

Pascale IDOUX,

Maître de conférences en droit public à L'université Pierre Mendès-France, Grenoble II

La contradiction désigne le débat préalable à l'édiction de certains actes. L'exigence de contradiction est la règle selon laquelle certaines décisions ne peuvent intervenir qu'après que les personnes intéressées ont été mises à même de présenter devant un tiers impartial, de façon égalitaire et utile, leur point de vue et leurs arguments sur le sens de la décision à prendre. La principale illustration de cette règle demeure, en droit français, le « principe du contradictoire », dégagé par les jurisprudences administrative et judiciaire et applicable dans le cadre de la procédure juridictionnelle. La règle de la contradiction ne se limite plus, toutefois, à ce domaine, dans la mesure où son champ d'application s'est progressivement déployé pour inclure d'abord les procédures contentieuses suivies devant des autorités non juridictionnelles puis, plus récemment, des procédures non contentieuses, préalables à l'édiction de décisions variées. L'enquête publique dans le cadre d'une opération d'expropriation ou encore le débat public en amont de certains projets en sont des illustrations.

Les implications de la règle de la contradiction sont, elles aussi, en évolution, notamment sous l'influence de l'interprétation européenne des règles du procès équitable : alors que l'exigence supposait à l'origine la discussion par les parties au procès des seuls arguments versés au débat par un adversaire, elle tend désormais à imposer plus largement la discussion de l'ensemble des arguments susceptibles d'influencer la décision finale, que ces arguments soient versés au débat par une partie ou par un tiers impartial : juge soulevant d'office un moyen ; commissaire du gouvernement défendant, en toute indépendance, un point de vue sur l'affaire.

La logique à l'œuvre dans le déploiement progressif de l'exigence de contradiction résulte de la conjonction de deux facteurs : d'une part, le contexte de relativisation des valeurs et de « crise de l'intérêt général », résultat du scepticisme de la société civile envers la capacité des pouvoirs politiques et administratifs à découvrir seuls le sens d'un intérêt général qui serait immanent ; d'autre part, la redécouverte de la fonction, certes classique, du débat, comme instrument de découverte, sinon de la vérité, du moins de la meilleure décision possible.

Qu'il s'agisse d'appliquer une norme ou même, en amont, de l'édicter, la tenue préalable d'un débat contradictoire tend ainsi à devenir une garantie d'acceptabilité de la substance de la décision. La contradiction cesse progressivement d'être perçue comme un instrument de défense des seuls intérêts subjectifs en litige, pour se dévoiler progressivement comme un outil de qualité de la décision, desservant une fonction objective de régulation de la complexité. Si le phénomène est patent en droit administratif français¹, il l'est toutefois moins en droit constitutionnel, où la situation tend au paradoxe : la pratique, diffuse, de la contradiction, témoigne de l'utilisation croissante de sa fonction objective. Pourtant, l'appréhension de la règle y demeure largement inachevée, biaisée par l'utilisation de cadres conceptuels réducteurs, en particulier ceux du contentieux et des droits de la défense.

¹ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Thèse dactyl., Université Montpellier I, 2003

I – L'UTILISATION AVÉRÉE DE LA FONCTION OBJECTIVE DE LA CONTRADICTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL

La pratique de la contradiction, est d'ores et déjà révélatrice du rôle régulateur du débat contradictoire : comment expliquer, en effet, la diffusion de la contradiction dans le cadre du procès constitutionnel ou plus généralement dans l'ensemble du processus normatif – en particulier législatif – sinon comme une reconnaissance implicite du rôle régulateur et, partant, de la fonction objective du débat contradictoire ?

A) LA DIFFUSION DE LA CONTRADICTION DANS LE PROCES CONSTITUTIONNEL

Le thème est désormais bien connu, aussi n'est-il pas utile d'y insister longuement : Le procès constitutionnel considéré au sens large² recouvre des réalités différentes du point de vue de la contradiction, dans la mesure où les règles, comme la pratique, varient selon l'objet de la procédure³ : la contradiction, on le sait, s'impose juridiquement dans le seul cadre du contentieux électoral, instruit selon des procédés largement comparables à ceux qui s'imposent devant le juge administratif en matière électorale⁴. Néanmoins, la pratique a conduit à développer l'instruction contradictoire bien au-delà. En premier lieu, la contradiction a été améliorée en matière électorale par l'introduction, en 1995, de la possibilité d'une discussion orale. En second lieu et surtout, la contradiction s'est progressivement développée dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux et surtout des lois ordinaires⁵. A ce jour, l'instruction s'y déroule de la façon suivante : Le texte de la saisine est communiqué au gouvernement. Une réunion entre le secrétariat général du gouvernement et le rapporteur chargé d'instruire l'affaire précède la formalisation des observations en réponse du gouvernement, communiquées aux auteurs de la saisine aux fins d'une éventuelle réplique.

La procédure n'est pas encore, néanmoins, parfaitement contradictoire et ce, en raison de plusieurs insuffisances : tout d'abord, l'égalité entre les contradicteurs n'est pas totale, dans la mesure où les parlementaires éventuellement auteurs de la saisine ne sont nullement conviés à

² P. JAN, *Le procès constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Systèmes, droit, 2001.

³ Cf. notamment J.-P. CAMBY et S. COTTIN, *La procédure devant le Conseil constitutionnel*, La documentation française, coll. Documents d'études, 1999.

⁴ Cf. J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Sirey, 1996 ; E. BOITARD, *Le contentieux électoral dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Paris V, 2000.

⁵ Pour une présentation détaillée des étapes de cette évolution, cf. notamment F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel, Tome I, Organisation et attributions*, 2^{ème} édition, Economica, 1997 ; D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1998 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., 1998 ; P. AVRIL et G. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, coll. Clefs, 4^{ème} édition, 1998 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 5^{ème} édition, Montchrestien, 1999 ; P. JAN, *Le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 152 et suiv. ; M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », in *La contradiction en droit public français et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de l'I.E.A., Université Jean Moulin Lyon III, 19 mai 2000, *R.F.D.Adm.* 2001, p. 339 et suiv. et P.-E. SPITZ, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU (Dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, coll. « Inter-National », 2004, p. 117 et suiv.

la réunion entre le rapporteur et le secrétariat général du gouvernement et où les notes complémentaires ou fiches susceptibles d'accompagner les observations en réponse du gouvernement ne sont pas communiquées aux auteurs de la saisine⁶ ; Ensuite, tous les éléments sur lesquels se fonde la décision du Conseil constitutionnel ne donnent pas lieu à discussion contradictoire : ni le résultat des éventuelles consultations auxquelles le rapporteur est susceptible de se livrer⁷, ni les moyens d'inconstitutionnalité soulevés d'office, ne donnent lieu à communication et à discussion préalable – du moins pas avec les auteurs de la saisine. Enfin, il est parfois – mais pas unanimement⁸ - déploré que la pratique ne trouve pas de traduction dans une modification formelle des textes encadrant l'intervention du Conseil constitutionnel et que le gouvernement soit seul habilité à défendre le texte en cause, quand bien même le contenu des dispositions litigieuses serait d'origine parlementaire⁹.

En dépit de ces insuffisances, parfois expliquées par le bref laps de temps dans lequel est enfermée la procédure, l'amélioration continue de la contradiction devant le Conseil constitutionnel témoigne de la reconnaissance implicite de son importance : la contradiction y semble effectivement perçue comme un instrument incontournable de légitimation de la décision du Conseil constitutionnel, dont on peut difficilement contester aujourd'hui qu'elle est créatrice de droit¹⁰. D'autres évolutions de la pratique, assurant la visibilité de la contradiction, confortent par ailleurs l'insertion du procès constitutionnel dans un processus contradictoire.

B) L'INSERTION DU PROCES CONSTITUTIONNEL DANS UN PROCESSUS NORMATIF CONTRADICTOIRE

La contradiction est susceptible de s'appliquer non seulement à une procédure considérée isolément - par exemple la procédure d'examen de la constitutionnalité de la loi ordinaire - mais aussi à un processus plus vaste, dont les diverses procédures ne sont que les étapes ou éléments constitutifs.

⁶ Cf. notamment les développements de P. JAN sur la question de l'égalité des armes entre les parties devant le Conseil constitutionnel (*Le procès constitutionnel, op. cit.*, p. 161 et suiv.).

⁷ G. VEDEL, sans condamner cette pratique, a parfaitement résumé son caractère imparfaitement contradictoire dans les termes suivants : « *ce qui peut faire objection à cette pratique, c'est non la très large ouverture à l'information, mais la présence du contradictoire. Car il ne suffit pas, pour satisfaire aux exigences de celui-ci que des arguments soient fournis par des informateurs ayant des positions différentes, mais que des arguments soient échangés, croisés et non mis en parallèle. En d'autres termes, il faut que chacun des antagonistes puisse connaître ce que l'autre ou les autres ont dit au Conseil et puisse répliquer* » (« Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1, p. 59 et suiv.).

⁸ Cf. par exemple l'argumentation développée par G. VEDEL au soutien d'un *statu quo* en la matière : « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 537 et suiv.

⁹ La proposition de R. BADINTER en vue d'une meilleure association des parlementaires au débat préalable à la décision du Conseil constitutionnel n'a pas rencontré d'écho favorable, y compris dans les rangs des parlementaires. L'explication proposée par G. VEDEL à l'appui du *statu quo* en la matière repose sur des arguments pragmatiques : « *logiquement, il est aberrant que le seul interlocuteur « officiel » du Conseil soit le secrétariat général du gouvernement. Or, à l'expérience, il se trouve que c'est le seul interlocuteur possible et que, même si l'on en imaginait d'autres, il demeurerait le meilleur* ». En effet, si, concernant le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, « *le « défendeur » naturel serait le législateur lui-même* », celui-ci, « *procéduralement, est introuvable* » (G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 547).

¹⁰ Pour une formulation particulièrement nette du lien entre qualité de la procédure d'instruction et légitimité des décisions du Conseil constitutionnel, cf. notamment les contributions de J. ROBERT et M. TROPPER in *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, L.G.D.J., 1998, respectivement p. 45 et p. 190.

Parmi les processus contradictoires, on peut distinguer les processus globalement contradictoires et les processus intégralement contradictoires. Les premiers sont constitués d'échanges de points de vues successifs, plus ou moins formalisés (opinion manifestée de façon informelle, avis, décisions diverses), dont l'élaboration n'est pas elle-même nécessairement contradictoire ; les seconds sont intégralement contradictoires, dans la mesure où non seulement la succession de procédures forme un débat contradictoire, mais la contradiction préalable s'exerce également à chaque étape du processus, autrement dit, à l'intérieur de chacune des procédures qui forment le processus contradictoire¹¹.

En droit comme en pratique, le processus normatif est d'ores et déjà globalement contradictoire : l'élaboration des règles de droit, en particulier celle de la loi, ne peut guère être réduite à la seule procédure formellement applicable à l'adoption de la règle¹². Au contraire, elle résulte d'un processus dont les étapes commencent bien avant la procédure parlementaire et se poursuivent après elle, notamment - mais pas exclusivement - en cas de saisine du Conseil constitutionnel. Alimenté en amont par les réflexions suscitant le projet ou la proposition - ainsi que par le résultat de diverses consultations - à commencer par celle du Conseil d'Etat, le processus normatif n'est que momentanément achevé par le vote de la loi : en effet, il se poursuit en aval, le cas échéant par une décision du Conseil constitutionnel¹³, mais aussi par l'intermédiaire d'autres contentieux nationaux et supranationaux éventuels¹⁴, des décisions d'application de la loi et, plus largement, des réactions, réflexions et discussions générées par chacune des étapes du processus. Chacune des étapes de ce processus vient en quelques sortes trancher, momentanément, le débat contradictoire formé par les échanges de points de vues supportés par chaque avis ou décision précédemment intervenu¹⁵.

Si ce continuum normatif existe de longue date, deux tendances d'évolution tendent aujourd'hui à en renforcer le caractère contradictoire.

En premier lieu, le processus, déjà globalement contradictoire, tend à le devenir intégralement, dans la mesure où l'application de la contradiction à chacune des procédures qui le composent tend à s'imposer : débat public formalisé en amont¹⁶, caractère

¹¹ Pour une présentation développée de cette distinction et de sa portée, cf. P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 590 et suiv.

¹² En ce sens, notamment, R. DRAGO (Dir.), *La confection de la loi*, P.U.F., Coll. Cahiers des sciences morales et politiques.

¹³ Cf. Y. GAUDEMET, « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 organisé par l'université de Paris II, L.G.D.J.-Montchrestien, 1988, p. 87 et suiv. ; « La VIème République : Quel Conseil d'Etat ? », *R.D.P.*, 2002, p. 376 et suiv. ; J.-F. THERY, « L'élaboration du droit : la fonction consultative », in *Deuxième centenaire du Conseil d'Etat. Journées d'études*, La Revue administrative-P.U.F., 2001, vol. I, p. 486 et suiv. ; G. DRAGO, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans la confection de la loi », in R. DRAGO (Dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p. 63 et suiv.

¹⁴ Cf. Notamment F. LICHERE, L. POTVIN-SOLLIS et A. RAYNOUARD (Dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux*, Actes du colloque du 10 février 2003, Metz, Bruylant, 2003.

¹⁵ Cf. en ce sens D. ROUSSEAU (Dir.), *La démocratie continue*, Bruylant-L.G.D.J., 1995 ; « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières », in *L'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges P. PACTET*, Dalloz, 2003, p. 885 et suiv., en particulier les développements sur le thème « Etat de droit et délibération », p. 892 et suiv.

¹⁶ Les débats publics en amont de décisions de portée générale tendent à se multiplier, soit sous la surveillance de la Commission nationale du débat public, selon la procédure instituée par les articles L. 121-1 et suivants, issus de la loi n° 95-101 du 2 février 1995, modifiés par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, soit selon des procédures *ad hoc* organisées par les ministères compétents, notamment celles qui ont été suivies pour le débat public sur la politique de l'eau, le débat public sur l'avenir de l'école, le débat public sur l'euthanasie ou encore le débat public sur la Charte constitutionnelle de l'environnement. Sur la multiplication de ces procédures et les implications de leur déploiement, cf. notamment S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'Etat*, L.G.D.J., coll. Systèmes-Droit public, 2001 ; P. ZEMOR, *Pour un meilleur débat public*, Presses de

contradictoire de l'instruction des avis du Conseil d'Etat et des décisions du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi ; procédure contradictoire en voie de généralisation préalablement à l'édiction des décisions administratives individuelles¹⁷ et, évidemment, procédure contradictoire en cas de contestation contentieuse des décisions administratives réglementaires ou individuelles.

En second lieu, la visibilité du débat contradictoire à propos de la norme s'accroît tout au long du processus normatif, si bien que la discussion tend à échapper aux cercles institutionnels successivement compétents pour se situer sur l'espace public¹⁸. Si les avis du Conseil d'Etat demeurent en principe secrets, il n'en va pas de même des débats publics en amont, des travaux et débats parlementaires de plus en plus aisément accessibles *via* Internet, et du débat à propos de la constitutionnalité de la loi, dans la mesure où le texte de la saisine et celui des observations en réponse et en réplique sont désormais publiés avec la décision du Conseil constitutionnel. Le cheminement vers la transparence du débat n'est pas parvenu à son terme, notamment du fait de l'absence de publicité de l'intégralité des discussions ou consultations durant la procédure d'instruction devant le Conseil constitutionnel. L'institution, devant le Conseil constitutionnel, d'une audience publique¹⁹ et d'un équivalent du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives de droit commun, serait un progrès à cet égard²⁰. Quoi qu'il en soit, l'évolution est d'ores et déjà suffisamment substantielle pour témoigner de l'importance pratique de la contradiction tout au long du processus normatif, son amélioration continue dénotant une exploitation croissante de la fonction objective de la contradiction. La publication des éventuelles opinions dissidentes des membres du Conseil constitutionnel, encore proscrite en droit français, parachèverait le développement du « dialogue des juges » et, au-delà, le phénomène de déploiement de la contradiction dans le processus normatif²¹.

Les résistances rencontrées par une telle perspective d'évolution sont révélatrices du paradoxe auquel il a déjà été fait référence : si la pratique témoigne de l'utilisation croissante des potentialités du débat contradictoire, l'appréhension juridique du rôle de ce dernier s'avère en retrait, encore largement endiguée par une conception fermée de la décision normative : alléguer aujourd'hui le risque d'atteinte à l'autorité des décisions du Conseil pour déconseiller la publication des opinions dissidentes implique que la légitimité de ces décisions pourrait procéder du postulat selon lequel il existe, *a priori*, une vérité unique qui aurait été découverte consensuellement par le juge. Démentie par la pratique, cette conception fermée des fondements de la légitimité de la décision normative a pour corollaire une appréhension juridique minimaliste du rôle de la contradiction.

sciences po, coll. La bibliothèque du citoyen, 2003 ; S. RUI, *La démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, Armand-Colin, 2004.

¹⁷ Sur le fondement de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'Administration, *J.O.* du 13 avril, p. 5646.

¹⁸ D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, préc.

¹⁹ Cf. en ce sens le souhait exprimé par R. BADINTER, « Pour une juridictionnalisation du Conseil constitutionnel », *La vie judiciaire*, 6-12 mars 1995, p. 1 : « S'agissant du contrôle de constitutionnalité, je conçois une audience publique, avec d'excellents juristes soutenant tant le point de vue de l'opposition que celui du gouvernement. Les débats seront rapportés, commentés. La décision interviendra quinze jours après. ». Cf. dans le même sens le témoignage de l'auteur dans la *R.D.P.*, 1998, n° spécial, *Les quarante ans de la Vème République*, p. 1333 et suiv., spéc. p. 1335, rappelant la prise de position explicite de H. KELSEN en ce sens (« La garantie juridictionnelle de la Constitution », *R.D.P.* 1928, p. 248). D'autres auteurs expriment aujourd'hui le même souhait, notamment D. ROUSSEAU, *Chronique, R.D.P.*, 1996, p. 15.

²⁰ En ce sens, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français, op. cit.*, p. 302.

²¹ En ce sens notamment, D. ROUSSEAU, « Pour : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, p. 113 et suiv. ; « Pour les opinions dissidentes », in *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 1999, p. 323 et suiv.

II : L'APPREHENSION PARTIELLE DE LA CONTRADICTION PAR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

L'essence de la contradiction n'est pas encore saisie dans sa totalité par le droit constitutionnel. La contradiction y demeure largement conçue comme un instrument de défense des intérêts de contradicteurs en litige, à l'occasion d'un contentieux. La distance entre ce qu'est le débat contradictoire et ce qu'en donne à voir le droit constitutionnel est perceptible à deux égards : d'une part, la tenue d'un débat contradictoire demeure inexactement justifiée par la présence d'un contentieux devant le Conseil constitutionnel ; d'autre part, la jurisprudence constitutionnelle continue d'appréhender l'exigence de contradiction à travers une règle qui dessert une fonction pourtant différente : celle des droits de la défense.

A) LE PRISME INADAPTE DU CONTENTIEUX DANS LE PROCES CONSTITUTIONNEL

La diffusion de la contradiction dans le cadre du procès constitutionnel a d'ores et déjà été soulignée, comme certaines de ses limites ; si ce phénomène de diffusion en perfectionnement continu témoigne de l'utilisation croissante des potentialités du débat contradictoire, les limites qui endiguent à ce jour le parachèvement de l'évolution témoignent d'une conception encore partielle de la contradiction, liée de façon erronée à la présence d'un contentieux.

La montée en puissance de la pratique de la contradiction devant le Conseil constitutionnel se heurte donc au tracé mal situé des frontières de la contradiction. Fût un temps, la limite généralement admise était celle des procédures juridictionnelles. Longtemps, l'enjeu de la contradiction devant le Conseil constitutionnel a donc été indissociablement lié à celui de son caractère juridictionnel. Il est toutefois désormais largement admis que la nature juridictionnelle ou non juridictionnelle du Conseil n'est nullement déterminante à cet égard. En revanche, le lien entre contradiction et contentieux, juridictionnel ou extra juridictionnel, demeure largement admis²², alors même qu'il semble s'agir d'un lien plus contingent que structurel : limiter la contradiction au contentieux revient à faire de son domaine d'application privilégié ce qu'il n'est pas, c'est à dire un élément de son statut, sinon de sa définition²³. Il n'est nul besoin, pourtant, que des points de vues potentiellement divergents soient défendus par des parties formellement en litige pour que la contradiction trouve à s'appliquer utilement²⁴. Dès lors que la décision émerge d'un contexte d'incertitude et de relativité, la tenue d'un débat contradictoire est de nature à rendre plus acceptable l'inévitable part de subjectivité du choix dont elle procède et, partant, d'en conforter l'autorité. L'utilité de la

²² L'intervention de G. ABADIE au 2^{ème} congrès de l'A.C.C.P.U.F. à Libreville, les 13 et 16 septembre 2000, est emblématique de ce point de vue : selon cet ancien membre du Conseil constitutionnel, « *Dans le cadre du contrôle préventif et abstrait « à la française », la question du respect du principe du contradictoire n'a tout simplement pas lieu de se poser...puisque'il est en droit inapplicable, faute de parties à la procédure* » (extrait rapporté par P.-E. SPITZ, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 131). En droit administratif, la thèse d'une liaison essentielle entre contradiction et contentieux est solidement argumentée par O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Tome CLI, 1988.

²³ Cf. P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 369 et suiv.

²⁴ En ce sens notamment, O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *in L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 629 et suiv.

contradiction devant le Conseil constitutionnel n'est donc nullement limitée aux hypothèses formellement contentieuses.

Pourtant, la liaison implicite entre contradiction et contentieux y demeure perceptible à plusieurs égards, qu'il s'agisse de données pratiques ou de la justification doctrinale qui leur est généralement apportée :

En premier lieu, l'exclusion de toute contradiction dans les hypothèses où le Conseil intervient de plein droit témoigne d'une exploitation insuffisante des potentialités du débat à propos de la norme en formation : faute de « parties » en litige, la contradiction serait, ainsi qu'en conviennent assez facilement certains observateurs, « inutile²⁵ ». La relativité du travail d'interprétation effectué dans le cadre du contrôle des lois organiques n'est pourtant pas d'une nature différente de celle qui entraîne le besoin de contradiction dans les autres procédures²⁶. La pratique récente, qui a pu conduire à l'ébauche d'un débat contradictoire concernant une loi organique, tend à le démontrer²⁷.

En second lieu, l'absence de contradiction à propos des arguments non versés au débat par les « parties », comme les moyens soulevés d'office, repose sur une logique semblable, présupposant curieusement l'objectivité de l'interprétation dès lors qu'elle ne tranche pas entre des lectures « partisans » et se contente de statuer sur des questions de « pur droit »²⁸.

En troisième et dernier lieu, le débat contradictoire interne au Conseil constitutionnel demeure généralement indigent, les conseillers découvrant encore largement la teneur des moyens et les éléments de leur discussion lors du délibéré – bien que là encore, la pratique soit en voie d'amélioration²⁹. C'est là le signe d'une liaison impropre entre contradiction et contestation formalisée, alors que la tenue d'un véritable débat entre les membres du Conseil présenterait une utilité objective comparable, du point de vue de la recherche de la meilleure solution possible, à la tenue d'un débat entre auteurs d'une saisine et défenseurs d'un texte de loi voté. Certains membres du Conseil en conviennent d'ailleurs ouvertement³⁰.

²⁵ En ce sens notamment, P. JAN, *Le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 152 : « la contradiction est inutile pour les actes transmis obligatoirement au Conseil » ; *cf.* également p. 164.

²⁶ Ainsi que le résume parfaitement E. SPITZ, (*La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 121) : « La procédure devant le Conseil constitutionnel est par elle-même un moyen de légitimation et peut-être même le seul. Les droits fondamentaux de la personne humaine ne sont pas d'une essence intemporelle. (...) Leur contenu est l'objet d'une redéfinition permanente au cours de ce que l'on pourrait appeler une « talking cure » (...). A cet égard, les grands principes généraux de la procédure juridictionnelle, principe du contradictoire et égalité des armes ne sont pas simplement les conditions extérieures du procès constitutionnel au cours duquel seraient mesurées les normes législatives aux droits fondamentaux, ils sont les conditions même tant de leur définition que de leur application ».

²⁷ *Cf.*, remarqué par P.-E. SPITZ, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 129, l'épisode innovant qui a suivi le vote de la loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale : ainsi que le relate l'auteur, « les deux présidents des Commissions des lois ont tenu à faire part au Conseil, l'un de ses « interrogations » (Sénat, mémoire du 25 avril 2001), l'autre de ses « observations » (A.N., mémoire du 2 mai) ».

²⁸ L'idée selon laquelle la contradiction serait plus utile concernant les éléments de fait qu'au sujet des questions de droit a notamment été avancée par D. LABETOUILLE au vu de son expérience à la section du contentieux du Conseil d'Etat : « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 252.

²⁹ Le projet de décision élaboré par le rapporteur, est d'ores et déjà communiqué un ou deux jours à l'avance aux autres membres du conseil. En revanche, nulle communication préalable de la teneur des questions en discussion n'a traditionnellement lieu. Le service juridique du Conseil constitutionnel a récemment fait état d'une évolution de la pratique, rapportée en ces termes par E. SPITZ (*op. cit.*, p. 135), « le Conseil constitutionnel constitue à l'usage des membres du Conseil avant la séance un petit dossier qui répertorie les points de droit qu'il faudra trancher et les questions qui doivent faire l'objet de débat. Cette pratique nouvelle s'inspire de ce que fait le Conseil d'Etat avant le passage en section ou en Assemblée ».

³⁰ *cf.* N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 114, mars 2001, p. 179 et suiv., tout particulièrement p. 185.

Il ressort de ce très bref exposé que les insuffisances de la contradiction devant le Conseil constitutionnel sont très largement liées à la méconnaissance de l'utilité d'un débat contradictoire hors les hypothèses formellement contentieuses. Il y a là un signe de la conception « défensive » de la contradiction, qui irrigue par ailleurs la jurisprudence constitutionnelle.

B) LE PRISME REDUCTEUR DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

La situation de l'exigence de contradiction dans la jurisprudence constitutionnelle est ambiguë : en effet, celle-ci n'est ni totalement absente du bloc de constitutionnalité, ni reconnue à part entière. Si les références au principe de la contradiction tendent à se multiplier dans la jurisprudence contemporaine, leur portée continue d'être débattue.

Selon certains auteurs, la valeur constitutionnelle du principe de la contradiction a d'ores et déjà reçu une consécration expresse. Cependant, outre le fait que tous ces auteurs ne font pas référence à la même décision de principe³¹, les formulations sur lesquelles s'appuient leurs allégations n'emportent pas nécessairement la conviction.

En effet, la contradiction, parfois appréhendée comme un simple élément du principe constitutionnel des droits de la défense³², est, au mieux, mentionnée comme un « corollaire » de ce principe³³ par la jurisprudence.

Estimer aujourd'hui que la contradiction a d'ores et déjà reçu une consécration constitutionnelle explicite implique donc d'accepter que son contenu soit réduit à celui des droits de la défense ; or ni l'équivalence entre la contradiction et les droits de la défense, ni l'inclusion de la première dans les seconds, n'emportent la conviction³⁴.

Disons simplement, dans un souci de concision, que là où les droits de la défense supposent une discussion bilatérale et verticale, entre l'intéressé et le décideur, la contradiction implique plus largement une discussion triangulaire, comportant des échanges horizontaux entre les contradicteurs, devant un tiers impartial appelé à trancher le débat. Ni la structure des deux procédures, ni leurs fonctions et champs d'applications respectifs, ne peuvent être confondus, bien qu'ils se recoupent parfois. La fonction de la contradiction est

³¹ B. GENEVOIS (*La jurisprudence du Conseil constitutionnel – Principes directeurs*, Paris, éd. STH, 1988, n° 428, p. 263 ; « Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 89-268 DC, *R.F.D.Adm.* 1990, p. 157) estime cette consécration acquise depuis la décision n° 89-268 DC du 29 octobre 1989 alors que B. MATHIEU et M. VERPEAUX (*Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2003, pp. 691-692) voient dans la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 la décision de principe en la matière, tout en précisant, toutefois, que le Conseil « avait déjà reconnu de manière plus implicite ce principe dans la décision n° 84-184 DC » du 29 décembre 1984.

³² Il en va notamment ainsi des décisions où le grief d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance de l'exigence de contradiction est examiné parmi un ensemble de considérants figurant sous l'intitulé « *en ce qui concerne les droits de la défense* ». Cf. notamment en ce sens la décision n° 84-184 DC, considérant n° 35 ou la décision n° 89-268 DC, considérants n° 57 à 60.

³³ Décision n° 99-416 DC du Conseil constitutionnel, considérants 36 à 38.

³⁴ En ce sens, O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *préc.* ; O. GOHIN, « La contradiction avant l'article 6 § 1 », in *La contradiction en droit public français et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque précité, *R.F.D.Adm.* 2001, p. 2 et suiv. ; J.-L. AUTIN, « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative », in *E.D.C.E.* n° 52, La documentation française, 2001, p. 389 et suiv.

moins la défense des intérêts des contradicteurs que la recherche de la meilleure décision possible. En effet, comme on l'a dit précédemment, la contradiction préalable est l'instrument qui permet à la fois une décision en connaissance de cause et une décision impartiale. Dès lors, le champ d'application de l'exigence de contradiction déborde aujourd'hui celui des droits de la défense, puisque la contradiction s'impose aujourd'hui dans des domaines où il s'agit moins de défendre un intérêt déterminé que de rechercher une solution acceptable dans un contexte d'incertitude, de relativité des vérités, même scientifiques. Pour résumer l'essence de la contradiction de façon imagée, on peut dire qu'il s'agit, à l'image du droit de vote, d'un droit-fonction, dont l'utilité sociale déborde largement l'intérêt de son titulaire considéré individuellement³⁵.

Est-ce à dire, cependant, que la règle de la contradiction ne possède pas, à ce jour, une valeur constitutionnelle ? Tel n'est pas le sens de la présente analyse, dans la mesure où l'absence d'utilisation des diverses voies envisageables pour une constitutionnalisation autonome de l'exigence de contradiction³⁶ n'empêche nullement cette dernière de posséder, d'ores et déjà, une valeur constitutionnelle, du moins pour ce qui concerne son application dans le cadre des procédures juridictionnelles. La contradiction compte en effet implicitement mais nécessairement au nombre des exigences du procès équitable, dont le principe s'impose désormais sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁷. Reste que le droit positif continue de n'appréhender qu'une facette de cette exigence, toujours enfermée dans un cadre conceptuel réducteur, qui ne rend nullement compte de la vocation régulatrice de la contradiction. Il ne s'agit pas là toutefois d'une insuffisance propre à la jurisprudence constitutionnelle, dans la mesure où le même regret est susceptible d'être formulé, concernant la jurisprudence administrative.

³⁵ Pour deux présentations partiellement divergentes des relations entre contradiction et droits de la défense, cf. O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, thèse précitée et P. IDOUX, *La contradiction en droit administrative français*, thèse précitée.

³⁶ O. GOHIN (*La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 404 et suiv.) a ainsi suggéré l'utilisation de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou celle de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. O. SCHRAMECK (« quelques observations sur le principe du contradictoire », *op. cit.*, p. 638) préférant envisager pour sa part de faire dériver le principe de la contradiction des articles 14 ou 16 de la déclaration de 1789 ou encore du principe constitutionnel d'égalité devant la justice.

³⁷ Cf. notamment la formulation nette de la décision n° 2004-510 du 20 janvier 2005, loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, *J.O.* du 27 janvier 2005, p. 1412, considérant n° 9 : la disposition en cause « ne porte atteinte ni aux droits de la défense, ni au principe du procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».