

# ÉLARGIR LA SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

**C**OMMENT COMBATTRE UN SERPENT DE MER ? Mettons qu'il y faille quelque précaution et qu'aussi bien, à la question de savoir s'il est aujourd'hui souhaitable d'ouvrir à de nouveaux acteurs le droit de soumettre des lois au Conseil constitutionnel, mieux vaudrait ne pas répondre trop vite, c'est-à-dire sans s'être interrogé un bon moment sur la nature exacte de ce que l'on reproche au système. 103

Car il n'est pas si simple d'apporter une condamnation efficace de l'actuel encadrement de la saisine. Prenons l'instrumentalisation politique du Conseil constitutionnel, par exemple ; la critique de ce phénomène s'impose, pour ainsi dire, avec assez d'évidence pour que l'on puisse faire fond là-dessus. Comme on sait, les dispositions législatives de prévention du terrorisme édictées peu après le 11 septembre n'ont jamais franchi les portes du pavillon Montpensier. Leurs auteurs se seraient rendu service à eux-mêmes, en même temps qu'à la démocratie, si, pour soustraire leur texte aux suspicions d'inconstitutionnalité dont il était l'objet çà et là, ils avaient, de leur propre chef, demandé au juge d'en dire l'orthodoxie, mais il n'en a rien été. Dans un autre genre, le dispositif « anti-Perruche » de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, avait (et a toujours) de quoi faire lever suffisamment de sourcils juridiques pour que l'on ne soit pas incité à démissionner d'emblée de tout esprit critique à son égard, y compris dans les rangs des contempteurs de ce célèbre arrêt. Mais de nouveau, cela n'a pas suffi à provoquer la saisine du Conseil<sup>1</sup>.

---

1. On se remémore que ce fameux dispositif aboutit à exonérer mécaniquement le corps médical de toutes ses fautes en matière de diagnostic prénatal de handicap, sans aucun égard pour la gravité de ces fautes, dès lors qu'elles ne sont pas réputées avoir « directement » causé la maladie en question, y compris dans le cas où elles ont rendu possible l'expression du

*Ergo*, il n'est certes pas interdit de regretter cette instrumentalisation<sup>2</sup>, ni même de blâmer à maints égards ceux qui s'y livrent. N'empêche: il n'y a rien là-dedans pour fonder une condamnation proprement juridique. Tout cela découle des conditions posées pour accéder au Conseil, bien sûr, mais ni cet effet ni sa cause ne sont en soi déficients sous l'angle du seul droit, car il faut, pour fustiger en soi l'évitement du juge constitutionnel, postuler que toutes les lois doivent pouvoir lui être déférées, toujours, indépendamment de leur contenu et des contingences politiques. Or il n'est pas interdit de voir les choses autrement. *Primo*, le raisonnement est circulaire, et donc logiquement faible, qui aboutit à déduire d'un postulat – les lois doivent être toujours susceptibles d'être soumises au juge – la critique des conséquences produites par le postulat contraire – les lois peuvent, si certaines autorités politiques le jugent utile, ne lui être pas déférées. *Secundo*, ce postulat contraire n'est pas lui-même illégitime: le fait que la saisine du Conseil

---

handicap – c'est-à-dire la vie handicapée elle-même. Or cela ne s'accorde pas immédiatement avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, d'une part, a constitutionnalisé le principe de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du code civil dans sa décision relative au PACS, et, d'autre part, a plusieurs fois affirmé l'inconstitutionnalité des dispositions législatives d'exonération des fautes les plus graves. On observera en outre que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont on ne sache pas qu'elle soit dépourvue d'incidence sur la manière dont le Conseil constitutionnel interprète aujourd'hui les dispositions constitutionnelles de protection des droits fondamentaux, n'invite pas à prendre ce genre de mesures. On lit par exemple, dans un important arrêt *Fayed*, que « le fait qu'un État puisse, sans contrôle des organes de la Convention, soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'art. 6-1. Les revendications doivent être portées devant un juge » (CEDH, 21-9-1994, *Fayed*, § 65). Pour le moins, et ainsi qu'en attestent les conclusions de M. Olson sur l'avis *Draon* (CE, 6-12-2002, req. 250167), la discussion est donc permise.

2. Observons que l'instrumentalisation peut aussi avoir lieu dans l'autre sens, et résulter, non d'une absence de la saisine, mais des conditions dans lesquelles on la suscite. C'est ainsi que deux ou trois fois de suite dans la période récente (éco-taxe, modernisation sociale, etc.), le gouvernement a, semble-t-il, provoqué pour ainsi dire le recours de l'opposition au Conseil constitutionnel en entretenant l'espoir que ce dernier censure une disposition ostensiblement contraire à sa jurisprudence, mais dont le maintien dans le projet de loi permettait de flatter telle composante indisciplinée de la « majorité plurielle ». La perspective était ici, une fois l'annulation acquise, de laisser rejeter sur le Conseil la responsabilité d'avoir empêché l'entrée en vigueur de cette mesure dont, dans le fond, on ne voulait pas. Et comme les bonnes âmes ne manquent jamais pour chanter la chanson que l'on attend d'elles sur l'air du gouvernement des juges, c'est évidemment la scène de Pilate qui put être rejouée, au détriment du Conseil. Pour la dénonciation de ce vice et de ses graves conséquences, cf. les réquisitions implacables de Guy Carcassonne, « Modernisation sociale et régression politique », *Droit social*, mars 2002, p. 254.

s'analyse en un acte politique réservé à des autorités politiques n'est rien d'autre que la résultante d'un choix constitutionnel, très volontaire, qui repose, jusqu'ici, sur deux piliers non dépourvus de solidité en regard de notre histoire républicaine : 1) la loi, expression de la volonté générale, n'est pas une règle comme les autres, 2) le contrôle de constitutionnalité de la loi, même juridictionnel dans sa forme comme dans sa nature, n'en est pas moins une arme dont l'usage a été sciemment confié par la Constitution à des acteurs investis du pouvoir de participer eux-mêmes au processus d'élaboration et de promulgation de la loi. Autrement dit, l'acte de saisir le Conseil constitutionnel a été forgé, par le constituant, comme un accessoire du statut des principaux acteurs de la vie des institutions politiques, dans la majorité, puis dans l'opposition. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que ces acteurs fassent, de l'instrument qui leur a été donné, l'usage – tactique – que l'on fait en politique 105

Réciproquement, il faut admettre le cœur léger que l'idéologie de la banalisation de la loi, comme son corollaire désormais habituel – la vertu qu'il y aurait à ce que chaque citoyen se voie reconnaître le droit (subjectif ?) de déclencher un contrôle de sa correction juridique –, n'est elle-même rien d'autre qu'une idéologie. Sa valeur, comme son aptitude à recueillir l'adhésion reposent, elles aussi, sur une (ou plusieurs) option(s) de philosophie politique – et donc sur une série de choix historiquement situés, appuyés sur un système de valeurs qu'il est sans doute possible de ne pas partager, et qui doit être assumé comme tel dans la discussion technique sur les mérites comparés de tel ou tel système de contrôle de constitutionnalité. Il n'est, en aucun cas, inacceptable en soi du point de vue juridique que le prétoire du Conseil constitutionnel soit fermé comme il l'est aux demandes des juges ou des particuliers. Tout juste cela relève-t-il d'une pesée différente dans la balance des droits et prérogatives respectifs des justiciables et du Parlement.

Laissons de côté la possibilité offerte à chacun de s'engager en faveur de telle ou telle option. Et demandons-nous seulement s'il est possible d'en découdre au sujet de la saisine du Conseil constitutionnel sur un terrain que l'on pourrait dire raisonnablement neutre<sup>3</sup>.

---

3. L'atmosphère du débat étant ce qu'elle est ces temps derniers, mieux vaut rabâcher ce qui devrait aller sans dire, à savoir que l'effort pour essayer de contenir une discussion juridique dans des limites d'une approche qui se veut un tantinet scientifique – d'aucuns osent encore appeler cela le positivisme – n'emporte aucun renoncement à la lucidité politique, ni aucune prétention à se tenir hors du jeu (politique, lui aussi). Il repose seulement sur l'idée,

Entre autres, une réponse favorable plausible s'articule autour de l'idée qu'une discussion de ce type peut être féconde lorsqu'elle porte sur le degré de la cohérence interne de l'ordre juridique considéré. Pour le problème qui nous intéresse ici, cela revient à se demander si, eu égard à l'ensemble des réquisits idéologiques sur lesquels il s'élève, notre schéma de contrôle de constitutionnalité des lois est, ou non, conséquent, accordé avec lui-même, lorsqu'il conserve le mode de saisine qui est le sien.

C'est à ce type de considération que l'on souhaiterait ici s'attacher. Ou plus exactement à la dimension conjoncturelle de cet angle d'attaque : cela revient à se demander si, eu égard au contexte juridique qui est celui de la France aujourd'hui, l'harmonie première du système est encore maintenue<sup>4</sup>. Certaines interrogations radicales naissent en effet de ce qu'est devenu le statut contentieux de la loi dans l'architecture générale du paysage juridictionnel français. Et ce sont elles qui, semble-t-il, permettent désormais de discuter le plus utilement de l'ouverture, ou non, de la saisine du Conseil constitutionnel.

---

éthique si l'on veut, selon laquelle les intellectuels se doivent la plus grande clarté possible sur le *statut* des arguments qu'ils emploient : qu'une conviction morale, politique, religieuse, etc. peut parfaitement être entendue à condition de s'afficher comme telle. Le positiviste, sous ce rapport, n'est évidemment pas celui qui croit en la « pureté » du droit – qui y croit ? –, mais celui dont le projet consiste à faire ce qu'il peut pour renoncer à l'escroquerie par laquelle il serait amené à dissimuler, volontairement ou non, une conviction subjective sous les apparences d'un discours « juridique ». C'est pour cela, et peut-être pour cela seulement, que la question de savoir comment et avec quoi l'on peut essayer de faire science dans le domaine du droit présente un intérêt. Il n'y a rien, là-dedans, qui pousse à croire en la neutralité du droit ou à renoncer à « l'engagement ». Plutôt le contraire : c'est parce que le positiviste – au moins au sens où, dans une filiation kelsenienne bien comprise, on peut se le représenter – *sait* que le droit ne *peut pas* être neutre qu'il tente de se donner à son propos les moyens d'un certain discernement. Et c'est aussi parce qu'il veut croire en la possibilité d'un engagement véritable, c'est-à-dire effectué au titre d'une subjectivité assumée contre la règle à ses yeux injuste, qu'il essaie de ne pas trop voiler ses sentiments sous un masque de (fausse) science.

4. Cet angle d'attaque n'est pas le seul légitime. Toujours au sujet de la saisine du Conseil constitutionnel, on pourrait aussi s'interroger sur telle dimension plus structurelle de la cohérence de l'état de droit français. Une enquête *de commodo et incommodo* gagnerait notamment à être diligentée sur la question des conflits constitutionnels – c'est-à-dire des conflits d'interprétation de la règle constitutionnelle entre pouvoirs institués – là où aucun (autre) juge ne se reconnaît de compétence utile pour trancher. Le célèbre problème, irrésolu en droit, de l'obligation faite, ou non, au président de la République de signer des ordonnances de l'article 38 en période de cohabitation reste, entre autres, assez saillant pour que l'on ne perde pas cela de vue. Il n'est guère cohérent qu'il ne soit pas loisible aux principaux pouvoirs publics de solliciter un avis constitutionnel, lorsqu'une difficulté se fait jour au sujet de leurs relations mutuelles, au juge que la Constitution a largement créé *pour* assurer une certaine police des relations entre les institutions.

Expliquons-nous : par où que l'on prenne le sujet, l'objection la plus fondamentale à l'introduction, sous une forme ou sous une autre, d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* revient sans conteste à énoncer que, « admettre un tel recours, c'est renoncer à l'immunité juridictionnelle de la loi promulguée. Or, d'un point de vue institutionnel, cela fait partie, en quelque sorte, de notre héritage républicain ; et d'autre part, c'est lié à l'idée de sécurité juridique dont elle constitue une garantie. En l'état actuel du droit positif, chacun est en droit de considérer que la stabilité de la loi promulguée est assurée et que l'on peut bâtir des projets sur la base de cette loi<sup>5</sup> ». Reste que, et c'est tout le problème, on peut sensément se convaincre désormais que l'immunité juridictionnelle de la loi est bel et bien défunte en conséquence du contrôle généralisé de sa conventionnalité internationale par les juges ordinaires<sup>6</sup>. Le thème de la saisine du Conseil constitutionnel peut et doit donc, à cette lumière, être examiné à nouveaux frais. 107

## L'ÉTAT DU PROBLÈME

Passons vite sur ce qui ne semble plus devoir faire l'objet de longues discussions : le contrôle de conventionnalité internationale de la loi par les juges administratifs et judiciaires équivaut, matériellement parlant, à un contrôle de sa constitutionnalité<sup>7</sup>. Il faut dire et redire que la masse des règles internationales et européennes directement applicables sur le sol français inclut et dépasse en volume, en périmètre et, parfois, en précision, le corpus de nos règles constitutionnelles<sup>8</sup>. Aussi bien, lorsque le juge du tribunal de Melun accepte, à la demande d'un requérant, de ne pas appliquer telle loi dont il estime le contenu contraire à une norme internationale, il agit techniquement de la même manière que s'il avait

5. Louis Favoreu, « Sur l'introduction hypothétique d'un recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 10, 2001, p. 102.

6. Louis Favoreu en convient évidemment dans l'étude que l'on vient de citer. Il tempère seulement, on y reviendra, l'impact du contrôle de conventionnalité en raison de l'effet relatif des jugements auxquels il donne lieu.

7. Cela s'entend sous la seule réserve que ce contrôle porte sur le respect des seuls droits de fond. Les questions de procédure législative – « purement » constitutionnelles par hypothèse même – en sont bien évidemment exclues.

8. La liste des droits fondamentaux protégés est – on peut s'éviter d'ergoter à ce propos – globalement équivalente ici et là, mais, comme chacun sait, le droit communautaire fournit de son côté un réservoir normatif infiniment plus vaste que celui qui se circonscrit au champ *lato sensu* des droits de l'homme.

le pouvoir de manier la Constitution et parvient au même résultat. Il le fait seulement avec une marge de manœuvre plus étendue, puisque son contrôle porte aussi sur le respect de normes vulgaires, au sens où elles n'ont rien de matériellement constitutionnel<sup>9</sup>. Et cela impose d'admettre que les juges ordinaires français sont placés face à la loi dans une situation qui :

– d'une part, s'apparente beaucoup plus fondamentalement à celle de leurs homologues américains qu'à celle de leurs voisins européens – comme aux États-Unis, le contrôle ordinaire de la loi est, en France, concret, diffus et dépourvu d'effet d'annulation directe ;

– d'autre part, paraît moins corsetée que celle des juges américains : le contrôle de la loi y porte, on vient de le dire, sur un ensemble de normes à la fois plus vaste et moins spécifique, et il se déploie par-dessus le marché dans un contexte infiniment plus vierge, puisqu'il n'existe pas, en France, de culture juridictionnelle particulière à ce domaine, et encore moins de mécanismes spécifiques de recours.

Cette situation débouche sur quelques paradoxes, en plus de celui que représente le principe même d'un double contrôle du respect des « mêmes » normes.

*Primo*, contre la loi, la Constitution se trouve aujourd'hui beaucoup plus mal protégée – au sens où elle l'est de manière moins constante et moins ouverte – que ne l'est le droit international. Avec ce résultat curieux : on se satisfait de voir paralyser le jeu d'une loi contraire aux dispositions d'une directive rédigée par une armée de technocrates privés – ou peu s'en faut – de la moindre légitimité politique, et l'on s'accommode sans broncher de ne pouvoir obtenir la même censure au sujet d'une loi contraire à la Constitution.

*Secundo*, dans tous les cas, c'est quand même la Constitution que protège le juge ordinaire. En effet le contrôle de conventionnalité trouve à se justifier entièrement, à la Cour de cassation comme au Conseil d'État, dans la nécessité que soit apportée une pleine garantie à l'article 55 de la Constitution<sup>10</sup>. Ici comme là, c'est cette norme, et elle

---

9. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'une loi soit écartée pour contravention à n'importe quel règlement ou directive communautaire afférente à la notion de filet de dinde ou aux procédés d'appréciation chiffrée de la cambrure des bananes.

10. En jurisprudence française, l'hésitation n'a été possible qu'un bref moment. Devant la Cour de cassation, l'avocat général Touffait laissait, en 1975, planer un léger doute au sujet du fondement juridique de l'assujettissement de la loi : il entrevoyait la possibilité que la spécificité de l'ordre juridique communautaire la fournisse elle-même, directement et exclusivement. Mais ces vues furent abandonnées, à la Cour, qui admit vite que des traités non

seule, qui est réputée prescrire utilement la supériorité des traités sur les lois. De droit, c'est parce qu'elle contrevient à la Constitution en ne respectant pas le traité que la loi, violant ce traité, encourt les foudres du juge ordinaire<sup>11</sup>. Malgré cela, l'on veut continuer à penser, comme si c'était vrai à tous égards, que le juge ne dit rien au sujet de la constitutionnalité de la loi.

*Tertio*, devant le juge ordinaire, il est loisible de parler de la constitutionnalité de la loi d'une autre manière encore : en conséquence d'une jurisprudence désormais bien acquise, la mise à l'écart de la loi pour inconstitutionnalité n'a pas lieu si le traité en cause est lui-même incompatible avec la Constitution<sup>12</sup>. De nouveau, l'exercice est pourtant acrobatique qui consiste à juger, sans dire implicitement la conformité d'une loi à la Constitution, que cette loi doit finalement être appliquée, alors qu'elle viole un traité, parce que ce traité contrevient lui-même à la Constitution.

109

---

communautaires prévalent sur la loi, puis au Conseil d'État, dès l'arrêt *Nicolo*, puisque le commissaire du gouvernement Patrick Frydmann justifia d'entrée de jeu la nécessité du revirement que l'on sait *par* une interprétation nouvelle de l'article 55 de la Constitution, sans aucun démenti postérieur. On persistera d'ailleurs à penser que cette manière de voir répond, *de la part d'un juge national*, à une quasi-nécessité, largement corrélative à celle qui, pour lui, conduit à placer la Constitution au-dessus des traités. C'est assez simple : chacun peine logiquement à placer une autorité instituée (l'autorité diplomatique, par exemple) au-dessus de la norme qui l'institue (la Constitution). Et le juge – institué, lui aussi, par la Constitution – peine plus encore à se croire fondé à statuer lui-même sur la correction juridique de cette Constitution qui l'a fait exister et protège son propre statut. Cela posé, il faut ne pas perdre de vue que la position diamétralement contraire découle tout aussi inéluctablement de la manière qu'un juge *international* a, lui, d'appréhender ces questions. Le droit international, pour se penser comme un droit, *doit* se représenter lui-même comme supérieur à toutes les normes édictées par ces États, Constitution comprise. Il ne se reconnaîtrait pas comme obligatoire sans cela. Kelsen avait conçu, au moins un moment, qu'il n'existait pas d'argument juridique absolu pour privilégier la Constitution ou le droit international. On pourrait aussi dire que l'ordre constitutionnel interne, comme l'ordre international, *ne peuvent pas ne pas se penser supérieur l'un à l'autre*. Même si, de loin, cette ambivalence semble un peu bizarre.

11. On ne dira jamais assez que le fameux considérant par lequel le Conseil constitutionnel avançait, en 1975, qu'une loi contraire à un traité n'est pas pour autant contraire à la Constitution est purement et simplement intenable en la forme. Il ne se comprend, en vérité, dans le contexte où il a été énoncé, que comme un message d'incitation à l'adresse des juges ordinaires : le contrôle de conventionnalité n'étant pas réputé avoir la nature d'un contrôle de constitutionnalité, il peut être exercé par les juges ordinaires sans que ces derniers ne portent atteinte à la compétence d'attribution du (seul) Conseil constitutionnel en matière de constitutionnalité des lois.

12. Du côté du juge administratif, c'est la résultante des arrêts CE, ass. 3-7-1996, *Koné, Rec.*, p. 255, et CE, ass. 30-10-1998, *Sarran, Levacher et autres, Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 831 ; du côté du juge judiciaire, c'est celle d'un arrêt Cass., ass. plén., 2-6-2000, *Fraise, Gazette du palais*, 24-28 décembre 2000, p. 7, note Flauss.

110 *Quarto*, et c'est de loin le plus important, il apparaît que ce qui représente, peut-être, la mutation la plus fondamentale dans la culture constitutionnelle française depuis la Révolution – à savoir la transformation radicale du rapport individuel du citoyen à la loi – est en train de se jouer en dehors du champ constitutionnel proprement dit. Il y a des siècles que l'ordre de la loi se conçoit comme inconditionnel, et que cette inconditionnalité détermine en large part l'identité même du sujet de droit : est sujet – assujetti – celui qui doit respecter et appliquer la loi, parce que le contrat social l'impose absolument. Et voici tout à coup que l'application de la loi s'opère sous bénéfice d'un inventaire en justice dont le sujet de droit est lui-même le maître. Brutalement, le citoyen se trouve investi du pouvoir de douter du bien-fondé de la loi et de la capacité de remettre en cause son empire sur lui, au nom du droit positif lui-même (en quoi la distance est grande entre ce thème du contrôle juridictionnel de la loi et celui, fondamentalement naturaliste, de la résistance à l'oppression). Nous sommes donc bien au cœur d'une rupture profonde dans l'ordre de la relation politique. Or l'exigence d'avoir à se conformer à la Constitution est, pour ainsi dire, évacuée de ce maelström. Et ce n'est tout de même pas mince. Ni mince ni dépourvu d'incidences aujourd'hui difficiles à apprécier. Car la question se pose de savoir, surtout si les choses restent en l'état, sur quelle assise s'établira la citoyenneté de demain puisque ni la loi ni la Constitution n'y parviendront plus. Serons-nous entrés pour de bon dans un univers politique déterminé de fond en comble par la relation de l'individu au juge, sans plus de discernement véritable sur ce qui le fonde, lui, à dire l'ordre légitime des choses ? Ou, contrôle de conventionnalité internationale aidant, sera-ce dans le projet plus ou moins fantasmé d'un droit commun mondial que nous ancrerons le plus gros de notre identité politique, sans égard particulier pour notre appartenance à des États ? *A fortiori* si se généralise encore la croyance ambiante (et passablement irréfléchie) en la capacité naturelle qu'auraient la « société civile » et/ou le « marché » à réguler eux-mêmes leurs relations propres en dehors ou au-delà de ces mêmes États...

On le voit, la question se pose donc actuellement de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture aux citoyens du prétoire du Conseil constitutionnel, en tant qu'elle remettrait la Constitution au centre de ce nouveau rapport de l'individu à la loi et réduirait les paradoxes techniques qui viennent d'être rappelés, représenterait une bonne solution.



## LE DILEMME DES SOLUTIONS

Avançons donc qu'il est devenu indispensable de donner aux sujets de droit le pouvoir de déclencher, par le truchement du juge ordinaire, un contrôle de constitutionnalité de la loi en vigueur, et pas seulement de sa conventionnalité internationale. Plaçons-nous, pour simplifier les choses, dans la perspective où une révision formelle de la Constitution serait décidée pour parvenir à cette fin. Et demandons-nous, de nouveau à la lumière de ce qu'est devenu le paysage du contrôle de la loi en France, ce qu'il serait conséquent de faire.

Deux familles de solutions principales semblent pouvoir se dégager – dont il est bien entendu que l'on ne saurait entrevoir ici que les plus grandes lignes.

111

*La première consiste évidemment en l'introduction d'un mécanisme de question d'inconstitutionnalité*, peu ou prou calqué sur celui prévu par les projets de révision savamment élaborés entre 1990 et 1993, et donc en un élargissement tempéré de la saisine du Conseil constitutionnel. Cela suffit-il à restaurer la cohérence du système ? Ce n'est pas certain si ce dernier n'est pas abondé par un important volet relatif au contrôle de conventionnalité internationale. Il apparaît en effet que la coexistence d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité concentré entre les mains du Conseil constitutionnel et d'un contrôle de conventionnalité diffus entre les mains des juges ordinaires menace, en l'état, de laisser perdurer – voire s'amplifier – une bonne partie des difficultés entrevues plus haut. On se souvient en effet que les deux contrôles portent volontiers sur des normes matériellement proches, si ce n'est identiques, c'est-à-dire sur des droits ou libertés équivalents et, que, par ailleurs, des conflits de compatibilité sont susceptibles d'apparaître entre les normes – constitutionnelle et internationale – applicables à la même loi. Or, dans un cas comme dans l'autre, la manière la plus sûre – la seule ? – d'assurer simultanément l'unité d'interprétation des normes possédant en gros le même objet et la primauté de la Constitution sur la règle internationale, consiste à concentrer entre les mêmes mains le contrôle de la loi dans son entier.

À structure normative constante – *i.e.* dans le cadre d'un système qui veut assurer le primat inconditionnel de la Constitution sur toutes les autres règles – le corrélat le plus immédiatement exigible à l'introduction d'une question d'inconstitutionnalité devant le juge constitu-

tionnel réside en une double mesure consistant, d'une part, à interdire au juge ordinaire de statuer lui-même sur la conventionnalité de la loi, et, d'autre part, à confier ce contrôle de conventionnalité au juge constitutionnel, saisi par le juge ordinaire selon le mécanisme mis en place pour le contrôle de constitutionnalité.

On sait que les principales objections avancées par le Conseil constitutionnel contre sa propre compétence pour contrôler la conformité des lois aux traités proviennent de la nature très particulière des effets que possède sa décision dans le cadre d'un contrôle *a priori*, *i.e.* l'annulation de la loi<sup>13</sup>. La perspective a toujours paru problématique selon laquelle une loi pourrait être irréversiblement annulée alors que le texte qui fonde son annulation est susceptible de disparaître (par exemple en conséquence de sa dénonciation) ou de perdre son applicabilité (par exemple en conséquence d'un défaut de réciprocité dans son application par l'autre État, s'il s'agit d'une convention bilatérale). Mais c'est dire là, *a contrario*, que ces difficultés peuvent justement être surmontées dans le cadre d'un contrôle effectué par voie de question préjudicielle, puisque l'effet de la sentence ne serait justement pas d'annuler la loi, mais d'en écarter le jeu de manière tout à la fois ponctuelle et, éventuellement, réversible en cas de changement dans les circonstances de droit.

Maître exclusif de l'interprétation authentique de la Constitution et du droit international dans le contentieux de la loi, le Conseil constitutionnel serait donc placé en situation d'assurer une garantie homogène et ordonnée de la hiérarchie des normes supérieures. Moyennant donc quelques aménagements limités, les projets de révision de 1993 permettraient bien de redonner une certaine harmonie à l'ordre juridique français.

*Mais l'on peut également concevoir une seconde solution*, dans le fond plus radicale encore, qui consisterait, plutôt que de le retirer, à enfoncer le clou jusqu'à la tête : cela reviendrait à doter les juges ordinaires du pouvoir d'examiner eux-mêmes la constitutionnalité de la loi en plus de sa conventionnalité.

Nul doute qu'une telle évolution soit hors de portée acceptable d'une conquête prétorienne : on s'accordera sans peine à estimer que la

---

13. Pour le développement de cette idée, on se permet de renvoyer de nouveau à notre étude, « Sur quelques incidences du contrôle... », *op. cit.*

compétence d'attribution du Conseil constitutionnel, dans le contexte étroit où elle est définie, vaut prohibition ferme de toute autre forme de contrôle de constitutionnalité de la loi<sup>14</sup>. Mais nous sommes ici convenus de postuler une révision de la Constitution, à savoir une liberté illimitée d'agir ; la table est donc rase pour en user.

Certaines objections immédiates se surmontent aisément. Rien n'empêcherait, par exemple, de limiter le jeu de l'exception (d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité) à la protection de droits de fond, et d'en exclure toute discussion de la procédure législative. Cela se peut surtout si, comme rien ne l'interdit à nouveau, l'on conserve aux autorités politiques, et à elles seules, le droit de saisir le Conseil constitutionnel avant promulgation, avec pleine latitude pour discuter alors de la protection de leurs propres droits institutionnels – procédure législative y compris – en plus des droits fondamentaux.

113

Admettons du même pas qu'une telle architecture se prête aisément au respect de deux conditions utiles.

La première porte sur les effets de la décision des juges ordinaires, qui n'aboutit évidemment pas à l'annulation de la loi. Car il faut un contrepois à cette relative bénignité du contrôle si l'on veut garder à l'esprit la nature fondamentalement anti-égalitariste d'un système où il serait nécessaire à chaque individu de recourir au juge pour bénéficier de la protection de la Constitution, et en bénéficier seul. Or ce contrepois n'est pas difficile à concevoir : moyennant tel ou tel filtre, il suffirait qu'une voie de droit permette au Conseil constitutionnel de statuer *erga omnes* sur la correction juridique de la loi. Sa décision aurait alors la valeur d'une déclaration solennelle d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, par laquelle défense serait faite à tous, jusqu'à nouvel ordre<sup>15</sup>, d'appliquer la disposition illicite<sup>16</sup>. La question se pose, au demeurant, de savoir qui pourrait ainsi recourir au Conseil<sup>17</sup>, à

14. Pour un rappel des principaux arguments susceptibles d'être opposés à une introduction prétorienne du contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, cf. Bruno Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, n° 6, p. 715.

15. S'entend : tant que la validité ou le contenu de la norme constitutionnelle ou internationale qui lui sert de fondement ne sont pas eux-mêmes remis en question ou modifiés.

16. On conçoit aisément que l'annulation rétroactive d'une loi déjà appliquée causerait de trop grands troubles à la stabilité juridique pour pouvoir être sérieusement envisagée.

17. On peut notamment se demander si, dans ce contexte, un recours dans l'intérêt de la Constitution ne devrait pas être ouvert à d'autres acteurs que les parties au procès, et notamment aux autorités actuellement investies du pouvoir de saisir le Conseil *a priori*, considérant qu'elles ne sont pas les plus mal placées pour cela.

quelles conditions<sup>18</sup>, et à quel moment<sup>19</sup>. Mais, pour peu qu'on y réfléchisse un peu, les solutions techniques ne manquent virtuellement pas dans ce domaine.

La deuxième condition porte sur le primat même du Conseil constitutionnel. Selon la logique promue, jusqu'ici, dans l'ordre juridique français, il n'est sans doute pas facilement acceptable que la loi républicaine soit l'objet d'un contrôle complètement banalisé sans qu'un juge constitutionnellement investi d'un statut spécial dispose *in fine* du pouvoir de trancher, avec le dernier mot, sur les divergences d'appréciation dont la correction juridique de cette loi peut faire l'objet. Sous ce rapport, il serait sans doute bon de doter le Conseil constitutionnel des attributs d'un juge de (super) cassation constitutionnelle et internationale, ainsi que de ceux d'un tribunal des conflits (constitutionnels et internationaux, là aussi). Telle est la condition pour que l'unité d'interprétation de la norme soit toujours susceptible d'être obtenue et la hiérarchie des règles constitutionnelle et internationale respectée<sup>20</sup>. Rien ne s'oppose en outre à ce que, là aussi, ce pouvoir d'en appeler au juge suprême soit étendu aux autorités politiques en plus des requérants individuels, et à ce qu'il soit placé sous les conditions auxquelles on jugerait bon de l'assujettir. Rien n'exclut enfin – ici comme d'ailleurs dans l'hypothèse où une logique de question d'inconstitutionnalité serait préférée à ce contrôle diffus « encapuchonné » – que l'on se saisisse de ce débat pour réfléchir aux changements de composition du Conseil constitutionnel que ces évolutions pourraient justifier de plus fort, et tout particulièrement à l'entrée en lice de magistrats professionnels issus des deux ordres de juridiction et désignés par leurs pairs.

N'allons pas plus loin. Ce qu'il s'agit seulement de pointer ici, c'est qu'aucun obstacle infranchissable ne se présente devant l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire qui ne s'éloignerait pas beaucoup de ce qui existe aujourd'hui dans le droit

18. Par exemple, de « filtrage » des requêtes.

19. En particulier, un débat devrait s'engager sur l'opportunité d'attendre l'épuisement des voies de recours ordinaires et sur les inconvénients ou incommodités qu'il y aurait à ne pas le faire.

20. Sous réserve, toutefois, de l'objection théorique « réaliste » suivant laquelle le concept de hiérarchie des normes n'est pas lui-même une norme avant interprétation, et que tout interprète, quel qu'il soit, n'est par conséquent jamais tenu par lui. Cf. en ce sens la position d'Olivier Cayla, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1999, n° 7, p. 77-86.

positif français, mais gagnerait en cohérence. On peut même aller plus loin : les aménagements techniques dont on vient d’esquisser quelques traits possibles, comme tout ce qui pourrait vraisemblablement être imaginé sur des bases comparables, va (ou irait) forcément dans le sens d’une re-concentration des pouvoirs de censure de la loi entre les mains du juge spécifiquement constitutionnel. Si paradoxal que cela paraisse, de telles mesures aboutiraient donc bel et bien à revenir en arrière par rapport au point de dilution du contrôle juridictionnel de la loi que nous avons aujourd’hui atteint par le biais de l’exigence de conventionnalité internationale. Bref, l’instauration d’un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, pour peu qu’on le chapeaute suffisamment, tendrait à nous rapprocher du modèle français originel, non à nous en éloigner encore.

115

*Reste donc à savoir comment choisir entre ces deux voies, et sur quels arguments.* Contre les apparences, la question ne relève pas, au fond, de la technique juridique. Les deux familles de systèmes, en effet, ne diffèrent vraiment que sur quatre points dont l’essence est fondamentalement d’ordre politique :

1) le degré d’amour et de confiance que l’on place en la justice ordinaire – il en faut un peu plus pour l’investir du pouvoir de juger du bien-fondé de la loi, que pour lui permettre seulement de saisir un juge constitutionnel ;

2) l’ampleur des prérogatives dont on veut doter le citoyen – le contrôle diffus hyperbolise le statut de l’individu en face de la loi, puisqu’il y détient forcément lui-même le droit de la faire juger ;

3) la valeur dont on crédite le procès pour la réalisation du droit – un système de contrôle concentré en minore la nécessité, puisque la portée générale de la sentence constitutionnelle aboutit à fixer tout de suite la règle *erga omnes*, et donc sans perspective imposée d’autres actions en justice ;

4) la symbolique dont on entend, ou non, créditer encore la loi, expression de la volonté générale, dans l’ordre républicain.

Mais qui ouvrira le débat ?

R É S U M É

---

*La question de l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel gagne aujourd'hui à être reposée à la lumière de ce qu'est devenu le statut contentieux de la loi dans l'ordre juridique français. L'immunité de la loi promulguée est en effet défunte depuis que les juges ordinaires ont acquis le pouvoir d'écarter eux-mêmes son application en cas de contrariété à une règle internationale. En outre, ce contrôle de conventionnalité internationale équivaut largement à un contrôle de constitutionnalité puisqu'il sanctionne, sur le fond, le respect de normes similaires. La question centrale n'est donc plus, dans l'absolu, de savoir s'il convient ou non de doter les citoyens du pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, mais bien de savoir si, pourquoi, et dans quelles conditions, cette réforme serait la mieux à même de redonner au contrôle juridictionnel de la loi la cohérence qu'il a aujourd'hui perdue.*