmise « *sans délai* ». En revanche, si elle apparaît, de prime abord, comme devant être rejetée, il conviendra, sauf circonstance particulière, d'attendre que l'intéressé ait effectivement pu bénéficier de l'assistance du conseil auquel il a droit pour, le cas échéant, refuser de la transmettre.

Dans le cas – a priori exceptionnel – où c'est le demandeur à l'aide juridictionnelle qui aurait à se défendre vis-à-vis d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par son adversaire, le juge devrait symétriquement pouvoir statuer sur cette question, sans attendre la décision du bureau d'aide juridictionnelle, s'il s'agit de refuser de la transmettre. La question de savoir s'il peut aussi décider la transmission en pareille hypothèse appelle une réponse plus incertaine.

La décision sur la question prioritaire de constitutionnalité

Art. 23-2. - *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle 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 ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

1.1.1.1 LA POSSIBILITE DE STATUER PAR VOIE D'ORDONNANCE

Art. R*. 771-7. – *Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris, les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours ou les magistrats désignés à cet effet par le chef de juridiction peuvent, par ordonnance, statuer sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité.*

MESURES SKIPPER

* une ordonnance prise sur une question prioritaire de constitutionnalité constitue une nature particulière d'ordonnance avant dire-droit : « ordonnance QPC »

* deux sens lui sont associés : « transmission » ou « refus de transmission »

* un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC sortie », le mot-clé « QPC » n'étant, quant à lui, pas modifié

L'obligation de célérité imposée aux premiers juges par la loi organique conduit à douter de la nécessité de mobiliser systématiquement une formation collégiale statuant en audience publique, avec conclusions du rapporteur public. Va également dans ce sens la singularité de la procédure voulue par le législateur organique, qui n'a qu'en apparence le caractère d'une question préjudicielle. En effet, alors que, dans le cas général, la juridiction ne peut poser une telle question qu'après avoir notamment vérifié qu'elle était nécessaire à la solution du litige – ce qui lui impose d'écarter au préalable tous les autres moyens – c'est une tout autre logique de priorité qui a été retenue pour la question de constitutionnalité : le juge doit seulement vérifier que les conditions de l'article 23-2 sont satisfaites et, dans l'affirmative, il est tenu de transmettre la question, sans avoir à rechercher si un autre moyen peut conduire à accueillir la requête. Enfin, dans bien des cas, la vérification des conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance organique – notamment celles des 1° et 2° - pourrait être relativement simple. Dans de telles hypothèses, la transposition des règles normalement applicables à l'intervention d'une décision avant dire droit se traduirait par une mobilisation inutilement lourde des moyens de la juridiction.

C'est pourquoi l'article R.* 771-7 offre la possibilité de statuer par voie d'ordonnance sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. A cet effet, d'une part, il habilite de plein droit les présidents des juridictions et les présidents des formations de jugement - à l'instar des dispositions de l'article R. 222-1 du code de justice administrative - et, d'autre part, il autorise le chef de juridiction à déléguer cette compétence à tout autre magistrat. Cet article laisse ainsi la plus grande latitude aux juridictions administratives pour organiser au mieux le traitement des questions prioritaires de constitutionnalité. De manière générale, la compétence du président de la formation de jugement apparaît comme la formule la plus naturelle. Pour autant, d'autres formules ne sauraient être exclues, soit pour garantir qu'il soit statué sur les questions prioritaires de constitutionnalité dans « *le plus bref délai* », à toute période de l'année, y compris pendant les périodes de permanence, soit même dans le souci d'unifier auprès de magistrats spécialisés le traitement de ces questions, en particulier dans le champ de certaines matières relevant de la compétence de plusieurs chambres (fiscalité ou droit des étrangers, par exemple).

Bien entendu, et conformément au principe selon lequel, devant les juridictions administratives, la compétence dérogatoire d'un juge unique peut toujours, sans qu'il soit nécessaire que le texte le prévoie, être exercée par la formation de jugement de droit commun, l'article R.* 771-7 ne saurait conférer aux magistrats ainsi visés une compétence exclusive. Toute formation collégiale - ou toute formation de juge statuant seul compétente - peut ainsi statuer, en audience publique et après audition d'un rapporteur public, sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité.

1.1.1.1 LE TRAITEMENT DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITE SERIELLES OU IDENTIQUES

Art. R*. 771-6. – *La juridiction n'est pas tenue de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi. En cas d'absence de transmission pour cette raison, elle diffère sa décision sur le fond, jusqu'à ce qu'elle soit informée de la décision du Conseil d'Etat ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel.*

MESURES SKIPPER

* la non transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au motif que le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel en est déjà saisi doit faire l'objet d'une décision d'instruction, sans ordonnance associée : « non transmission QPC avec sursis »

* un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC sortie », le mot-clé « QPC » n'étant, quant à lui, pas modifié

Le commentaire aux « Cahiers » de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 a explicitement précisé que le bref délai imparti aux juges du fond « *permettra également, dans*

les hypothèses de « contentieux de masse », qu'une juridiction, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité et informée que le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par le même moyen, la même disposition législative, attende, avant de statuer sur la transmission, la décision qui sera rendue à l'occasion de la première question prioritaire de constitutionnalité transmise ». C'est dans cette logique que se situe l'article R.* 771-6, qui admet que les dispositions de la loi organique imposant une décision « sans délai » sur la transmission de la question de constitutionnalité puissent s'accommoder d'un tempérament, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en présence de questions sérielles ou identiques.

Cette disposition, exclusivement conçue en vue d'assurer une bonne administration de la justice - objectif dont le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 3 décembre 2009, la « valeur constitutionnelle » (ct. n° 4) - a pour seul objet d'éviter que le Conseil d'Etat puis, le cas échéant, le Conseil constitutionnel soient engorgés par le renvoi de questions similaires dupliquant une argumentation comparable. L'article R.* 771-6 a donc vocation à s'appliquer à des contentieux proprement sériels mais également à des questions identiques posées en des termes similaires, dans des dossiers parfaitement distincts.

La portée de la dispense de transmission est limitée aux hypothèses dans lesquelles les questions reposent sur le même moyen d'inconstitutionnalité. D'une manière plus générale, si le juge estime que les écritures produites devant lui sont de nature à renouveler substantiellement les termes du débat jusqu'alors posé, il ne devrait alors pas hésiter à les transmettre au Conseil d'Etat s'il est encore saisi de la question, en lui signalant, de préférence, la référence du dossier dont celui-ci est déjà saisi.

Il n'est pas nécessaire qu'en présence de questions sérielles ou identiques, une décision *ad hoc* intervienne pour indiquer que la juridiction diffère la transmission. Une décision d'instruction doit, toutefois, être prise dans l'application *Skipper* (cf. ci-dessus). Le jugement ou l'arrêt réglant le litige mentionnera l'issue réservée à la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, voire le Conseil constitutionnel, dans le cadre de l'instance dont ils ont été saisis. Il convient, bien entendu, que le juge veille effectivement à différer sa décision sur le fond jusqu'à ce qu'il soit informé de la décision prise par le Conseil d'Etat ou, le cas échéant, le Conseil constitutionnel.

Les dispositions réglementaires n'imposent pas non plus une information des parties. Aussi, aucun courrier n'a été prévu. Il convient, toutefois, d'observer que la décision d'instruction mentionnée dans l'application *Skipper* est visible, pour les parties, dans *Sagace*.

L'auteur d'une QPC à laquelle ont été appliquées les dispositions de l'article R. 771-6 justifie d'un intérêt à intervenir au soutien de la demande de renvoi mettant en cause la même disposition législative par les mêmes motifs. En revanche, il n'est pas recevables à invoquer dans ce cadre des moyens d'inconstitutionnalité différents des moyens présentés devant le tribunal ou la cour par l'auteur de la QPC transmise au Conseil d'Etat, hormis le cas où il établirait les avoir lui-même soumis à la juridiction qui a différé sa décision ([CE, 4 avril 2011, Mme Moussa, n°345661, p. 152](#) ; [CE, 20 avril 2011, Département de l'Hérault, Département des Côtes d'Armor, n°s 346227 et 347269, T. pp. 798, 807, 1119](#)).

<p><i>TABLEAU DES QPC</i></p>

Deux tableaux récapitulant les questions prioritaires de constitutionnalité transmises ou soulevées au Conseil d'Etat sont en ligne sur le site internet de la juridiction administrative (accessible par un lien direct à partir de l'espace dédié du site intranet).

[Tableau des dispositions législatives non codifiées](#)

Présenté par ordre chronologique des dispositions législatives puis par ordre numérique de leurs articles, il précise, s'il y a lieu, la référence exacte de la version contestée. Il indique la norme constitutionnelle invoquée, l'origine de la saisine du Conseil d'Etat et la référence du ou des dossiers enregistrés au Conseil d'Etat. La date et le sens de la décision du Conseil d'Etat sont portés dès que la décision est rendue. S'il y a lieu, sont, enfin, mentionnés la référence de la saisine du Conseil constitutionnel puis, quand celle-ci est rendue, la date et le sens de sa décision.

[Tableau des dispositions codifiées](#)

Présenté par ordre alphabétique des codes puis par ordre numérique des articles, il précise s'il y a lieu, la référence exacte de la version contestée et porte les mêmes mentions que le tableau précédent.

1.1.1.1 L'ABANDON DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

MESURES SKIPPER

* la renonciation expresse par la partie qui l'a posée à une question prioritaire de constitutionnalité doit faire l'objet d'une décision d'instruction, sans ordonnance associée : « non-transmission QPC sans sursis »

* un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC sortie », le mot-clé « QPC » n'étant, quant à lui, pas modifié

L'hypothèse dans laquelle la partie qui a soumis au juge une question prioritaire de constitutionnalité y renonce spontanément, avant qu'il n'y ait été statué, n'appelle pas de décision particulière, le juge n'ayant pas à transmettre une question dont il n'est plus saisi et n'ayant pas davantage à surseoir à statuer sur la requête. Il lui appartient de donner acte du désistement de cette demande ([CE, 24 avril 2012, Association France Nature Environnement, n°340538, à mentionner aux tables](#))

1.1.1.1 LA DECISION STATUANT SUR LA TRANSMISSION : FORMES ET MOTIVATION

MESURES SKIPPER

* s'il n'est pas statué par ordonnance sur une question prioritaire de constitutionnalité, le jugement ou l'arrêt avant dire droit constitue une nature particulière de décision : « ADD QPC »

* deux sens lui sont associés : « transmission » et « refus de transmission » ;

* Un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC sortie », le mot-clé « QPC » n'étant, quant à lui, pas modifié

Ainsi qu'on l'a vu précédemment, la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité prend la forme soit d'un jugement ou d'un arrêt de la formation compétente, après audience publique, soit d'une ordonnance prise en vertu de l'article R.* 771-7.

Le caractère prioritaire de question de constitutionnalité impose au juge de vérifier exclusivement, dans un premier temps, que les conditions de l'article 23-2 nouveau de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont satisfaites. Dans l'affirmative, il est tenu de transmettre la question au Conseil d'Etat, sans avoir à rechercher si la réponse à donner au moyen d'inconstitutionnalité est déterminante pour la solution à apporter au litige, notamment en s'abstenant de rechercher à ce stade si un autre moyen pourrait conduire à faire droit à la requête.

S'il est statué par voie de jugement ou d'arrêt, il s'agit donc nécessairement d'un type particulier de décision avant dire droit : afin de respecter le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, cette décision ne doit se prononcer sur aucun des autres moyens invoqués, ce qui ne la dispense pas, le cas échéant, de statuer sur les questions nécessairement préalables à l'examen de tout moyen (exceptions d'incompétence, non-lieu, fins de non-recevoir).

S'il est statué par voie d'ordonnance, celle-ci ne peut se prononcer que sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, le magistrat délégué à cet effet n'étant pas compétent pour statuer sur une exception d'incompétence ou de non-lieu ou une fin de non-recevoir. En effet, si, ainsi qu'il a été dit précédemment (cf. § 1.1.2.1), l'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité ne fait pas obstacle à la mise en œuvre par les présidents des juridictions et par les présidents des formations de jugement, du pouvoir de statuer par ordonnance qu'ils tiennent de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, en revanche, le juge de la transmission ne peut pas, sur le fondement des dispositions particulières l'autorisant à statuer par ordonnance, trancher une autre question que celle de la transmission et notamment écarter une exception d'incompétence ou de non-lieu ou une fin de non-recevoir. Dans le cas où il n'apparaîtrait pas justifié de faire droit à un tel moyen de défense, sur le fondement de l'article R. 222-1, cette question demeurera donc réservée jusqu'à la fin de l'instance, au risque que la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité s'avère finalement inutile pour la solution du litige, à moins que la juridiction ne souhaite la trancher préalablement par la voie d'un jugement ou d'un arrêt avant dire droit, rendu par la formation de jugement compétente.

Le jugement ou l'arrêt comme l'ordonnance doivent être motivés par référence aux trois conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Il ressort clairement des décisions rendues par le Conseil d'Etat que les décisions de transmission font l'objet d'une motivation sommaire se bornant à constater que les trois conditions sont remplies sans expliciter, en particulier, les raisons pour lesquelles le moyen d'inconstitutionnalité invoqué est regardé comme sérieux, de manière à ne pas empiéter sur l'office du Conseil constitutionnel (cf. par exemple : [CE, 14 avril 2010, Union des familles en Europe, n° 323830, p. 107](#)).

En revanche, les décisions de refus de transmission font, quant à elles, l'objet d'une motivation détaillée.

Pour une décision fondée sur la non applicabilité de la disposition contestée : cf. par exemple [CE, 15 juillet 2010, Blain, n° 327512, T. p.942](#).

Les décisions fondées sur la circonstance que la disposition litigieuse a préalablement « été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel » précisent explicitement les références de la décision concernée (cf. par exemple : [CE, 19 mai 2010, Commune de Buc, n° 330310, p. 169](#)).

Les décisions fondées sur le caractère non sérieux du moyen déroulent un raisonnement juridique complet correspondant à l'office habituel du juge (cf. par exemple : [CE, 7 juin 2010, Centre hospitalier de Dieppe, n° 338531, p.192](#)), fondé au besoin sur la jurisprudence constitutionnelle ([CE, 23 juillet 2010, Bessis et autres, n° 339595, inédite](#)), sur une interprétation combinée des dispositions législatives applicables ([CE, 8 juin 2010, Fédération française des télécommunications et des communications électroniques, n° 327062, T. pp. 882, 948](#)) ou encore sur une interprétation neutralisante de la loi ([CE, 19 mai 2010, Théron, n° 3331025, p. 168](#) ; [CE, 16 juillet 2010, SCI La Saulaie, n° 334665, p. 315](#)).

1.1.1.1 LES CONDITIONS DE FOND

➤ Champ d'application

La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être utilisée que pour soumettre au juge l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative.

Elle est donc inapplicable lorsque le requérant se borne à demander une interprétation de la Constitution ([CE, 16 avril 2010, Virassamy, n° 336270, T. pp. 785, 866, 939](#)) ou lorsqu'est contestée la conformité à la Constitution d'une disposition réglementaire ([CE, 2 juin 2010, Ponsart, n° 338965, inédite](#)) ou encore d'une stipulation d'une convention internationale ([CE, 14 mai 2010, Rujovic, n° 312305, p. 165](#)). Il a en outre été jugé, à cette dernière occasion, qu'une loi autorisant la ratification d'un traité était, par nature insusceptible de porter atteinte aux droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

Il a également été jugé qu'une ordonnance qui n'a pas fait l'objet d'une ratification ne constitue pas une disposition législative ([CE, 11 mars 2011, M. Benzoni, n°341658, p. 81](#)). En outre, une disposition législative modifiée par une ordonnance qui n'est pas ratifiée a seulement valeur

réglementaire ([CE, 17 octobre 2011, Société Grande Brasserie Patrie de Schutzenberg, n°351010, inédite](#), qui réserve le cas où les dispositions législatives ont été modifiées « de façon très limitée et dans une mesure qui n'est pas contestée »). De même, les dispositions ajoutées par décret à un texte de forme législative sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution présentent un caractère réglementaire ([CE, 1er juillet 2011, M. et Mme Lignon, n°348413, T. pp. 1113](#)).

➤ Notion de droits et libertés garantis par la Constitution

Les enseignements jurisprudentiels sur la notion de droits et libertés garantis par la Constitution, au sens de l'article 61-1 sont les suivants :

- « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » ([CC 2010-5 QPC, 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark](#)) ;

- « *la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* » ([CC 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, indemnité de retraite temporaire outre-mer](#)) ;

- le principe d'annualité budgétaire et le principe de sincérité budgétaire ne sont pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution, au sens de l'article 61-1 ([CE, 25 juin 2010, Région Lorraine, n° 339842, T. pp. 700, 939](#) ; [CE, 15 juillet 2010, Région Lorraine, n° 340492, T. pp. 700, 939](#)) ;

- « *un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* » ([CC 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, indemnité de retraite temporaire outre-mer](#)).

A noter que le Conseil d'Etat se prononce sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la question telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, quelle que soit l'interprétation que cette juridiction en a donnée dans sa décision de transmission ([CE, 24 septembre 2010, Decurey, n° 341685, p. 952](#)). Il est en effet saisi de l'ensemble des motifs d'inconstitutionnalité invoqués dans le mémoire produit devant cette juridiction à l'encontre des dispositions législatives en question, nonobstant la circonstance que la juridiction du fond ait motivé le renvoi par le sérieux d'un de ces motifs en particulier ([CE, 26 juillet 2011, Zaman, n°349624, T. p. 1123](#)).

➤ Applicabilité de la disposition contestée au litige

La première condition posée par l'article 23-2 (et reprise à l'article 23-4) selon laquelle « *la disposition contestée (doit être) applicable au litige* » fait l'objet d'une appréciation sui generis « *au sens et pour application de (ces) dispositions* » ([CE, 14 avril 2010, Union des familles en Europe, n° 323830, p. 107](#)). Il suffit ainsi qu'elle soit susceptible d'être interprétée comme régissant la situation à l'origine du litige. Mais l'inconstitutionnalité de dispositions législatives peut également être invoquée, de façon opérante, en tant précisément qu'elles ne s'appliquent pas à la situation du requérant ([CE, 14 avril 2010, Labane, n° 336753, p. 110](#)).

La notion d'applicabilité fait, de même, l'objet d'une interprétation souple afin de permettre la transmission d'un ensemble de dispositions connexes ou indissociables, quand bien même l'une de ces dispositions n'est pas directement applicable au litige *rationae materiae* ([CE, 28 mai 2010, Balta et Opra, n° 337840, p. 171](#) ; [CE, 18 juin 2010, Société l'office central d'accèsion au logement, n° 337898, inédite](#)) ou *rationae temporis* ([CE, 18 mai 2010, Commune de Dunkerque, n° 306643, p. 167](#) ; [CE, 15 novembre 2012, Consorts Collet et autres, n°342947, à mentionner aux tables](#)). A ce stade, toutefois, l'ensemble des dispositions transmises avait bien toujours été invoqué par l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité.

Il a également été jugé qu'une disposition législative notifiée aux parties par la juridiction comme susceptible d'être relevée d'office et de fonder la solution est applicable au litige ([CE, 19 mars 2012, Société Cryo-Save France, n°s 348764, 348765, à mentionner aux tables](#)).

A l'inverse, il a été jugé que n'est pas applicable au litige une disposition législative qui n'a pas servi de base à la situation en litige, dont le requérant n'a pas demandé, à quelque stade que ce soit, le bénéfice et dont il n'est pas fait état dans les moyens articulés par les parties ([CE, 15 juillet 2010, Blain, n°327512, T. pp. 942](#)).

En outre, celles des dispositions d'une loi de programmation qui se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat sont dépourvues de portée normative et ne sauraient dès lors être regardées comme applicables au litige ([CE, 18 juillet 2011, Fédération nationale des chasseurs, Fédération départementale des chasseurs de la Meuse, n°340512, p. 368](#)).

A noter que lorsqu'une juridiction ne transmet au Conseil d'Etat une question prioritaire de constitutionnalité qu'en tant qu'elle porte sur les dispositions législatives à l'égard desquelles les conditions fixées par cet article lui paraissent remplies, et non sur les autres dispositions législatives contestées par cette question, le Conseil d'Etat n'examine la QPC que dans les limites de cette transmission partielle et ne se prononce pas sur les dispositions législatives exclues de la transmission ([CE, 26 novembre 2010, Cachard, n°342958, T. p. 952](#)).

➤ Non déclaration de conformité préalable

La deuxième condition de l'article 23-2 impose que la disposition contestée n'ait « *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 seule circonstance que le Conseil constitutionnel ait indiqué dans sa décision, comme il était d'usage à une époque, « *qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen* » ne permet pas de considérer qu'il s'est prononcé, dans ses motifs et son dispositif, sur la conformité à la Constitution de ces autres dispositions.

Mais, dès lors qu'il a effectivement examiné un article dans les motifs de sa décision, et l'a déclaré conforme dans son dispositif, il est réputé en avoir nécessairement examiné toutes les dispositions, quand bien même certaines d'entre elles n'ont pas fait l'objet d'une motivation expresse (cf. [CC, 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, Art. 706-53-21 du code de procédure pénale](#) : décision prise sur renvoi par [CE, 19 mai 2010, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 323930](#)).

Ainsi que le commentaire déjà cité l'indique, le Conseil constitutionnel est supposé, en principe, sur le fondement de l'article 61, « *lorsqu'(il) écarte dans les motifs un grief invoqué contre une disposition législative ... la déclare(r) conforme à la Constitution dans son intégralité* ». La circonstance qu'il ne se soit pas explicitement prononcé sur le grief invoqué aux termes de la question prioritaire de constitutionnalité est donc indifférente ([CE, 19 mai 2010, Commune de Buc, n° 330310, p. 169](#)).

En revanche, la circonstance que le Conseil constitutionnel a eu à examiner des dispositions modificatrices ne permet pas nécessairement d'estimer qu'il s'est prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions initiales (cf. [CE, 31 mai 2010, Exbrayat, n° 338727, p. 175](#) et [CC, 2010-16 QPC, 23 juillet 2010, Organismes de gestion agréés](#)).

Dans l'hypothèse où les dispositions législatives visées par la question prioritaire de constitutionnalité ont été examinées par le Conseil constitutionnel saisi de la constitutionnalité d'une loi postérieure les modifiant et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel, la QPC doit être examinée. Lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé, dans les seuls motifs de sa décision portant sur la loi modificatrice, sur la constitutionnalité des dispositions de la loi initiale visées par la QPC, cette circonstance peut conduire à écarter le moyen de constitutionnalité, sauf si ce moyen n'est pas identique à celui dont était saisi le Conseil constitutionnel ([CE, 26 juillet 2011, Société Renault Trucks, n°347113, T. p. 1116](#)).

Enfin, dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a éclairé, en ces termes, la notion de « changement des circonstances » : « *qu'en réservant le cas du « changement des circonstances », (la loi organique) conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée* » (ct. n° 13).

Pour une application du changement de circonstances : cf. [CE, 2 février 2012, Mme Le Pen, n°355137, à mentionner aux tables](#) ; [CC, 21 février 2012-233 QPC, Journal officiel du 22 février 2012, p. 3023](#).

1.1.1.1 L'ARTICULATION ENTRE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE ET QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

L'articulation entre la procédure applicable à la question prioritaire de constitutionnalité et la procédure de renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne doit se comprendre ainsi :

Les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 « *ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès*

qu' il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne » ([CE, 14 mai 2010, Rujovic, n° 312305, p. 165](#)).

Cf. également [CC n° 2010-605 DC, 12.05.2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne](#), ct n° 14 et [CJUE, 22.06.2010, aff. C-188/10](#).

1.1.1.1 LA NOTIFICATION DE LA DECISION STATUANT SUR LA TRANSMISSION

Art. R*. 771-9. – *La décision qui statue sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité est notifiée aux parties, dans les formes prévues par les articles R. 751-2 à R. 751-4 et R. 751-8.*

La notification d'une décision de transmission mentionne que des observations peuvent être produites devant le Conseil d'Etat, dans le délai d'un mois. Elle indique les modalités selon lesquelles ces observations peuvent être présentées.

La notification d'une décision de refus de transmission mentionne que cette décision ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours formé contre la décision qui règle tout ou partie du litige. Elle mentionne aussi que cette contestation devra faire l'objet d'un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.

MESURES SKIPPER

* la notification des ordonnances ou des décisions avant dire droit statuant sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité doit être opérée par les courriers de notification spécifiques qui comportent les mentions requises par l'article R.* 771-9 : « notification d'une décision de transmission QPC » ou « notification d'une décision de refus de transmission QPC »

* attention : le courrier « notification d'une décision de transmission QPC » comporte des mentions distinctes selon que le litige soumis au tribunal ou à la cour est ou non dispensé du ministère d'avocat.

L'article R.* 771-9 précise les modalités de notification de la décision par laquelle il est statué sur la question prioritaire de constitutionnalité, en distinguant selon qu'il s'agit d'une décision de transmission ou de refus de transmission.

En cas de transmission, les parties sont informées de la suite de la procédure en ces termes :

« La décision ainsi que les mémoires échangés par les parties sont transmis au Conseil d'Etat par les soins du greffe.

Il sera sursis à statuer sur la requête jusqu'à ce que le Conseil d'Etat voire le Conseil constitutionnel, si la question prioritaire de constitutionnalité lui est transmise, se soient prononcés. Néanmoins, en l'absence de clôture, l'instruction de la requête se poursuivra devant la présente juridiction.

Si vous entendez produire de nouvelles observations devant le Conseil d'Etat, il vous appartient de le faire dans le délai d'un mois courant à compter de cette notification, en indiquant les références de la décision de transmission. »

Pour tenir compte des modalités de représentation des parties devant le Conseil définies par le deuxième alinéa de l'article R.* 771-20, la notification de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité dans un litige soumis, devant le tribunal ou la cour, à la représentation obligatoire par ministère d'avocat, comporte la mention suivante :

« Sauf si elles émanent d'un ministre ou du Premier ministre, ces observations ne peuvent être présentées que par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Dans le cas où vous bénéficiez de l'aide juridictionnelle, vous pouvez, si vous l'estimez utile, saisir le bureau d'aide juridictionnelle auprès duquel vous avez présenté votre demande d'aide juridictionnelle aux fins de désignation d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui pourra présenter, en votre nom, des observations. Il vous appartient de joindre à votre demande une copie de la décision d'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle. »

En cas de refus de transmission, les parties sont informées des conditions dans lesquelles un recours pourra être exercé, le moment venu, en ces termes :

« Si vous entendez contester cette décision, vous ne pourrez le faire qu'à l'occasion du recours susceptible d'être formé à l'encontre la décision qui règlera tout ou partie du litige. A cet effet, il vous appartiendra de produire, à l'appui de votre recours, avant l'expiration du délai, un mémoire distinct et motivé propre à la contestation du refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, accompagné de la présente décision de refus de transmission. A défaut, votre contestation du refus de transmission ne sera pas recevable.

Il vous appartiendra également de produire un tel mémoire, accompagné de la présente décision, si vous entendez contester le refus de transmission par la voie d'un recours incident. »

La notification de la décision statuant sur la transmission n'a à être faite, par le greffe du tribunal ou de la cour, qu'aux parties au litige, l'éventuelle mise en cause du ministre intéressé, si celui-ci n'a pas à être destinataire de la notification en application de l'article R. 751-8 du code de justice administrative, ainsi que du Premier ministre relèvent du Conseil d'Etat.

1.1.1.1 LA TRANSMISSION DU DOSSIER AU CONSEIL D'ETAT

MESURES SKIPPER

* la transmission du dossier au Conseil d'Etat doit être effectuée grâce au « courrier de transmission de la QPC au CE »

Lorsque le juge a décidé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat, il appartient au greffe de la juridiction d'assurer la communication effective du dossier au secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'Etat, étant rappelé que la loi organique lui fait obligation de le faire « *dans les huit jours* » du prononcé de la décision de transmission.

Dès lors que le Conseil d'Etat est également compétent pour apprécier si « *la disposition contestée est applicable au litige* », le dossier qui doit lui être transmis ne peut se limiter aux mémoires propres à la question prioritaire de constitutionnalité. Il doit également comprendre « *les mémoires ou les conclusions des parties* » déposés à titre principal. Si l'on peut concevoir que l'ensemble des pièces produites par les parties ne soient pas jointes, la décision attaquée et, le cas échéant, toutes les pièces qui permettraient d'éclairer la question de l'applicabilité au litige de la disposition contestée doivent, pour leur part, impérativement l'être.

Il est également souhaitable de joindre copie des notifications de la décision de transmission de façon à permettre au secrétariat de la section du contentieux de vérifier que les parties ont été dûment informées des conditions dans lesquelles elles peuvent produire des observations devant le Conseil d'Etat.

La transmission peut se faire par la voie postale, étant entendu que l'article R. 411-3 du code de justice administrative n'a pas été modifié pour augmenter le nombre des copies requises des parties, lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée. Cela n'interdit évidemment pas au greffe d'une juridiction, s'il l'estimait nécessaire au cas par cas, d'inviter une partie à produire un exemplaire supplémentaire de ses écritures. En tout état de cause, les actuelles dispositions de l'article R. 411-3 permettent aux juridictions de disposer de deux exemplaires d'un dossier contentieux ; l'un de ces exemplaires peut donc être communiqué au Conseil d'Etat.

Les effets de la décision statuant sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité

Art. 23-3. – *Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.*

MESURES SKIPPER

* la décision du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel statuant définitivement sur la question prioritaire de constitutionnalité transmise doit faire l'objet d'une mesure d'enregistrement

1.1.1.1 LA TRANSMISSION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

Il appartient, bien entendu, au juge qui a transmis la question de respecter le sursis à statuer qui s'impose à lui jusqu'à ce que le Conseil d'Etat ait lui-même statué ou, si la question est renvoyée au Conseil constitutionnel, jusqu'à la décision de celui-ci.

Il convient simplement de noter qu'il appartient au juge du fond de statuer, *in fine*, sur les frais exposés par les parties et non compris dans les dépens, en prenant en compte la phase de la procédure devant le Conseil d'Etat et, le cas échéant, devant le Conseil constitutionnel, s'ils ne l'ont pas déjà été devant eux.

L'attention des juridictions est attirée sur le fait que si le Conseil constitutionnel est finalement saisi par le Conseil d'Etat, il transmettra sa décision à la juridiction de fond, uniquement par voie dématérialisée, par courrier électronique à l'adresse électronique du greffe de la juridiction concernée.

1.1.1.1 LE REFUS DE TRANSMISSION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

Art. R*. 771-10. – *Le refus de transmission dessaisit la formation de jugement du moyen d'inconstitutionnalité. La décision qui règle le litige vise le refus de transmission.*

La formation de jugement peut, toutefois, déclarer non avvenu le refus de transmission et procéder à la transmission, lorsque ce refus a été exclusivement motivé par la constatation que la condition prévue par le 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel n'était pas remplie, si elle entend fonder sa décision sur la disposition législative qui avait fait l'objet de la question qui n'a pas été transmise.

L'article R.* 771-10 précise explicitement les conséquences qui s'attachent à une décision de refus de transmission. Il résulte de la logique du dispositif voulu par le législateur organique que la décision de refus de transmission - qu'elle émane de la formation de jugement par décision avant dire droit ou qu'elle soit prise par ordonnance du juge compétent à cet effet – doit ensuite s'imposer au juge du litige, qui sera ainsi dessaisi du moyen d'inconstitutionnalité. Il en va, de même, *a fortiori*, si la décision de refus de renvoi émane du Conseil d'Etat.

Concrètement, le jugement ou l'arrêt réglant le litige vise la décision de refus de transmission ou de renvoi (cf. [CE, 19 juillet 2010, Virassamy, n° 336270, T. pp. 785, 866, 939](#)), qu'elle émane de la juridiction saisie ou du Conseil d'Etat, et n'a pas à reprendre, dans ses propres motifs, le moyen d'inconstitutionnalité. Pour une question sérielle ou identique à une question déjà transmise, la décision ainsi visée est celle prise dans l'instance ayant fait l'objet de la transmission au Conseil d'Etat.

L'article R.* 771-10 prévoit, néanmoins, expressément une exception à ce principe lorsque le refus de transmission a été exclusivement motivé par la circonstance que la disposition litigieuse n'a pas été regardée, au stade de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, comme

« applicable au litige », au sens du 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Dans ce cas, il est, en effet, légitime que la formation de jugement qui aura à connaître du fond de l'affaire puisse déclarer ce refus de transmission non avenu si, en définitive, elle estime devoir fonder sa décision sur la disposition qui avait fait l'objet de la question que la juridiction a précédemment refusé de transmettre. Cette hypothèse pourra se rencontrer non seulement en cas d'évolution de son analyse, mais aussi en cas de modification du cadre juridique de l'affaire procédant, par exemple, de la prise en compte d'une substitution de base légale invoquée par l'administration.

Dans les autres cas, le refus de transmission opposé, qu'il l'ait été par jugement ou arrêt avant dire droit ou par ordonnance, clôt le débat sur la question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction saisie.

Le cas particulier des procédures d'urgence

Art. 23-3. – ... Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Les dispositions de la loi organique autorisent la juridiction saisie à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sans surseoir à statuer dans tous les cas où « la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence ». Concrètement, pour le juge administratif, il pourra donc s'agir des procédures de référé, du contentieux des obligations de quitter le territoire avec placement en rétention administrative ou assignation à résidence et des arrêtés de reconduite à la frontière ou, dans un moindre degré d'urgence, de celui des obligations de quitter le territoire français sans placement en rétention administrative ou assignation à résidence ou encore du contentieux électoral, cette énumération non limitative ne visant que les domaines les plus significatifs.

Ainsi que l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, « dans le cas où la juridiction statuera au fond sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, la juridiction saisie d'un appel ou d'un pourvoi en cassation devra, en principe, surseoir à statuer ; qu'ainsi, dans la mesure où elles préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée, ces dispositions, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, ne méconnaissent pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution » (ct. n° 17).

La mise en œuvre de ces dispositions permet ainsi au juge statuant dans l'urgence de faire droit à la requête par un autre moyen que celui tiré de l'inconstitutionnalité invoquée, nonobstant le caractère prioritaire de celui-ci. Mais elle doit également lui permettre, si l'ensemble des autres moyens n'est pas fondé, de rejeter la requête alors même qu'il estimerait justifié de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité. Dans ce dernier cas, il appartiendra à la partie intéressée de se pourvoir en appel ou en cassation pour bénéficier de l'inconstitutionnalité qu'elle a invoquée, si celle-ci est finalement admise.

En matière de référé, et eu égard au caractère conservatoire de la décision prise par le juge, l'application de ces dispositions ne devrait pas soulever de difficultés insurmontables. Il est clair que les délais impartis, par la loi, au juge du référé-liberté et, par les nécessités de l'urgence, au juge du référé-suspension, ne leur permettent pas de surseoir à statuer.

Dans le cas où la question prioritaire de constitutionnalité apparaît comme le seul moyen « *propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux* » au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, ou - plus improbable - comme le seul élément susceptible d'être constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2, il appartient au juge des référés, à supposer remplies les autres conditions posées par la loi, d'apprécier s'il peut ainsi faire droit à une demande conservatoire, en l'attente de la décision qui sera prise par le Conseil d'Etat puis, le cas échéant, par le Conseil constitutionnel. Dans un tel cas, la suspension d'une décision administrative peut, dans un premier temps, être prononcée non jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête en annulation de la décision mais jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question prioritaire de constitutionnalité.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a précisé ainsi l'office du juge du référé-liberté : « *Il résulte de la combinaison de ces dispositions organiques avec celles du livre V du code de justice administrative qu'une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce dernier code ; que le juge des référés peut en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence ; que, lorsqu'il est saisi d'une telle question, il peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère ; qu'enfin il appartient au juge des référés de première instance d'apprécier si les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat sont remplies et au juge des référés du Conseil d'Etat, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, de se prononcer sur un renvoi de la question au Conseil constitutionnel* » ([JRCE, 16 juin 2010, Diakité, n° 340250, p. 205](#)).

Il a été jugé, en matière de référé suspension, que si le juge des référés rejette des conclusions à fins de suspension pour irrecevabilité ou défaut d'urgence, il n'y a pas lieu d'examiner la QPC ([CE, 21 octobre 2010, Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux, n°343527, p. 392](#) ; [CE, 19 novembre 2010, Benzoni, n°344014, T. pp. 899, 911, 938](#) ; [CE, 8 juin 2012, France nature environnement et agir pour les paysages, n°359570, à mentionner aux tables](#)).

En matière d'éloignement des étrangers, l'application de ces principes est plus délicate, le juge de l'éloignement n'étant pas supposé prendre des mesures conservatoires mais rendre une décision sur le fond. S'il estime devoir transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, il

ne peut donc, *a priori*, sur ce seul fondement, faire droit à la requête. Or, l'idée selon laquelle « l'effet utile » de la question prioritaire de constitutionnalité sera, en tout état de cause, préservé par l'exercice d'une voie de recours est, en l'espèce, assez théorique, au regard de la situation de l'étranger effectivement éloigné du territoire français.

Le groupe de travail a estimé qu'il ne lui appartenait pas, en tout état de cause, de faire une proposition pour régler une telle difficulté. Toutefois, compte tenu du fait que la plupart des dispositions législatives sur l'éloignement des étrangers ont fait l'objet d'une saisine, *ab initio*, du Conseil constitutionnel, il lui est apparu assez peu probable que cette législation puisse faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité remplissant effectivement les trois conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, et notamment la deuxième.

La contestation en appel du refus de transmission

Art. 23-2. - *Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.*

Art. R*. 771-12. – *Lorsque, en application du dernier alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, l'une des parties entend contester, à l'appui d'un appel formé contre la décision qui règle tout ou partie du litige, le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité opposé par le premier juge, il lui appartient, à peine d'irrecevabilité, de présenter cette contestation avant l'expiration du délai d'appel dans un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.*

La contestation du refus de transmission par la voie du recours incident doit, de même, faire l'objet d'un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.

MESURES SKIPPER

* l'enregistrement d'un mémoire contestant en appel le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité donne lieu à la mesure : «réception d'un mémoire QPC appel »

* un signalement propre de ces dossiers doit être opéré de manière à les identifier, y compris à des fins statistiques, sous le mot-clé : « QPC appel »

* un nouveau motif de régularisation est prévu pour « production de la décision de refus de transmission »

L'obligation d'un « mémoire distinct et motivé », non assortie des exigences d'une procédure « sans délai »

S'agissant de la procédure d'appel, la loi organique s'est bornée à prévoir que la décision de refus de transmission ne pourrait être contestée qu'à l'occasion du recours dirigé contre la décision de fond.

La loi organique est restée muette sur les modalités de cette procédure d'appel, à l'occasion de laquelle sera discuté, le cas échéant, le bien-fondé du refus de transmettre la question de constitutionnalité. Ainsi celle-ci perd, en appel, une partie au moins de la spécificité qui était la sienne en première instance : le premier juge s'est prononcé en deux temps ; mais la juridiction d'appel examine l'ensemble du litige au regard de ce qui a été décidé en première instance sur chacun des points qui étaient soumis au tribunal ; et elle le fait à partir d'une requête d'appel à laquelle devront être joints, tant le jugement qui a réglé le litige que la décision – jugement ou éventuellement ordonnance – qui avait auparavant refusé de transmettre la question de constitutionnalité.

Le décret ne prévoit pas de procédure spécifique pour le traitement en appel de la contestation du refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce sont donc les dispositions de droit commun de la procédure d'appel - celles du titre Ier du livre VIII – qui s'appliquent, et non la procédure exorbitante du droit commun propre à l'invocation pour la première fois d'une question prioritaire de constitutionnalité. Quelle que soit la manière dont les conclusions sont présentées par les parties, les dispositions de l'article R.* 771-11 (cf. 1.1) ne peuvent, en effet, trouver application que si la question prioritaire de constitutionnalité est effectivement invoquée, pour la première fois, dans le litige.

Dans ces conditions, si la question constitutionnelle demeure prioritaire en appel, il s'agit exclusivement d'une priorité relative, au regard des autres moyens invoqués, et non d'une priorité procédurale débouchant sur une exigence particulière de traitement urgent. En conséquence, le juge d'appel doit instruire et appeler à l'audience un dossier comportant la contestation d'un refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité comme un dossier ordinaire, sous la seule réserve des priorités d'enrôlement qu'il pourrait, en opportunité, estimer justifiées. Mais, s'il estime devoir censurer le refus de transmission, il lui appartient de le faire par un arrêt avant dire droit statuant sur ce seul point, par priorité sur l'examen des autres moyens.

Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé, dans sa décision du 3 décembre 2009, que : *« n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis »* (ct n° 27). En conséquence, l'article R.* 711-12 impose, même en appel, à peine d'irrecevabilité, l'obligation de produire un « *mémoire distinct et motivé* », accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.

Les courriers de communication qui sont adressés aux autres parties précisent également la nécessité que les communications relatives à la question prioritaire de constitutionnalité fassent l'objet d'écrits distincts, spécifiquement identifiés. Toutefois, pour les observations en défense, la « sanction » d'une éventuelle méconnaissance de cette préconisation ne peut être que la non-transmission, le cas échéant, des mémoires concernés au Conseil constitutionnel.

La contestation du refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité par le défendeur en cause d'appel

Le second alinéa de l'article R.* 771-12 envisage explicitement le cas dans lequel le refus de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité serait contesté, non par l'appelant, mais par l'intimé. Il peut notamment s'agir du requérant de première instance, auquel le premier juge a donné satisfaction sur un autre terrain, après avoir refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité dont il l'avait saisi.

Afin de s'inscrire dans le sillage des préoccupations exprimées à ce sujet par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, cette hypothèse est traitée comme une forme de recours incident soumis à l'exigence particulière de mémoire distinct. Ainsi la cour administrative d'appel n'aura-t-elle pas à se saisir spontanément d'une question prioritaire de constitutionnalité qui n'aurait pas fait l'objet devant elle d'un mémoire ad hoc.

Le statut, en appel, d'une décision de refus de renvoi émanant du Conseil d'Etat

Sous réserve, bien entendu, de l'exercice éventuel des voies de rétractation prévues au titre III du livre VIII du code de justice administrative, l'autorité de chose jugée par le Conseil d'Etat sur ce point devrait clore toute discussion ultérieure dans le cadre du même litige.

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Art. 23-4. – *Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.*

Art. 23-5. - *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.*

En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

(...)

Art. 23-7. - *La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.*

La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

L'examen des questions renvoyées par les juridictions administratives

Art. R.* 771-20.- *Lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise au Conseil d'Etat par un tribunal administratif ou par une cour administrative d'appel, les parties, le ministre compétent et le Premier ministre peuvent produire des observations dans le délai d'un mois courant à compter de la notification qui leur a été faite de la décision de transmission ou, le cas échéant, dans le délai qui leur est imparti par le président de la section du contentieux ou par le président de la sous-section chargée de l'instruction.*

Si la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique à la production des observations devant le Conseil d'Etat ; dans le cas contraire, et sauf lorsqu'elles émanent d'un ministre ou du Premier ministre, les observations doivent être présentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Art. R.* 771-21.- *La décision qui se prononce sur le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité est notifiée aux parties, au ministre compétent et au Premier ministre dans les formes prévues aux articles R. 751-2 à R. 751-4.*

Le délai de trois mois imparti au Conseil d'Etat pour se prononcer doit conduire à mettre en place une procédure accélérée, analogue à celle qui est d'ores et déjà prévue pour l'examen des demandes d'avis sur des questions de droit qui lui sont soumises en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. De manière générale, la transposition des dispositions applicables à l'examen de ces demandes d'avis s'est imposée, sous réserve des adaptations nécessaires.

L'instruction de la question renvoyée

En ce qui concerne les observations des parties à l'instance principale, la notification de la décision de transmission les aura averties qu'elles disposent d'un délai d'un mois pour les présenter au Conseil d'Etat. Il ne paraît donc pas utile de prévoir à leur égard des mesures d'instruction particulières.

En revanche, il faut veiller à mettre en cause le ministre intéressé, s'il n'était pas destinataire de la décision de transmission en tant que partie à l'instance devant le tribunal ou la cour. En outre, s'agissant de questions de constitutionnalité dont le suivi est assuré par le secrétariat général du Gouvernement, il convient de prévoir la communication de cette décision au Premier ministre, pour qu'il soit mis à même, si cela lui paraît opportun, de présenter ses observations devant le Conseil d'Etat, sans attendre que ce dernier saisisse, le cas échéant, le Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'Etat se prononce sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la question telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise, quelle que soit l'interprétation que cette juridiction en a donnée dans sa décision de transmission ([CE, 24 septembre 2010, Decurey, n° 341685, T. p. 952](#)). Il est en effet saisi de l'ensemble des motifs d'inconstitutionnalité invoqués dans le mémoire produit devant cette juridiction à l'encontre des dispositions législatives en question, nonobstant la circonstance que la juridiction du fond ait

motivé le renvoi par le sérieux d'un de ces motifs en particulier ([CE, 26 juillet 2011, Zaman, n°349624, T. p. 1123](#)).

Mais l'instruction ne peut permettre à l'auteur de la question de soulever, à l'encontre des dispositions législatives litigieuses, de nouveaux moyens qu'il n'avait pas invoqué devant la juridiction de fond ([CE, 16 juillet 2010, Société de brasseries et casinos « les Flots bleus », n° 339292, T. pp. 743, 939, 945](#)).

En revanche, lorsqu'une juridiction ne transmet au Conseil d'Etat une question prioritaire de constitutionnalité qu'en tant qu'elle porte sur les dispositions législatives à l'égard desquelles les conditions fixées par cet article lui paraissent remplies, et non sur les autres dispositions législatives contestées par cette question, le Conseil d'Etat n'examine la QPC que dans les limites de cette transmission partielle et ne se prononce pas sur les dispositions législatives exclues de la transmission ([CE, 26 novembre 2010, Cachard, n°342958, T. p. 952](#)).

La représentation des parties

Le second alinéa de l'article R.* 771-20 s'inspire directement des dispositions applicables à l'examen des demandes d'avis (cf. l'article R. 113-2) pour la représentation des parties qui souhaitent présenter leurs observations devant le Conseil d'Etat : lorsque la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction, la même dispense s'applique devant le Conseil d'Etat ; dans le cas contraire, les parties doivent être représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

La décision du Conseil d'Etat

1.1.1.1 CONDITIONS DE FOND DU RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La loi organique a défini de manière spécifique les conditions auxquelles est subordonné le renvoi, par le Conseil d'Etat, d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel : il résulte de l'article 23-5 que, outre la vérification des critères résultant des 1° et 2° de l'article 23-2³, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer que la question « *est nouvelle ou présente un caractère sérieux* », ce qui le charge d'un « filtrage » plus étroit que celui qui incombe aux juges du fond.

Il résulte de la décision du 3 décembre 2009 que, s'agissant du caractère nouveau de la question, « *le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel* » (ct. n° 21). Autrement dit, et ainsi que le souligne le « commentaire aux Cahiers », toute question de constitutionnalité portant sur une norme que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à interpréter devrait être qualifiée de nouvelle.

³ La disposition contestée doit, en vertu du 1°, être applicable au litige et, selon le 2°, ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution.

En outre, le Conseil d'Etat a jugé que la décision par laquelle il a estimé qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC est revêtue d'une autorité relative de la chose jugée. Cette autorité peut être opposée par une partie lorsque la condition de triple identité de parties, d'objet et de cause est remplie. Il y a identité d'objet et de cause entre deux QPC lorsqu'elles mettent en cause la conformité de la même disposition législative à la même disposition constitutionnelle, quand bien même l'argumentation présentée serait différente ([CE, 3 février 2012, Bessis et Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants, n°354068, à publier au recueil](#)).

1.1.1.1 MODALITES DE LA DECISION SUR LE RENVOI

Eu égard à la mission particulière de « filtrage » ainsi dévolue au Conseil d'Etat par la Constitution et la loi organique, il n'a pas paru nécessaire d'instituer un dispositif allégé permettant de statuer sur la transmission par ordonnance, à l'instar de ce qui est prévu par ailleurs pour les tribunaux et les cours. Ainsi, et dès lors que la loi organique n'a pas prévu pour le Conseil d'Etat de dispositions particulières, contrairement au choix qui a été fait pour la Cour de cassation, la décision sur la transmission au Conseil constitutionnel est prise par l'une de ses formations de jugement, déterminée dans les conditions de droit commun.

Il est néanmoins possible de statuer sur une QPC par ordonnance dans les cas où le code de justice administrative le permet. Par exemple, lorsqu'un requérant se désiste de la QPC présentée au soutien de son pourvoi, l'article R. 771-19 du CJA, qui réserve l'application des articles R. 122-12 et R. 822-5 du code, permet aux présidents de sous-sections de donner acte de ce désistement par ordonnance. Cette formule sera privilégiée dans les cas où l'affaire sur laquelle se greffe la QPC n'est pas sur le point d'être jugée dans des conditions permettant de respecter le délai de trois mois imparti pour statuer sur la demande de renvoi de la QPC (dans cette dernière hypothèse en effet, il suffira, dans les motifs et le dispositif de la décision au fond, de traiter la QPC par préterition, le désistement s'interprétant comme un abandon de moyen). De la même manière, lorsqu'une QPC a été mis en attente en application de l'article R. 771-18, il est possible de constater par ordonnance qu'elle est devenue sans objet lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la QPC « pilote » et a déclaré la disposition législative conforme à la Constitution.

La notification de la décision se fait dans les conditions habituelles. Elle est en outre adressée à la juridiction qui avait décidé le renvoi de la question au Conseil d'Etat. Cette précision figurant à l'article 23-7 de l'ordonnance organique, il n'a pas semblé utile de la rappeler dans la disposition réglementaire relative à la notification de la décision du Conseil d'Etat sur le renvoi.

La présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat

Art. R.* 771-13.- *Le mémoire distinct prévu par l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient, portent la mention « question prioritaire de constitutionnalité ».*

Art. R.* 771-14.- *L'irrecevabilité tirée du défaut de présentation, dans un mémoire distinct et motivé, du moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être opposée sans qu'il soit fait application des articles R. 611-7 et R. 612-1.*

Art. R.* 771-15.- *Le mémoire distinct par lequel une partie soulève, devant le Conseil d'Etat, un moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est notifié aux autres parties, au ministre compétent et au Premier ministre. Il leur est impartit un bref délai pour présenter leurs observations.*

Il n'est pas procédé à la communication du mémoire distinct lorsqu'il apparaît de façon certaine, au vu de ce mémoire, que les conditions prévues à l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ne sont pas remplies.
(...)

Art. R.* 771-18.- *Le Conseil d'Etat n'est pas tenu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi. En cas d'absence de transmission pour cette raison, il diffère sa décision sur le fond jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel.*

Art. R.* 771-19.- *L'application des dispositions de la présente section ne fait pas obstacle à l'usage des pouvoirs que les présidents de sous-section tiennent des dispositions des articles R. 122-12 et R. 822-5.*

La question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le Conseil d'Etat, non seulement dans un litige de premier ressort, mais aussi pour la première fois à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours contre une décision juridictionnelle. La loi organique comporte à cet effet des dispositions inspirées de celles qui sont prévues pour les tribunaux et les cours⁴. De la même façon, les dispositions réglementaires reprennent, sous réserve d'adaptations, celles qui ont été prévues pour la présentation d'une telle question devant les juges du fond : mentions du mémoire distinct, modalités particulières d'instruction, absence d'obligation de régulariser en cas de non-respect de l'exigence de mémoire distinct, application du droit commun pour le règlement de certaines affaires par ordonnance de président de sous-section.

La contestation, devant le Conseil d'Etat, du refus de transmission par les juges du fond

Art. R.*. 771-16. – *Lorsque l'une des parties entend contester devant le Conseil d'Etat, à l'appui d'un appel ou d'un pourvoi en cassation formé contre la décision qui règle tout ou partie du litige, le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité précédemment opposé, il lui appartient, à peine d'irrecevabilité, de présenter cette contestation avant l'expiration du délai de recours dans un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.*

La contestation du refus de transmission par la voie du recours incident doit, de même, faire l'objet d'un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission.

⁴ La différence essentielle porte, comme on l'a souligné plus haut, sur la troisième des conditions posées pour soumettre la question au Conseil constitutionnel.

Art. R.* 771-17.- *Lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est posée à l'appui d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat se prononce sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi.*

Pour l'essentiel, cette contestation se fait selon les mêmes modalités que pour l'appel (v. 1.2). Tel est le cas, en particulier, pour les affaires dans lesquelles le Conseil d'Etat intervient comme juge d'appel (élections, recours sur renvoi de l'autorité judiciaire).

En cassation, la contestation du refus de transmission au Conseil d'Etat de la QPC est examinée, comme le reste du pourvoi, selon la procédure d'admission des pourvois en cassation (PAPC). Le juge de cassation exerce, sur le refus de transmission de la QPC, un contrôle de la qualification juridique ([CE, 30 décembre 2011, Mme Chemarin veuve Destours, n°350412, T. p. 1124](#)).

Cette voie de contestation est la seule ouverte devant le Conseil d'Etat contre un refus de transmission. Passé le délai de recours, il en résulte que les parties ne peuvent, à peine d'irrecevabilité, présenter, à nouveau, la même question prioritaire de constitutionnalité. Néanmoins, dans la mesure où une QPC peut être soulevée pour la première fois en cassation (article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067), les parties peuvent présenter pour la première fois, sans condition de délai, une nouvelle QPC, c'est-à-dire une question qui ne porte pas sur les mêmes dispositions ou qui comporte des moyens nouveaux. Une nouvelle QPC portant sur les mêmes dispositions et reposant sur l'invocation des mêmes normes constitutionnelles que la question soumise aux premiers juges, mais soulevant des moyens différents peut donc être soulevée à tout moment ([1er février 2011, SARL Prototype Technique Industrie \(PROTOTECH\), n°342536, p. 24](#) ; [1er février 2012, Région Centre, n° 351795, à mentionner aux tables](#) ; [9 juillet 2012, Société par actions simplifiée Sepur, n°356749, à mentionner aux tables](#)). Cette nouvelle QPC est traitée dans les conditions décrites ci-dessus ([2.2](#)).

S'agissant d'une question prioritaire de constitutionnalité posée à l'appui d'un pourvoi en cassation, l'article R.* 771-17 permet de déconnecter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité de la procédure d'admission des pourvois en cassation. En effet, il importe que l'examen du renvoi d'une question au Conseil constitutionnel ne soit pas susceptible d'être retardé par la mise en œuvre préalable de la procédure d'admission des pourvois en cassation ; il n'est pas non plus souhaitable que l'examen de la question de constitutionnalité conduise à l'admission automatique du pourvoi. Les deux procédures – examen de la question de constitutionnalité et procédure d'admission – répondent à des finalités différentes et ne s'inscrivent pas nécessairement dans le même calendrier. Il est ainsi apparu utile de laisser aux présidents de sous-sections et aux formations de jugement du Conseil d'Etat toute latitude pour articuler les deux procédures au mieux des configurations des affaires.

Lorsqu'une telle question est posée à l'appui d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat peut donc se prononcer sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi⁵.

Il a été jugé que, lorsque à l'occasion d'un pourvoi n'ayant pas encore fait l'objet d'une admission par la procédure d'admission des pourvois en cassation, une question prioritaire de

⁵ Il en va de même lorsqu'une question de constitutionnalité sera soulevée pour la première fois à l'occasion d'un pourvoi en cassation.

constitutionnalité est formée par l'auteur du pourvoi, il n'est pas nécessaire d'admettre le pourvoi pour examiner cette QPC. Et si les conditions pour transmettre la QPC au Conseil constitutionnel ne sont pas réunies, il y a lieu de regarder le moyen tiré de la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution comme non sérieux au titre de la PAPC ([CE, 2 mars 2011, Société Soutiran et Compagnie, n° 342099, T. p. 1109, 1112](#)).