

La pratique du droit confrontée à la mauvaise qualité de la loi

Jean-Christophe MÉNARD

Avocat au Barreau de Paris, docteur en droit public
Maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris

À l'inverse des parlementaires ou des juges, l'avocat n'est censé exercer aucune fonction qui lui permette d'agir directement sur la qualité de loi. Il ne l'écrit pas. Il la vote encore moins, et l'interprétation qu'il en fait est laissée à la libre appréciation des magistrats. Dès lors, l'idée communément admise voudrait que, confronté à la « mauvaise qualité »¹ de la loi, l'avocat ne puisse rien faire d'autre sinon la subir ou la déplorer. Il me semble qu'il s'agit là d'une idée reçue. En vérité, la loi dite de « mauvaise qualité » constitue avant tout un effet d'aubaine pour l'avocat. En outre, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'avocat dispose dorénavant d'une véritable emprise sur la qualité de la loi.

Tout d'abord, que l'on retienne une approche aussi bien économique que juridique, la loi de mauvaise qualité représente un « effet d'aubaine » pour l'avocat. Une loi qui soulève des difficultés d'interprétation, ou dont l'imprécision crée un vide juridique, génère nécessairement de l'insécurité juridique et elle conduit donc les justiciables à se tourner vers l'avocat afin qu'il les éclaire et qu'il garantisse la protection de leurs droits. La loi de mauvaise qualité crée ainsi une demande à l'égard des cabinets, ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés du point de vue de l'égalité des citoyens devant la loi ou bien encore de leur accès au droit. Dans son rapport public de 1991, le Conseil d'État ne disait d'ailleurs rien d'autre lorsqu'il soulignait les risques à « *laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes* »². « Si l'on n'y prend garde, ajoutait-il, il y aura demain deux catégories de citoyens : ceux

¹ Que cette expression revête le sens d'une loi « mal écrite », inutile ou imprécise.

² Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Rapport public 1991, n° 43, Paris, La Documentation française, 1992, p. 21.

qui auront les moyens de s'offrir les services des experts pour détourner ces subtilités à leur profit, et les autres»³.

Dix ans plus tard, l'actualité démontre que cette mise en garde du Conseil d'État était bel et bien fondée : la loi, de moins en moins accessible, rend l'avocat indispensable dans sa fonction de conseil. Pour tout dire, la « mauvaise » qualité de la loi est une opportunité pour l'avocat en ce sens qu'elle le rend incontournable. Sans aller jusqu'à soutenir que l'avocat a tout intérêt à ce que la loi soit d'une piètre qualité, il reste qu'une loi illisible ou absconse le rend indispensable – elle le transforme en détenteur de la connaissance d'un langage que lui seul est capable de décrypter – et elle génère un potentiel de contentieux et de consultations juridiques économiquement intéressant pour un cabinet.

Ensuite, si l'on se place sur le terrain du contentieux, la stratégie retenue par l'avocat peut le conduire à exploiter les lacunes d'une loi « mal écrite ». Cette faculté lui est offerte depuis l'instauration de la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴. Cette procédure permet dorénavant à tout justiciable de soulever, au cours d'un procès et par l'intermédiaire de son avocat, l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée et d'en saisir le Conseil constitutionnel par le biais soit de la Cour de cassation soit du Conseil d'État⁵. Une fois la « QPC » soulevée, le juge sursoit alors à statuer sur l'instance en cours afin d'examiner, en priorité, la question de constitutionnalité qui lui est posée. La QPC permet ainsi d'expurger de l'ordre juridique une loi qui, soit n'a pas été contrôlée par le Conseil constitutionnel avant sa promulgation, soit doit faire l'objet d'un nouveau contrôle de constitutionnalité en raison de « *changements de circonstances* »⁶.

Or, l'instauration de la QPC a eu deux conséquences que le pouvoir constituant n'avait peut-être pas imaginées.

³ *Id.*, p. 22.

⁴ JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

⁵ Article 61-1 alinéa 1^{er} : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

⁶ Ainsi de la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres, JORF 31 juillet 2010, p. 14198.

D'une part, l'avocat peut dorénavant exploiter les faiblesses d'une loi mal rédigée pour soulever une QPC à des fins dilatoires. En effet, l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée⁷ portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que le Conseil d'État ou la Cour de cassation disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer sur le renvoi d'une QPC devant le Conseil constitutionnel⁸. Si la QPC est transmise au Conseil constitutionnel, celui-ci dispose alors d'un nouveau délai de trois mois pour se prononcer sur la question qui lui est posée⁹. Dès lors, ces délais de procédure peuvent être utilisés par une partie à un procès comme une manœuvre dilatoire. Il est ainsi de plus en plus fréquent de voir des avocats tirer prétexte de l'inconstitutionnalité d'un texte pour déposer une ou plusieurs QPC et obtenir, de ce fait, la suspension du procès pendant quelques semaines, voire plusieurs mois¹⁰. Toujours est-il que, comme le souligne fort justement mon confrère François Saint-Pierre, la question prioritaire de constitutionnalité est devenue un instrument de procédure à part entière pour l'avocat¹¹.

D'autre part, la QPC fournit à l'avocat un nouveau moyen d'agir sur les lois dont la « qualité » ne correspond pas aux standards du Conseil constitutionnel. C'est à lui qu'il incombe de déclencher la procédure de la

⁷ JORF n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

⁸ Article 23-4 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁹ Article 23-10 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée.

¹⁰ Cette situation se rencontre notamment lors de procès particulièrement sensibles et médiatisés (ainsi du procès dit des « emplois fictifs à la Mairie de Paris », du « médiateur » ou bien encore des « prothèses P.I.P. »).

¹¹ François SAINT-PIERRE, *Les avocats s'emparent de la QPC*, AJPénal, 2011, p. 289 : « Une fois que l'on a compris quel formidable outil d'argumentation ces QPC peuvent constituer, il semble impossible d'aborder un procès sans chercher à s'en servir. Les QPC sont à la procédure pénale ce que le burin est à la sculpture. Un article du code de procédure pénale entrave votre action de défenseur ? Critiquez-le, conceptualisez le principe de défense que vous revendiquez, et rédigez votre question de constitutionnalité. Vous avez tout à gagner et rien à perdre. Il suffit de faire preuve d'imagination juridique et de nouvelles perspectives de défense pénale s'ouvriront à vous ». L'on ajoutera que l'utilisation de la QPC à des fins dilatoires a d'autant plus vocation à se développer depuis que le Conseil constitutionnel a admis que, au cours d'une question prioritaire de constitutionnalité, puisse être soulevée une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne (voir ainsi la décision n° 2013-314P QPC du 04 avril 2013, M. Jeremy F., JORF du 7 avril 2013, p. 5799).

QPC et, par conséquent, de porter à la connaissance des Sages les lois contraires aux droits et aux libertés constitutionnellement garantis. L'avocat joue dès lors un rôle essentiel dans la suppression de l'ordre juridique des lois de « mauvaise qualité » du point de vue de leur constitutionnalité.

Quelques exemples l'illustrent parfaitement.

La première illustration provient de la décision QPC du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue¹². C'est en recourant au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité que des avocats ont permis au Conseil constitutionnel de censurer plusieurs dispositions législatives qui s'avéraient contraires à des libertés protégées par la Constitution¹³. L'intérêt de la décision du 30 juillet 2010 réside dans ce que le Conseil constitutionnel a considéré qu'un changement de circonstances – à savoir le recours croissant à la garde à vue – exigeait un réexamen de la constitutionnalité des dispositions relatives au régime de la garde à vue alors même que ces dispositions avaient déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁴. Autrement dit, c'est la démonstration de l'inadaptation de la loi à un changement de circonstances qui est à l'origine du nouveau contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel.

Le second exemple réside dans la décision QPC du 4 mai 2012 relative à la définition du délit de harcèlement sexuel¹⁵. Le Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution de l'article 222-33 du Code pénal, lequel définissait le délit de harcèlement sexuel comme « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Ainsi rédigée, le Conseil constitutionnel a considéré que la loi ne définissait pas de manière suffisamment précise « *les éléments constitutifs de l'infraction* » et qu'elle méconnaissait donc le principe de légalité des délits et des peines. En l'es-

¹² Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, préc., note 6.

¹³ Sur les conséquences de cette décision sur le régime de la garde à vue, voir la publication des actes du colloque « *Garde à vue: les deux ans de la loi du 14 avril 2011* », Gaz. Pal., 2013, n° 209-211.

¹⁴ Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, « *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* », Recueil, p. 217.

¹⁵ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D., Journal officiel du 5 mai 2012, p. 8015; sur cette décision et ses conséquences, voir: Caroline COLLET et Emmanuel DAOUD, « Le harcèlement sexuel et moral à l'épreuve de la Constitution », (2012) 3 *Constitutions* 446.

pèce, le recours à la QPC a donc mis en évidence l'existence d'une disposition législative du Code pénal dont la rédaction – lacunaire et donc de « mauvaise qualité » – justifiait la censure. En outre, cette décision présente encore ceci d'intéressant que le recours à la QPC a eu pour effet de supprimer du Code pénal un texte contraire à la Constitution mais, également, de créer un vide juridique que le Parlement a dû s'empresse de combler en adoptant, trois mois seulement après la décision du Conseil constitutionnel, une nouvelle loi visant à protéger les victimes de harcèlement sexuel¹⁶.

Le recours par l'avocat à la question prioritaire de constitutionnalité produit donc des effets qui dépassent la seule question de la qualité de la loi. Ces effets sont de trois sortes :

- une expurgation de l'ordre juridique de lois promulguées mais contraires à la Constitution ;
- un transfert du traitement des sujets de société du Parlement vers le Conseil constitutionnel¹⁷ ;
- une modification éventuelle de l'agenda parlementaire.

Pour conclure, je dirai donc que l'avocat n'est plus ce professionnel du droit qui est condamné à subir ou à déplorer l'imprécision, l'illisibilité ou l'inconstitutionnalité de certaines lois. Bien au contraire, il dispose d'une faculté d'agir sur les failles de la loi, soit pour les exploiter, soit pour les

¹⁶ *Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel*, JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.

¹⁷ En effet, c'est à la faveur de décisions QPC que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur des sujets tels que le handicap imputable à sa propre naissance (décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010), le mariage entre deux personnes de même sexe (décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011) ou bien encore les conditions de travail des personnes incarcérées (décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013). À ces exemples s'ajoutera la prochaine décision QPC, en cours d'instance, portant sur la question très sensible des « gaz de schiste ». En effet, par un arrêt du 12 juillet 2013, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire portant sur la constitutionnalité des articles 1 et 3 de la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique (CE, 12 juillet 2013, req. n° 367893).

dénoncer, participant ainsi pleinement à cette « *mutation profonde qu'a connue le droit ces cinquante dernières années* »¹⁸.

¹⁸ Laurent VALLÉE, « Le rôle créateur de la pratique dans l'élaboration de la norme juridique », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 107-108, p. 24.