

Fiche 1 : Le principe dispositif

- II. Le rôle du juge / B. Le contrôle des faits et du droit

Mais le contrôle du juge va beaucoup plus loin que le contrôle des règles de procédure et des délais. Il intervient désormais sur le contenu de l'instance, tant au niveau des faits que du droit.

1. Concernant les faits, si « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat » (art. 7 al. 1^{er}, CPC), le même article précise que « le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». L'article 8 complète et étend largement ses pouvoirs en lui permettant d'« inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». En effet, cette faculté permet au juge de faire rentrer dans le procès des éléments de faits que les parties n'avaient pas intégrés et souvent ne le souhaitaient pas. Mais l'administration d'une bonne justice nécessite que le juge puisse se fonder sur des faits pertinents au regard des prétentions, et qu'il ait une compréhension parfaite du dossier.

La question des faits ne se limite pas à leur énonciation, il appartient également aux parties de les prouver (art. 9, CPC). En ce domaine, le juge peut également avoir un rôle actif du fait qu'il dispose des mesures d'instructions (V. Fiches 18 et 19) les plus étendues dont il peut user à la demande d'une partie ou d'office (art. 10, CPC). Dans le premier cas, le juge viendra en renfort de la démonstration d'une partie en ordonnant une mesure nécessaire, tels un constat d'huissier chez un concurrent ou une mesure d'expertise, que la partie ne peut ordonner seule. Dans le second cas, il est utile que le juge puisse décider de mesures propres à parfaire son information en vue du jugement. La conséquence est encore l'introduction de faits non initialement allégués par les parties. Les parties doivent prêter leur concours sauf au juge à en tirer toute conséquence d'abstention ou de refus (art. 10, CPC).

2. Quant au droit, le rôle du juge est double. Il doit **donner leur exacte qualification juridique aux faits et trancher le litige en application des règles de droit** applicables.

Concernant le premier aspect, l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits ou actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Cette prérogative permet de corriger les erreurs ou les détournements de qualification qui conduiraient à un jugement erroné. La situation se trouve fréquemment en matière contractuelle. Ainsi, le cas d'une personne qualifiant de contrat de travail, un contrat d'agent commercial, pour bénéficier des règles plus favorables du droit du travail ou inversement, le cas, très répandu, d'un employeur cherchant à dissimuler un contrat de travail, sous une autre appellation dans le but d'échapper à la réglementation sociale.

Ce pouvoir subit, toutefois, une exception prévue à l'alinéa 4 du même article concernant les droits dont les parties ont la libre disposition. Le juge doit alors se conformer à la qualification retenue en vertu d'un accord exprès.

Concernant le second aspect, le juge doit, en application de l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, trancher « le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Derrière l'évidence de cette règle, plusieurs remarques s'imposent.

Tout d'abord, au-delà des considérations procédurales, ce texte rappelle la place du jugement au sein de notre État de droit. Il est le serviteur de la Loi, au sens large. Son rôle se limite à l'application de la règle et non à sa formation. Cette affirmation exclut théoriquement la jurisprudence comme source du droit, faisant fi de son pouvoir d'interprétation à la portée déterminante dans la constitution du droit positif.

En ce qui concerne les aspects de procédure, cette règle conduit à ce que le juge puisse **relever d'office les moyens de pur droit**, sous la réserve désormais de respecter le principe de la contradiction, c'est-à-dire d'avoir permis aux parties de s'exprimer par rapport à sa décision. (Un syndicat avait obtenu du Conseil d'État, en 1979, l'annulation du texte initial. Le législateur réintroduisait le soulevé d'office en 1981, au travers de l'article 16, par l'adjonction de l'obligation de respecter le contradictoire.)

Une autre question est née de l'article 12, celle de savoir si la modification d'un fondement juridique était une obligation pour le juge ou une simple faculté. La question pouvait même prendre une dimension plus large en considérant que le juge devait chercher le fondement juridique sans que les parties n'en évoque aucun. Charge alors pour les parties de présenter les faits et pour le juge de dire le droit. Cette conception n'a évidemment pas abouti, le décret du 28 décembre 1998 faisant obligation au demandeur de préciser les fondements juridiques dans l'assignation et l'article 6-1 de la CEDH obligeant les parties à se faire connaître leurs moyens de droit.

3. Toutefois, la question a pu retrouver de l'intérêt depuis le revirement de jurisprudence du 7 juillet 2006 sur la **concentration des moyens (voire des demandes !)** (Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672), interdisant d'introduire une nouvelle instance aux mêmes fins que la précédente sur un fondement juridique différent. Cette solution conduit désormais les parties à exposer tous les fondements possibles (par exemple : responsabilité contractuelle, quasi-contrat et responsabilité délictuelle) pour une même action. Que se passe-t-il si elles omettent un fondement susceptible d'être retenu, sachant qu'aucune nouvelle instance ne pourra être tentée ? C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a réaffirmé que le pouvoir de rectification du juge n'était qu'une faculté, non une obligation (Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343).

Depuis, il est à noter que l'obligation de concentration des moyens a été nuancée. La Cour est venue préciser que des circonstances nouvelles depuis le prononcé du jugement permettaient une nouvelle action (Civ. 2^e, 6 mai 2010, n° 09-14737).

Alors, un débat est né de positions divergentes entre les chambres de la Cour de cassation sur l'étendue de la concentration. La première chambre civile et la chambre commerciale s'orientant vers une lecture voulant que toutes les demandes soient formulées lors d'une même instance entre les mêmes parties. Les deuxième et troisième chambres civiles s'orientent sur une lecture plus restrictive de l'obligation de concentration, considérant que l'obligation ne vise que les moyens et non les demandes. Si la demande est nouvelle, alors une nouvelle instance est possible. La troisième chambre civile de préciser que la demande doit être réellement nouvelle, le simple changement de fondement juridique revenant à une modification des moyens et devant donc être soumis à la concentration (3^e civ., 16 juin 2011, n° 10-18925).

Comment expliquer ce trouble ?

L'origine du malentendu vient de la présentation de la jurisprudence de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006. Celle-ci est susceptible de deux analyses. En effet, la solution indique que « ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation ». De cette rédaction, on peut retenir l'impossibilité de soulever un nouveau fondement juridique, ceci allant dans le sens d'une obligation de concentration des moyens. Mais, une seconde lecture conduit à viser toutes les demandes se rapportant aux mêmes faits. L'identité de cause signifiant l'identité des faits faisant naître le litige. Dès lors, l'obligation vise l'ensemble des demandes rattachées aux mêmes faits et pas simplement les moyens.

Cette seconde lecture apparaît mieux correspondre à la volonté qui justifia le revirement à savoir la limitation du nombre de contentieux. L'idée étant de traiter lors d'une même instance toutes les questions relatives aux mêmes faits.

Si celle-ci devait l'emporter, elle aurait des conséquences sur le fonctionnement des demandes reconventionnelles et dans une moindre mesure pour les demandes incidentes (V. Fiches 6 et 14).

4. Enfin, relevons que cette règle selon laquelle le juge tranche le litige conformément à la règle de droit reçoit une exception à l'alinéa 5 de l'article 12 lorsque, pour les droits dont elles ont la libre disposition (ce qui exclut les règles impératives), les parties peuvent demander, par accord exprès, au juge de statuer en **amiable compositeur**, c'est-à-dire en équité, solution que l'on retrouve le plus souvent en matière d'arbitrage. Dans le même ordre d'idée, l'on rappellera que le juge a également comme **mission de concilier** les parties (art. 21, CPC) soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers après avoir reçu leur accord pour procéder soit à une conciliation soit à une médiation (la différence entre les deux techniques relevant de l'absence de solution proposée par le médiateur qui se contente de tenter de rapprocher les points de vue).

À retenir

Les parties doivent présenter lors d'une même instance toutes les demandes tendant aux mêmes fins.

Pour en savoir plus : E. Jeuland, *Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation*, JCP G 2010.1052.

Fiche 3 : Les conditions de l'action en justice

- I. L'objet de l'action / B. Caractères

L'intérêt doit également être *direct et certain*. Cette simple formule dissimule de grandes difficultés.

Concernant le caractère certain, il s'agit de ne recevoir que les actions portant sur des *intérêts nés et actuels*. Les juridictions ne sauraient connaître de la défense d'intérêts éventuels. Tout comme en matière de droit des obligations, le préjudice éventuel ne peut donner lieu à une indemnisation. On envisage d'ailleurs difficilement la tenue de débats fondés sur des hypothèses et conjectures.

Les actions interrogatoires ayant pour objet d'amener une personne à se prononcer avant le terme de son délai de réflexion et les actions provocatoires visant à conduire une personne à faire constater en justice les droits dont elle se prévaut et à défaut y renoncer, sont exclues.

Mais tout comme en matière d'obligations, des nuances doivent être apportées et il peut être utile de connaître d'actions avant que des préjudices ne soient subis.

Ainsi, la loi comme la jurisprudence ont aménagé des exceptions.

Principalement, la loi organise des actions préventives par le biais des ordonnances sur requête (V. Fiche 23) afin de permettre l'organisation d'un futur procès. Accessoirement, des dispositions spéciales organisent des actions interrogatoires en matière de constitution de sociétés au travers des articles 1844-12 du Code civil et L 235-6 al. 1^{er} du Code de commerce. De même, l'article L 615-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une action provocatoire en matière d'opposabilité de brevet.

Surtout la jurisprudence admet les actions déclaratoires en dehors de tout litige actuel et reconnaît également la possibilité d'agir lorsque le risque existe même si le dommage n'est pas réalisé et donc incertain. Ce qui est ici visé c'est le risque et non le dommage (Civ. 1^{re}, 9 juin 2011, n° 10-10.348). De même, seule une partie qui succombe en première instance est sensée avoir intérêt à faire appel. Mais ce principe peut connaître une exception lorsque des éléments nouveaux démontrent que la solution aurait pu être encore plus favorable pour la partie ayant obtenu gain de cause (Civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n° 10-19.839).

En ce qui concerne l'intérêt direct, il y a renvoi à la question de la personne pouvant légitimement agir. Cette question se confond avec celle de la qualité pour agir et nous conduit à l'aborder donc de distinguer entre intérêt et qualité.

Fiche 14 : Les incidents relatifs à l'objet

- II. Les demandes reconventionnelles

Les demandes reconventionnelles face à l'exigence de concentration des demandes

Si la position jurisprudentielle devait confirmer la nécessité de concentrer lors d'une même instance toutes les demandes portant sur les mêmes faits, les demandes du défendeur devraient nécessairement prendre la voie de demandes reconventionnelles. Il lui serait impossible d'introduire postérieurement une nouvelle instance afin de faire trancher ses demandes propres. Les demandes ne seraient, de fait, plus une faculté pour le défendeur mais une obligation ce qui illustrerait une modification de la conception de cette technique.

Fiche 25 : Le déroulement de l'instance devant le tribunal d'instance – oralité de la procédure

La procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance est une procédure essentiellement écrite, l'oralité n'apparaissant qu'au niveau de l'audience de plaidoiries. À l'inverse, la procédure devant le tribunal d'instance est orale. Il ne faut donc pas confondre oralité des débats et oralité de la procédure. En outre, cette procédure ne concerne pas seulement le tribunal d'instance mais également les autres juridictions d'exception ce qui revient à relativiser l'affirmation selon laquelle la procédure devant le tribunal de grande instance est la procédure de droit commun. Elle l'est seulement du fait que le tribunal de grande instance est la juridiction de droit commun.

L'oralité de la procédure signifie que l'ensemble des éléments de fait, de droit et les demandes doivent être présentés à l'audience.

Cette définition mérite des éclaircissements (I) mais pose également le problème du respect du principe du contradictoire (II) (V. Fiche 2) Dès lors, une réforme est intervenue en octobre 2010 afin d'effacer les inconvénients de l'oralité et d'adapter les procédures orales aux exigences actuelles (III).

- I. Les exigences de l'oralité / A. Le principe

Le terme « oralité » laisse croire que l'exigence porte sur une explication orale du dossier. L'oralité des débats n'est qu'une présentation orale d'un dossier monté par écrit du fait de l'échange des conclusions entre les parties, parfois sous la houlette du juge de la mise en état. L'oralité de la procédure signifierait alors que l'ensemble des aspects de l'instance se font à l'oral, à savoir la présentation des éléments de fait, de droit, des preuves et les demandes. Pourtant ce n'est ce qui est exigé par la loi. L'oralité de la procédure est l'exigence de la comparution des parties à l'audience, voire de manière personnelle.

Dès lors, l'oralité apparaît comme la simple opposition à la représentation par voie d'avocat. Pourtant le choix du terme « oralité » illustre bien que la volonté première était de limiter le traitement du dossier à une présentation orale par chacune des parties devant le juge. L'idée était que le tribunal d'instance devait statuer sur des affaires simples et donc ne justifiant pas la lourdeur de l'assignation, de la représentation ou encore de la mise en état.

Mais cette opinion ne correspond plus à la réalité des procès entrepris pour l'application de règles complexes même si les enjeux financiers sont limités. Par ailleurs, que dire du contentieux prud'homal qui allie demandes élevées et règles nombreuses et techniques ? Ni l'état du droit ni les affaires ne s'avèrent compatibles avec une procédure strictement orale. L'écrit permet de présenter de manière plus complète une question, d'où son recours au sein de cette procédure et le glissement de la définition vers une simple opposition avec la procédure avec représentation.

B. La pratique avant le décret de 2010

Envisageons la pratique de cette procédure ce qui nous conduira à en faire la critique au fur et à mesure.

Dire que l'oralité de la procédure n'impose pas l'exposé oral de l'ensemble du dossier conduit à mettre en balance la valeur des écrits et des déclarations orales.

Les écrits n'étant pas prévus par cette procédure, ils n'avaient pas la valeur de conclusions. Dès lors, la contradiction entre les dires et les écrits tournait à la faveur des déclarations. En outre, des conclusions qui n'étaient pas déposées devant la juridiction ou dont les demandes n'étaient pas réitérées devant elle, n'existaient pas, bien qu'elles aient été communiquées à la partie adverse afin qu'elle prépare sa défense.

La juridiction retenait les observations verbales. C'était alors au greffier que revenait la lourde charge de consigner ces observations. Le risque était alors que certaines déclarations soient éludées ou déformées. La preuve qu'une prétention avait bien été exposée était alors ardue et ce d'autant qu'il appartenait aux parties de rapporter la preuve qu'elles avaient saisi le tribunal de telle ou telle prétention.

La primauté de l'oral conduisait également à ce que puisse être soulevée une exception d'incompétence alors que des conclusions au fond avaient été déposées précédemment. Dans la même optique, seules les demandes reconventionnelles formulées à l'oral pouvaient interrompre un délai. Plus généralement, le dépôt d'écritures lors de l'audience devait être acté par le greffe et la signification de conclusions avant l'audience n'exonérait nullement de l'obligation de s'y présenter et d'en reprendre l'objet à l'oral.

En outre, les demandes devaient impérativement être présentées à l'oral, ce qui impliquait la présence physique de la partie ou de son représentant lorsque la loi n'exigeait pas la comparution personnelle. La seule communication à la juridiction d'écritures était sans valeur. Les prétentions devaient être réitérées lors de l'audience. L'on appréciera ici la contrainte qui pesait sur les parties qui après avoir pris soin de consigner par écrit leur argumentation et les demandes qui en découlaient, devaient s'organiser pour se rendre à l'audience afin de reprendre oralement les éléments déjà consignés dans leurs écritures.

- II. L'oralité confrontée au contradictoire

Les difficultés de preuve de ce qui était exposé devant la juridiction ont déjà été évoquées et les mêmes difficultés apparaissent pour le respect du contradictoire.

Le respect du contradictoire est un principe directeur du procès. Son respect s'impose en toutes circonstances et n'est relativisé que dans le cadre des ordonnances sur requêtes (V. Fiche 23). L'oralité de la procédure n'est qu'une organisation de l'instance devant la juridiction qui doit donc respecter cette exigence à la fois légale et européenne. Le fait que l'ensemble des juridictions d'exception fonctionnent selon cette procédure renforce encore la nécessité de respecter ce principe.

Nous avons pu observer combien l'ensemble des règles prévues pour la procédure de droit commun cherchait à respecter cette obligation. Concrètement c'est au travers d'échanges de conclusions dans des délais permettant à chaque partie d'y répondre qu'elle se réalise.

La question était alors de savoir comment respecter le contradictoire dans une procédure orale.

Certes, il était possible de fournir des écritures tout comme devant le tribunal de grande instance et ainsi de permettre à la partie adverse de préparer sa défense. Mais il ne s'agissait que d'une possibilité et qui plus est la teneur des écritures pouvait être contredite par les dires soutenus à l'audience qui seuls avaient une valeur devant le juge. Précisons la difficulté des exceptions de procédure. Elles doivent être soulevées avant toute défense au fond, donc être invoquées en premier lors de la plaidoirie (Civ. 2^e, 1^{er} octobre 2009, n° 08-14135). Mais elles ne seront recevables que si des conclusions écrites ont été précédemment déposées.

Les déclarations orales seraient alors le seul garant du respect du contradictoire dont la preuve reposerait sur la prise de notes de la part du greffier !

Comment considérer qu'un « échange » oral lors de l'audience permet à chaque partie de préparer sa défense et donc que la règle du contradictoire soit respectée ? Lors de l'audience, le temps est compté, aucun recul sur l'affaire et les arguments adverses n'est possible. En outre, les débats sont dirigés par le juge donnant d'abord la parole au demandeur puis au défendeur. Il ne s'agit nullement d'un échange mais de deux présentations successives. Surtout, la technicité

actuelle du droit ne permet plus d'envisager sérieusement que les parties défendent seules leurs prétentions de surcroît dans un affrontement devant le juge.

La pratique a montré que, pour l'essentiel, les parties recouraient à des conseils et que des conclusions étaient échangées. Le Code de déontologie des avocats ne distingue pas entre les procédures lorsqu'il oblige à la communication des éléments de fait et de droit spontanément et dans les meilleurs délais à la partie adverse. Concrètement, obligation est faite pour l'avocat de conclure et de transmettre ses conclusions à l'adversaire.

La position tenue par la Cour de cassation était de considérer que l'énonciation des chefs de demandes dans l'acte introductif ainsi que la transmission des pièces, suivie d'une présentation orale lors de l'audience étaient suffisantes pour respecter le contradictoire. Cette position ne suffisait pas à garantir le contradictoire. Les propositions de réforme virent jour, de la part même de la haute Cour, dont les magistrats étaient conscients du caractère désormais inadapté des textes organisant l'oralité.

• III. La réforme de l'oralité

Le décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 est venu atténué les critiques en cherchant à harmoniser la procédure orale avec celle de droit commun en vue d'un meilleur respect du contradictoire.

Le décret maintient le principe de l'oralité. Se pose en filigrane la question de la représentation obligatoire. Sans doute, n'a-t-il pas été souhaité d'obliger les justiciables au recours à l'avocat et de leur imposer ce coût ou d'accroître le poids de l'aide juridictionnelle. Mais cette question peut être dissociée. La première exigence est que les parties s'échangent leurs arguments par écrit dans des délais raisonnables et que leurs plaidoiries respectent ces éléments. Que l'écrit émane d'un avocat afin d'en garantir la qualité est une question différente. Sans doute peut-on considérer que certaines matières ou certaines questions ou encore que la compétence particulière d'une partie ne réclame pas le recours à un avocat. Il s'agit là d'une autre réflexion qui ne doit pas être confondue avec l'impératif respect du contradictoire et donc la nécessité d'organiser des règles qui offrent le maximum de garanties à cet égard. En outre, la crainte d'un poids nouveau sur l'aide juridictionnelle méconnaît la réalité puisque les justiciables recourent déjà à l'avocat dans les procédures orales et bénéficient de l'aide juridictionnelle pour ce faire.

Quels sont alors les apports de ce décret ?

Pour l'essentiel, il intègre les pratiques déjà observées en s'efforçant de rapprocher la procédure de ce qui existe dans la procédure ordinaire.

Si l'oralité reste le principe, l'article 446-1 du Code de procédure civile prévoit, désormais, la possibilité de se référer à des écrits. Cette possibilité est soumise à l'accord du juge et doit être présentée lors de l'audience, mais nul doute que ceci ne devrait pas poser de difficulté.

L'alinéa 2 de cet article prévoit également que « lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience ». Le jugement rendu dans ces conditions est contradictoire. Ceci dispense les parties d'une présence à l'audience de jugement, car si le texte ne le précise pas, on imagine mal leur absence lors du premier appel des causes et ce d'autant que les procédures orales prévoient un préalable de conciliation nécessitant la présence des parties. Toutefois, cette possibilité est réduite aux hypothèses où un teste la prévoirait.

À noter que le juge peut toujours décider d'entendre les parties. L'on retrouve ici le même schéma que dans la procédure ordinaire devant le TGI.

Le décret s'inspire également de la procédure de droit commun lorsqu'il pose que les demandes non reprises dans les dernières conclusions seront considérées comme abandonnées. Les conclusions récapitulatives sont désormais en vigueur dans les procédures orales (V. Fiche 6).

Toujours dans cette logique de rapprocher les procédures, le décret prévoit que le tribunal peut organiser les échanges selon un calendrier. Ceci reprend la logique de la mise en état devant le TGI (V. Fiche 9) mais également la pratique qui s'était largement développée au sein des juridictions soumises à l'oralité de la procédure. Ce qui importe ici est que le texte prévoit la sanction du non-respect des délais. Le juge pourra écarter les écrits produits hors délai et dont la tardiveté ne permet pas d'y répondre. Cette solution existait déjà mais les juridictions hésitaient à en faire application au prétexte que la procédure était orale, conduisant ainsi à de trop nombreux renvois afin que la partie surprise puisse présenter sa réponse. Le texte faisant, maintenant, nettement prévaloir le contradictoire sur l'oralité, on peut espérer que les juridictions n'hésiteront plus à sanctionner les plaideurs retardataires.

Ce dispositif a, enfin, l'intérêt de régler les difficultés de dates s'agissant des exceptions de procédures.

Reste que le dispositif, maintenant le principe de l'oralité, n'oblige pas à la communication préalable d'écrits, ce que ne saurait parfaitement satisfaire l'exigence de contradictoire.

- À retenir :

La procédure devant le tribunal d'instance est orale.

L'oralité s'applique aux procédures devant les autres juridictions d'exception.

L'oralité de la procédure doit être distinguée de l'oralité des débats.

L'oralité dispense de conclure par écrit sur les éléments de droit et de fait et de ce fait de recourir à l'assistance d'un avocat.

L'oralité est une technique visant à un traitement rapide et simple des dossiers. Mais la complexification du droit a rendu nécessaire l'ouverture à un recours à l'écrit afin de faire respecter au mieux le respect du contradictoire.

Fiche 41 : La question prioritaire de constitutionnalité

Question prioritaire de constitutionnalité : voie de recours extraordinaire tendant à faire censurer par le Conseil constitutionnel une loi ou l'interprétation jurisprudentielle d'une loi qui porterait atteinte à un droit ou une liberté affirmé dans la constitution.

La Cour de cassation et le Conseil d'État, pour les litiges qu'ils connaissent respectivement, se voient adjoindre une nouvelle mission. Dans le but d'améliorer l'effectivité des règles posées par la constitution, une nouvelle procédure a été mise en place par la loi organique du 10 décembre 2009 (n° 2009-1523, *JORF* n° 0287). En effet, l'article 61-1 de la Constitution est venu compléter le contrôle *a priori* des lois par un contrôle *a posteriori* et plus précisément lors d'un litige. Ainsi naît la question prioritaire de constitutionnalité. Selon l'article 61-1 de la Constitution, il s'agit de contester, à l'occasion d'une instance, la constitutionnalité d'un texte par rapport à un droit ou une liberté. L'hypothèse ne vise que la constitutionnalité d'un texte mais la jurisprudence étend cette procédure à l'interprétation jurisprudentielle, à condition que la position jurisprudentielle ait été soumise à la cour suprême compétente, à savoir la Cour de cassation en ce qui nous concerne (Civ. 1^{re}, 27 septembre 2011, n° 11-13.488).

Les juridictions du fond reçoivent ses questions qu'ils transmettent, après un premier filtre, à la Cour de cassation ou au Conseil d'État selon la procédure engagée. Charge alors à la haute juridiction saisie d'étudier la recevabilité de la question et décider de la transmettre ou non au Conseil constitutionnel afin qu'il y soit répondu.

Nous ne nous intéresserons qu'aux aspects touchant la procédure civile et donc relevant des juridictions civiles et de la Cour de cassation.

Nous étudierons d'abord les conditions qui permettent la mise en œuvre de cette procédure afin de décrire la procédure elle-même.

- I. Les conditions d'ouverture / A. Les conditions appréciées par les juridictions du fond

Les articles 23-1 et 23-2 de la loi du 10 décembre 2009 posent les conditions dans lesquelles les juridictions du fond peuvent avoir à connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

La première condition porte sur l'objet de la contestation. Il convient de soulever qu'une « disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Cette simple formule conduit à deux remarques. D'une part, seuls les textes législatifs peuvent être mis en cause. Les textes réglementaires peuvent déjà être contrôlés sur le terrain de leur légalité. La Loi est contrôlée sur celui de sa constitutionnalité. Ceci conduit également à poser que si l'action vise une interprétation jurisprudentielle, cette interprétation doit porter sur un texte législatif. D'autre part, sont visés les droits et libertés garantis, ce qui signifie que cette procédure vise la subjectivisation des droits constitutionnels. Il ne s'agit d'une conformité à n'importe quel article de la Constitution. Il s'agit de s'attacher à défendre les droits attachés à la personne. D'ailleurs, le moyen ne peut être relevé d'office. Ceci illustre la volonté de limiter au titulaire du droit le moyen d'agir. Nous ne détaillerons pas davantage le contenu de ces droits, ceci ressortant du programme de droit constitutionnel.

L'article 23-2 pose des conditions supplémentaires à l'admission de la question prioritaire de constitutionnalité. Trois conditions cumulatives sont exigées.

En premier lieu, la loi contestée doit être en lien avec l'instance. Elle doit être applicable au litige sur le fond ou sur la procédure ou encore constituer le fondement des poursuites lorsqu'il s'agit d'une affaire pénale. Le lien d'instance est respecté.

La seconde condition est que la loi n'est pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution. L'autorité de la chose jugée impose cette solution. On notera, toutefois, un aspect particulier en ce que cette condition ne s'applique pas lorsqu'il y a un « changement de circonstances ». Cette formule aura tout lieu de susciter les interrogations. Elle permet d'adapter l'appréciation d'une règle dans le temps au regard de problématiques nouvelles. Il reste que le flou de la formule laisse entière la question de l'étendue qu'elle peut couvrir. Observons, toutefois, qu'il ne s'agit que du premier filtre auquel est soumise la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation opérera un second filtre qui doit

permettre d'écarter définitivement tout risque de voir une solution déjà tranchée être remise en cause. L'idée est ici d'écarter les questions dilatoires auxquelles une réponse claire a déjà été apportée.

La troisième condition reprend cette idée. Là encore la formule manque de précision mais ne vise qu'à exclure ce qui, à l'évidence, ne pose pas de question. Il s'agit d'exclure la question « dépourvue de caractère sérieux ». La notion de caractère sérieux pose le même problème de qualification que celle de « changement de circonstances ». Elle laisse, *a priori*, un large pouvoir d'appréciation au juge. On peut, dans les deux cas, craindre des appréciations trop strictes de la part d'un juge ne souhaitant pas transmettre. L'inverse ne suscite pas d'inquiétudes puisque la Cour de cassation assurera le second filtre. Ainsi, certaines questions légitimes se trouveraient bloquées par les juges du fond. Plusieurs éléments doivent limiter ce risque. Tout d'abord, la décision doit être motivée, ce qui en soit apporte une certaine garantie. Ensuite, la décision de non transmission pourra faire l'objet d'un recours lorsque la décision sur le fond sera rendue. Enfin, la logique du dispositif qui décompte l'admission de la question en deux temps conduit à percevoir le premier filtre comme celui permettant d'écarter ce qui apparaît comme parfaitement inutile. Nul doute que les juges du fond seront parfaitement conscients du sens de ce dispositif.

Lorsque ce premier filtre, visant à écarter les demandes contraires aux principes de procédure et celles dilatoires, a été effectué, c'est la question transmise à la Cour de cassation qui va opérer un nouveau filtrage.