

Le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois

Par

Julien Bonnet

Docteur en droit

Université Montpellier I (CERCOP)

I) L'inévitable réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois au profit d'un même juge

A) Les imperfections du mécanisme de la question préjudicielle

1) Des caractéristiques techniques incomplètes

a) Sur l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité

b) Sur les délais de jugement

c) Sur les modalités du filtrage

2) Une réponse éloignée des objectifs de la réforme

B) Les conflits avérés entre la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi

1) Un conflit déjà présent et non résolu

2) Un conflit aggravé et préoccupant

II) Les modalités pratiques de la réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois au profit d'un même juge

A) Des solutions souvent illusoirs

1) L'imperfection du renversement de la jurisprudence IVG et de la question préjudicielle de conventionnalité

2) La transformation hypothétique du Conseil constitutionnel en Cour suprême

B) Vers une utilisation audacieuse de l'article 61-1 ?

1) Un contrôle plein et entier de la loi par le juge ordinaire

2) L'utilisation de l'article 61-1 uniquement en cas de question sérieuse

La Justice de la Constitution est au cœur de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la Ve République. Et la modernité n'est pas ici un terme galvaudé. Car l'instauration d'une question préjudicielle¹ en appréciation de la constitutionnalité des lois promulguées marque la rupture définitive avec une véritable tradition française, construite autour des symboles de la souveraineté de la loi en tant qu'expression de la volonté générale et du juge « bouche de la loi ». Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose ainsi : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

Même si une loi organique devra préciser les contours de cette procédure, il est d'ores et déjà possible de saluer à sa juste valeur cet apport essentiel au droit français. Un rappel des débats de 1990 autour des propositions du Comité Vedel permet de mesurer le chemin parcouru. Appelés à se prononcer sur l'insertion dans le texte constitutionnel d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois similaire à celle adoptée le 23 juillet 2008, des parlementaires n'hésitèrent pas à manifester leur opposition en invoquant « la conception française de la suprématie de la loi, expression de la souveraineté nationale »², qui « doit être tenue comme l'expression définitive et intangible de l'état de droit »³. Le projet de 1990 fut même décrit sous les traits terrifiants « de l'arbitraire et [du] gouvernement des juges »⁴ ou d'un véritable « droit de remontrances »⁵. En bénéficiant d'une conjugaison de facteurs favorables à sa consécration, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées par la voie d'une question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel ne peut être que largement approuvée.

Cependant, cet assentiment global qui entoure le nouvel article 61-1 de la Constitution n'interdit pas de prolonger la réflexion. Car, comme toute nouvelle règle de droit, la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois recèle des incertitudes. Face au laconisme du texte constitutionnel, dans l'attente de la loi organique et des premières décisions juridictionnelles, la doctrine a d'ores et déjà pointé un certain nombre de questions encore non résolues⁶ : étendue des « droits et libertés » pouvant faire l'objet d'une question préjudicielle, articulation de la question préjudicielle avec les autres compétences du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 et en tant que juge électoral, caractère d'ordre public du moyen en inconstitutionnalité de la loi soulevé par le justiciable, soumission du Conseil constitutionnel aux règles du procès équitable,...

Pour saisir l'impact et l'efficacité réelle de cette nouvelle procédure, il est également impératif d'intégrer à la réflexion les acquis du contrôle de conventionnalité des lois exercé par l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives -regroupées sous le vocable de juge ordinaire-. Ainsi, la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois devant le Conseil constitutionnel ne peut pas s'envisager isolément : c'était le cas avant l'intervention de la révision constitutionnelle, cela l'est *a fortiori* depuis. Si les contrôles de constitutionnalité et de

¹ Sur la distinction entre exception d'inconstitutionnalité et question préjudicielle, cf. T.-S. Renoux, « L'exception, telle est la question », *RFDC*, 1990, n°4, p. 651.

² F. Delattre, *JO*, AN, 21 juin 1990, p. 2775.

³ J. Larché, *JO*, AN, 12 juin 1990, p. 1504.

⁴ J. Brunhes, *JO*, AN, 24 avril 1990, p. 605.

⁵ J. Larché, *JO*, Sénat, 12 juin 1990, p. 1889.

⁶ Voir notamment G. Alberton, « Peut-on encore dissocier exception d'inconventionnalité et exception d'inconstitutionnalité ? », *AJDA*, 2008, p. 967 ; V. Bernaud, M. Fatin-Rouge Stefanini, « La réforme du contrôle de constitutionnalité des lois une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le Comité Balladur », *RFDC*, 2008, hors-série, p. 169s. ; D. De Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in Mélanges L. Favoreu, Dalloz, 2007, p. 109 ; J. Gicquel, « L'article 26 », *LPA*, 14 mai 2008, n°97, p. 77 ; A. Roux, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP*, G, 2008, n°31, I, 175.

conventionnalité des lois sont indissociables, c'est principalement du fait qu'une même loi peut être appréciée à la fois par le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire. Or, en raison des différences formelles et matérielles entre ces deux contrôles, et contrairement à une idée largement répandue, l'utilité du contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas dissoute par l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois. L'appréciation de la conformité des lois à la Constitution conserve une spécificité qui ne doit pas être étouffée par les facilités procédurales du contrôle de conventionnalité des lois. Il est donc impératif de toujours penser ensemble l'architecture des deux contrôles, afin de disposer de l'image la plus clairvoyante possible du système français de garantie de la hiérarchie des normes, de la protection des droits fondamentaux, de la réalité de la cohérence du droit et des aspects stratégiques qui les entourent.

De plus, le contrôle du Conseil constitutionnel ne peut pas être appréhendé sans intégrer les modalités du filtrage opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation. De la même manière, la pratique par les juridictions judiciaires et administratives du contrôle de la loi par rapport au traité nous renseigne sur les modalités procédurales et les enjeux à venir du nouvel article 61-1 de la Constitution.

En considérant l'ensemble de ce vécu juridictionnel tout en adoptant une approche dynamique et complexe du contrôle de la loi, l'appréciation du nouvel article 61-1 de la Constitution devient plus nuancée. Sans privilégier un retour en arrière, il peut être reproché au constituant de s'être arrêté en chemin et d'avoir livré une réforme incomplète.

Ainsi, les caractéristiques techniques de la nouvelle procédure présentent des inconvénients. Le principe et les modalités du filtrage opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation restent incertains et sources de difficultés pratiques. Tandis que la rigueur des effets attachés à la décision d'inconstitutionnalité prise sur le fondement de l'article 61-1 semble inadaptée à la logique du contrôle *a posteriori*.

D'autre part, une décision du juge ordinaire exerçant un contrôle de conventionnalité des lois peut venir démentir la décision de conformité à la Constitution du Conseil constitutionnel. Ce type de conflit s'est déjà produit à plusieurs reprises, selon un mouvement dont l'ampleur est croissante. Et comme la révision constitutionnelle en démultiplie l'éventualité, il semble impossible de minimiser l'impact de cette fracture dans l'unité et la cohérence du droit.

De ce fait, contrairement aux apparences, le contrôle de conventionnalité des lois rassure autant qu'il inquiète. Il inquiète, non pas en raison de l'idée -aussi classique que contestable- selon laquelle l'identité matérielle des normes de référence enlèverait toute utilité au contrôle de constitutionnalité des lois, mais par le risque de conflit sur une même loi qu'il occasionne. Formellement et matériellement distincts, exercés par le Conseil constitutionnel pour l'un et par le juge ordinaire pour l'autre, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois se contredisent parfois et la révision constitutionnelle augmente ce risque de conflits. Mais d'un autre côté le contrôle de conventionnalité des lois rassure, car une observation concrète de son champ d'application et de l'ensemble des normes de référence utilisées démontre que l'utilité de la Constitution -et donc du contrôle de constitutionnalité des lois- est largement préservée, en matière de droits et libertés notamment.

Si la réflexion sur ces deux contrôles ne peut s'envisager séparément, deux enseignements peuvent ainsi en être tirés : le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées a une utilité et une pertinence, autant pratique que théorique, que ne lui ôte absolument pas le contrôle de conventionnalité des lois ; mais la disjonction de l'exercice de ces deux contrôles entre des juridictions souveraines dans leur domaine respectif de compétence produit des conflits qui ne vont cesser de s'accroître. Par conséquent, les modalités nouvelles du contrôle de constitutionnalité des lois risquent de révéler au grand jour une exigence pourtant déjà perceptible, à savoir la nécessaire réunion du contrôle des lois dans les mêmes mains juridictionnelles, soit au Conseil constitutionnel, soit -et c'est là une opinion évidemment isolée- au juge ordinaire.

Plus qu'une consécration en forme de couronnement, la révision constitutionnelle est plus certainement la première pierre d'une refonte plus vaste du système juridictionnel français. Car au-delà de l'enrichissement qu'elle apporte, cette procédure est imparfaite et doit impérativement être complétée sous peine d'être contre-productive. Dès lors, la réunion du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois semble inévitable, tant elle paraît utile et légitime (I). Une fois établi, cet impératif peut se concrétiser selon plusieurs modalités entre lesquelles le débat est largement ouvert. Mais si la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême semble l'issue la plus souhaitable, il n'est pas impossible que, de lui-même, le juge ordinaire remédie audacieusement aux lacunes du système juridictionnel français (II).

I) L'inévitable réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois au profit d'un même juge

Au-delà des apports de la réforme, un premier constat s'impose : le mécanisme de la question préjudicielle n'est pas en soi la garantie d'une parfaite cohésion en raison des incertitudes qui l'entourent et des incohérences qui la menacent (A). Tant le principe même de la question préjudicielle que les modalités du filtrage ou les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité semblent perfectibles. En envisageant les objectifs poursuivis par les promoteurs de la réforme constitutionnelle, la nouvelle procédure instaurée par le constituant n'est donc pas exempte de certaines critiques.

Mais surtout, cette procédure démultiplie les risques de conflits sur l'appréciation d'une même loi entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, dans l'exercice respectif du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois. La dissociation de ces deux contrôles est présente depuis que le juge judiciaire puis le juge administratif ont accepté de garantir le respect du principe de la primauté du traité sur les lois⁷, à la suite du déclinatoire de compétence du Conseil constitutionnel⁸. Les divergences de diagnostic sur une même loi étaient inévitables, ce qui explique l'augmentation croissante des démentis apportés par le juge ordinaire au Conseil constitutionnel. Ce conflit avéré pose d'inextricables difficultés qui ne feront que s'accroître avec la nouvelle procédure de la question préjudicielle, ce qui rend d'autant plus impératif de réunir la responsabilité des deux contrôles entre les mêmes mains juridictionnelles (B).

A) Les imperfections du mécanisme de la question préjudicielle

Afin de mettre en œuvre un contrôle de constitutionnalité des lois exercé *a posteriori*, plusieurs options sont possibles comme l'illustrent les exemples de droit comparé⁹. Mais les caractéristiques techniques choisies par le constituant français dans le nouvel article 61-1 de la Constitution se révèlent incomplètes (1). Tandis qu'en raison du choix de ce mécanisme, les objectifs affichés par le pouvoir politique pour justifier la révision de la Constitution sur ce point semblent en partie compromis (2).

1) Des caractéristiques techniques incomplètes

⁷ Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel, *Dalloz*, J, 1975, p. 497, concl. A. Touffait ; CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, *JCP*, G, 1989, n°21371, concl. P. Frydman.

⁸ CC, n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *R.*, p. 19.

⁹ Voir par ex. G. Conac, D. Maus, (dir.), *L'exception d'inconstitutionnalité. Expériences française et étrangères*, *op. cit.* ; L. Favoreu, «Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, Vol. IV, 1988, p.51 ; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Connaissances du droit, 1996 et «La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », in *Mélanges Ph. Ardant: Droit et politique à la croisée des cultures*, *LGDJ*, 1999, p. 47 ; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Clefs-politique, 3^e éd., 1998. Voir également F. Mélin-Soucramani, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Mélanges L. Favoreu*, *Dalloz*, 2007, p. 277 et « Vers la question préjudicielle de constitutionnalité ? », in G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 105.

Pour être véritablement jugée, la procédure du nouvel article 61-1 de la Constitution devra être effectivement appliquée. Mais le mécanisme de la question préjudicielle recèle des imperfections qui peuvent d'ores et déjà être relevées, à propos de l'effet de la décision d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel (a), de l'allongement des délais de jugement (b) et des modalités du filtrage (c).

a) Sur l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité

Au préalable, la question de l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution reste perfectible. Le nouvel alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution dispose : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptible d'être remis en cause* ». Il faut se féliciter de l'enrichissement de cette disposition par rapport à la proposition du Comité Balladur -reprise dans l'avant-projet de loi constitutionnelle-, qui laissait moins de pouvoir au Conseil constitutionnel pour adapter les effets de l'abrogation de la loi inconstitutionnelle¹⁰. Mais il reste une imperfection à gommer. Car, au regard des acquis de l'exercice par le juge ordinaire du contrôle de conventionnalité des lois, l'abrogation sera dans certaines hypothèses une arme trop lourde et donc inefficace.

Pour illustrer le propos, les faits d'un récent arrêt du Conseil d'État, dans lequel une disposition législative fut déclarée contraire à un traité, peuvent être repris¹¹. Soit une loi subordonnant l'accès à l'aide médicale de l'Etat à une condition de résidence ininterrompue d'au moins trois mois en France. En l'absence d'un dispositif suffisamment protecteur pour les enfants mineurs étrangers, la loi pourrait être jugée inconstitutionnelle sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹². Pour autant, le dispositif pourra continuer à s'appliquer aux majeurs étrangers ou à certains mineurs étrangers selon l'ancienneté de leur résidence.

Dans ce type d'hypothèse la disposition déclarée inconstitutionnelle pourrait continuer à produire des effets dans d'autres situations. Son abrogation serait donc injustifiée et engendrerait un vide juridique qui amoindrirait le niveau global de protection des droits et libertés des individus. La possibilité pour le Conseil constitutionnel de moduler dans le temps les effets de sa décision ne résoudra pas la difficulté¹³. C'est le principe même de l'effet automatique de l'abrogation, en cas d'inconstitutionnalité de la loi, qui est en cause. Ce cas de figure ne sera pas exceptionnel et ne fait qu'illustrer la nouvelle logique dans laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois français a pénétré. Exercé *a posteriori*, le rapport de constitutionnalité ne peut pas s'envisager uniquement sous la forme d'une confrontation entre deux textes bruts. Le principe même du contrôle des lois promulguées rend inévitable la confrontation concrète des faits au droit, ce qui suppose que la conformité de la loi à la Constitution soit variable et s'appréhende aussi en fonction des circonstances de temps, de lieu et de personne. Même s'il reviendra au juge devant lequel la question préjudicielle est posée d'appliquer aux faits la loi ou la Constitution, le Conseil

¹⁰ « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la date fixée par le Conseil constitutionnel dans sa décision. Elle ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours* ».

¹¹ CE, 7 juin 2006, Association AIDES, n°285576, constatant la violation de 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 par l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003.

¹² La Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...)* »

¹³ Avant même que les nouvelles dispositions de l'article 62 de la Constitution soient en vigueur, il est remarquable que le Conseil constitutionnel se soit déjà inspiré de la jurisprudence administrative (cf. CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC!, *RFDA*, 2004, p. 453, concl. C. Devys) pour reporter de quelques mois les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre de l'article 61 de la Constitution: cf. CC, n°2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 58, *JO*, 26 juin 2008, p. 10228.

constitutionnel ne pourra pas faire abstraction totale du contexte factuel au sein duquel la question a pris forme.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel sera certainement amené à imaginer de nouvelles techniques juridictionnelles lui permettant de contourner l'effet excessif de l'abrogation automatique. On peut dès lors penser qu'il émette des réserves d'interprétation d'un nouveau type consistant à déclarer la disposition législative en vigueur conforme à la Constitution, sous réserve de l'interpréter ou de l'appliquer selon la directive posée par le Conseil constitutionnel. La réécriture de la loi serait encore plus prégnante que dans le cadre abstrait de l'article 61 de la Constitution, puisque portant sur une loi en vigueur et non pas sur un texte en devenir de loi.

Le constituant aurait surtout du prévoir cette hypothèse en évitant l'effet automatique de l'abrogation en cas de non-conformité à la Constitution. Une solution plus adaptée aurait été de préciser que le Conseil disposait seulement de la possibilité d'abroger la loi, et qu'en dehors de cette possibilité il appartenait aux juges du fond d'écarter du litige l'application de la loi. En restant attaché à l'effet *erga omnes*, le constituant a fait preuve d'une rigidité qui obligera les acteurs juridictionnels à contourner le texte de l'article 62 de la Constitution.

b) Sur les délais de jugement

Lors du déclenchement du mécanisme du nouvel article 61 de la Constitution, le délai de jugement des litiges risque de s'allonger sérieusement. En soulevant la question préjudicielle et en renvoyant l'appréciation de son bien-fondé à la juridiction suprême dont il ressort, les juridictions devront suspendre le cours du procès. Le Conseil d'État et la Cour de cassation décideront ensuite s'il y a lieu de saisir le Conseil constitutionnel, au cas où une disposition législative porte effectivement atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Ce n'est qu'après la décision du Conseil constitutionnel que le cours normal du procès reprendra, ce qui laisse augurer un allongement substantiel des procédures, d'autant plus problématique que la France se doit de respecter le caractère raisonnable des délais de jugement, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est la raison pour laquelle le constituant a prévu que le Conseil d'État et la Cour de cassation devaient se prononcer « *dans un délai déterminé* » que la loi organique fixera. C'est à l'usage que le coût de cette arme mise à la disposition des plaideurs sera évalué. Cependant, bien que cet allongement puisse être considéré comme une contrainte supportable face à l'exigence supérieure que représente le respect de la Constitution par la loi, d'autres mécanismes auraient permis d'opérer une conciliation plus satisfaisante. Par exemple, pour rester dans la logique du système adopté, la question préjudicielle aurait pu être posée directement par toutes les juridictions au Conseil constitutionnel ; l'argument de l'encombrement du Conseil constitutionnel pouvant être aisément contourné par la création d'une Chambre de recevabilité et d'une augmentation des moyens du service juridique du Conseil constitutionnel.

c) Sur les modalités du filtrage

Au-delà de la question du délai de jugement, le principe même du filtrage par le Conseil d'État et la Cour de cassation offre une arme redoutable à ces deux institutions : celle de détenir le sort de la réforme. En terme de stratégie interinstitutionnelle, les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels ne sont pas perdantes avec cette révision constitutionnelle. Même s'il revient uniquement au Conseil constitutionnel, qui vient de proclamer son « indépendance »¹⁴, de constater l'inconstitutionnalité de la loi, le juge ordinaire suprême est habilité à exercer au préalable une sorte de « pré-contrôle » de constitutionnalité des lois afin de décider du bien fondé de la demande. Or, la

¹⁴ CC, n°2008-566 DC du 9 juillet 2008, cons. 7, *JO*, 16 juillet 2008, p. 11328.

porosité de ce filtrage dépendra de l'interprétation qui sera faite de la notion de « *droit et libertés que la Constitution garantit* ».

Sémantiquement, cette notion semble relativement large pour supporter plusieurs interprétations. Une lecture stricte renverrait aux seuls droits et libertés expressément proclamés par le texte constitutionnel, étant entendu qu'il paraît tout de même inimaginable que le terme de « *Constitution* » ne soit pas étendu au Préambule et aux textes auxquels il fait référence. Au contraire, une lecture extensive inclurait les droits et libertés dégagés par le texte et la jurisprudence constitutionnelle, ce que laisse entendre l'emploi du terme de « *garantit* », plus large que « *proclamé* » par exemple. Dans cette hypothèse, seraient garantis les droits et libertés constitutionnels dégagés par le juge ordinaire de manière autonome¹⁵, ainsi que certaines exigences établies par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme celles relatives à la qualité de la loi qui ne seraient pas concernées par l'intention des promoteurs de la révision constitutionnelle d'exclure du champ de l'article 61-1 la constitutionnalité externe de la loi.

Une fois établie l'existence d'une possible atteinte par la loi aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel « *peut* » être saisi. En conjuguant cette simple possibilité, et non l'obligation, de saisir le Conseil constitutionnel avec la marge de manœuvre dans l'interprétation du champ des droits et libertés concernés, la rédaction du nouvel article 61-1 de la Constitution laisse ainsi l'impression d'une latitude d'action à la disposition du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Tout dépendra alors de l'utilisation de cette indéniable marge de manœuvre qui pourrait permettre au juge ordinaire de régler lui-même la question de la constitutionnalité de la loi sans renvoyer au Conseil constitutionnel. Une vision pessimiste pourrait même entrevoir une « *guerre des juges* »¹⁶, surtout sur le champ de bataille du contentieux des lois de transposition des directives communautaires dont les contours restent encore à déterminer.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les illustrations de droit comparé démontrent les limites du filtrage par les juridictions suprêmes. Dans les États où il a été instauré, il a rapidement fait place à la possibilité pour toutes les juridictions de s'adresser à la Cour constitutionnelle¹⁷. Pourtant, aucune spécificité française n'est véritablement opposable sur ce point, mis à part deux éléments tirés du facteur temps : la méfiance ancestrale à l'égard des juridictions ordinaires et le consensus qui s'en est suivi depuis le rapport Vedel de 1990 autour du filtrage par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Depuis la III^e République, une certaine méfiance n'a cessé de se manifester à l'égard des juridictions judiciaires et administratives pour trancher des questions constitutionnelles. Ces « *petits juges* »¹⁸ sans expérience, victimes d'un défaut de « *prestige* »¹⁹, seraient « *dépourvu[s] de l'aptitude requise pour interpréter les normes constitutionnelles* »²⁰ et « *de l'autorité nécessaire pour imposer son contrôle au législateur* »²¹.

La question de la compétence et de l'aptitude du juge ordinaire pour contrôler la constitutionnalité des lois ne devrait pourtant plus se poser, au regard de l'expérience de plusieurs

¹⁵ Sur le Principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique », cf. CE, Ass., 3 juillet 1996, Koné, *RFDA*, 1996, p. 870, concl. Delarue, notes L. Favoreu, P. Gaïa, H. Labayle, P. Delvolvé ; sur le principe constitutionnel de la liberté du travail, cf. Cass., Soc., 19 novembre 1996, Martinez, n°48580 ; sur le principe de laïcité en tant que Principe fondamental reconnu par les lois de la République, cf. CE, 6 avril 2001, Syndicat national des enseignants de second degré, *Rec.*, p. 170 ; *AJDA*, 2002, p. 63, note B. Toulemonde.

¹⁶ G. Alberton, *op. cit.*, p. 967.

¹⁷ Sur cette question, cf. V. Bernaud, M. Fatin-Rouge Stefanini, *op. cit.*, p. 178s.

¹⁸ P. Delvolvé, « Sur l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité contre la loi en droit français », *Commentaire*, n°35, Automne 1986, p. 418.

¹⁹ En ce sens, G. Jeze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 412 ; P. Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in Mélanges M. Hauriou, *Sirey*, 1929, p. 213s. ; J. Barthelemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, rééd. Panthéon-Assas, Les introuvables, 2004, p. 226

²⁰ P. Avril, « La justice constitutionnelle est politique », *Commentaire*, n°35, Automne 1986, p. 417.

²¹ *Ibid.* Dans le même sens, voir également L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJJC*, Vol. IV, 1988, p. 55 ; A. Mathiot, « Un pouvoir jamais utilisé », *Commentaire*, n°36, Hiver 1986-1987, p. 698 ; L. Philip, « Pas de révolution mais de simples améliorations », *Commentaire*, n°36, Hiver 1986-1987, p. 702.

décennies de contrôle de la loi par rapport au traité, auxquelles s'ajoutent deux siècles d'utilisation du texte constitutionnel. Mais même en restant certain de la capacité du juge ordinaire à exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, et en faisant confiance en la sagesse du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans la gestion du filtrage, il n'en reste pas moins que la procédure instaurée par le nouvel article 61-1 de la Constitution présente un risque. Un risque que les enjeux de concurrence s'imposent et influencent les modalités du filtrage. Mais également un risque de biaiser la lecture des arrêts des deux juridictions suprêmes en les replaçant systématiquement dans une dimension stratégique, là où il n'y aura peut-être qu'un jugement en droit. En verrouillant plus fermement le déroulement de la procédure, par une répartition plus claire des responsabilités, le constituant aurait pu minorer la menace de dysfonctionnement.

Le mécanisme de la question préjudicielle posée au Conseil constitutionnel après le filtrage du Conseil d'État et de la Cour de cassation reflète ici les conséquences du compromis institutionnel opéré par le constituant. A priori, les trois juridictions ne sont pas lésées puisque la règle du jeu fixée par le texte constitutionnel laisse augurer différents scénarios susceptibles de convenir à chacune d'entre elles. Mais aussi habile qu'il soit en terme politique, ce compromis ne semble pas satisfaisant en terme de logique juridique car en optant pour un système complexe manquant de fermeté, le constituant a dilué les responsabilités. Incomplète, la réforme engagée reste de ce fait éloignée des objectifs affichés lors de son lancement.

2) Une réponse éloignée des objectifs de la réforme

Lors du lancement de la réforme des institutions par le Président de la République, lors du discours d'Épinal du 12 juillet 2007, la question du contrôle de constitutionnalité des lois fut abordée de manière originale. Classiquement, la promotion de la garantie de la Constitution à l'égard des lois -quel qu'en soit la forme- est assurée par l'invocation de l'approfondissement du respect des droits et libertés inscrits dans le pacte constitutionnel. Mais le propos du Chef de l'État se situe d'emblée sur une problématique plus complexe : « *Il y a un paradoxe dans le fait que les citoyens français puissent contester les lois françaises devant les juridictions européennes mais ne puissent pas contester leur constitutionnalité devant les tribunaux français. Certains pensent que cette faculté devrait être reconnue aux citoyens de notre pays et que ce serait un progrès pour les libertés* »²². En lançant le débat plus qu'en le tranchant²³, le Président faisait sienne la thèse du « paradoxe »²⁴ –« évident »²⁵ pour certains–, de la différence de traitement dont la Constitution et le traité sont l'objet, qui est aussi qualifiée d'« incohérence saisissante »²⁶ ou même de situation « absurde »²⁷. En effet, le texte constitutionnel est juridictionnellement moins bien protégé que le traité à l'encontre des lois promulguées, alors même qu'il est considéré en l'état actuel du droit comme la norme suprême, tant sur le plan juridique que démocratique.

²² N. Sarkozy, Discours d'Épinal du 12 juillet 2007, *Le Monde*, 12 juillet 2007.

²³ Quelques semaines plus tard, N. Sarkozy évoque avec précaution la question du contrôle de constitutionnalité des lois : « Il y a des sujets sur lesquels j'hésite ; tel que la question de l'exception d'inconstitutionnalité. Je mets au défi quiconque de me dire que c'est un sujet simple. Je serai très heureux d'être éclairé par le comité sur un sujet de cette nature. », Conférence de presse du 19 juillet 2007 lors de l'installation du Comité Balladur.

²⁴ J. Bore, L. Bore, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2003, p. 234; P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 5 ; L. Dubouis, « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA*, 1999, p. 58; A. Guedj, « Conclusions sur TA Paris, 25 novembre 2003, Epoux Maurice », *RFDA*, 2004, p. 782 ; J.-F. Lachaume, « Les futurs « grands arrêts » », *RFDA*, 2007, p. 261 ; F. Luchaire, « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », in Mélanges G. Conac, *Economica*, 2001, p. 158 ; B. Mathieu, « Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau » », *RTDCiv*, 1994, p. 59 ; A. Ondoua, « Note sous CE, 8 juillet 2002, Commune de Porta », *JCP*, 2003, II, n°10021; A. Pellet, « Qui est juge constitutionnel en France?, note sous Conseil Constitutionnel, 15 janvier 1975 », *GP*, journal du 15 janvier 1976, p. 25.

²⁵ A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007, p. 330.

²⁶ R. Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen », *JCP*, G, 1992, n° 3584.

²⁷ A.-M. Le Pourhiet, « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? », in E. Zoller (dir.), *Marbury vs. Madison : 1803-2003 Un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, p. 145.

Dans sa Lettre de mission au Comité Balladur, le Président de la République use également de l'argument de l'isolement de la France au regard du droit comparé, tout en confirmant la nécessité de redorer l'éclat de la suprématie du texte constitutionnel : « *Des voix s'élèvent dans notre pays pour regretter que la France soit le seul grand pays démocratique dans lequel les citoyens n'ont pas accès à la justice constitutionnelle, et que certaines normes internationales aient plus de poids et d'influence sur notre droit que nos principes constitutionnels eux-mêmes* »²⁸.

La thématique de la nécessité d'offrir à la Constitution une protection équivalente à celle du traité constitue donc le cœur de la motivation officielle de l'instauration de la question préjudicielle, comme d'ailleurs le confirment les conclusions du Comité Balladur²⁹ ainsi que les interventions du Premier Ministre³⁰ et de la Garde des Sceaux³¹ lors du débat parlementaire. Plus implicitement, le pouvoir politique -suivant en cela les indications du Comité Balladur- semble avoir été sensible à l'objectif de réappropriation de la Constitution par les citoyens, afin de « réaliser cette acclimatation nécessaire des Français à leur patrimoine et à leur environnement constitutionnel »³².

Mais derrière ces exigences se profile un enjeu politique plus profond, celui de la souveraineté de la France³³. Confronté à l'émergence du droit européen des droits de l'homme et d'un constitutionnalisme européen, la Constitution française devrait tout de même pouvoir s'imposer sans aucune limite et être de ce fait aussi bien protégée que le traité. Réveillant de vieilles querelles³⁴, cet objectif est difficile à manier sur le plan juridique si l'on veut s'écarter de prise de position personnelle et politique. Toujours est-il que sur le plan de la légitimité démocratique, il semble incontestable que la Constitution française reste pour l'instant le texte de référence, ce qui explique que les juges nationaux aient affirmé le principe de sa suprématie juridique dans l'ordre interne³⁵. Sur le plan du contentieux constitutionnel, la protection de la souveraineté prend également la forme du respect de l'identité constitutionnelle de la France, notion dégagée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle des lois de transposition des directives communautaires³⁶.

Si les objectifs de la réforme étaient clairs et légitimes (mettre fin au déficit de garantie de la Constitution par rapport au contrôle de conventionnalité des lois, afin que le citoyen se réapproprie les droits et libertés garantis en droit interne par la Constitution), leur concrétisation n'est pas satisfaisante. Principalement en raison de la lourdeur et de la longueur de la procédure de la question préjudicielle qui, sur le plan procédural, risque de souffrir la comparaison avec la

²⁸ Lettre de mission du Président de la République, 18 juillet 2007, disponible sur www.comite-constitutionnel.fr

²⁹ « Il s'ensuit que les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme internationale qu'à la Constitution elle-même », Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, p. 87, disponible sur www.comite-constitutionnel.fr

³⁰ M. Le Premier ministre F. Fillon, Séance du 20 mai 2008 à l'Assemblée nationale : « Le même pragmatisme ouvrira aux citoyens la faculté de soulever la question de la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un procès. Jusqu'à présent, le juge pouvait à tout moment écarter l'application d'une loi qu'il jugeait contraire à une convention internationale. En revanche, il ne se prononçait pas lorsque la conformité de cette loi avec la Constitution était mise en doute. En définitive, nous étions plus respectueux des normes étrangères que des nôtres. »

³¹ Mme La Garde des Sceaux R. Dati, Séance 29 mai 2008 à l'Assemblée nationale : « Il y va aussi de l'autorité de notre Constitution par rapport aux traités internationaux, vous avez eu raison de le rappeler. Tout justiciable peut aujourd'hui demander, au cours du procès, qu'une loi ne soit pas appliquée parce qu'elle serait contraire à des textes internationaux, mais il ne peut le faire s'il la juge contraire à la Constitution française. (...) Il est important que chaque citoyen puisse être protégé dans ses droits, y compris au niveau national. Les normes internationales ne doivent pas avoir plus de poids que notre droit national.

³² D. De Béchillon, « Débat », *RFDC*, 2008, hors-série, p. 198.

³³ En ce sens, cf. V. Bernaud, M. Fatin-Rouge Stéfani, *op. cit.*, p. 190.

³⁴ Voir par ex. H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel et droit communautaire, vers un respect mutuel*, PUAM, 2001.

³⁵ CE, Ass., 30 octobre 1998, Sarran, *GAJA*, *op. cit.*, n°108 ; *RFDA*, 1998, p. 1081, concl. C. Maugüe, *RFDA*, 1999, p. 57, notes L. Dubouis, B. Mathieu et M. Verpeaux, O. Gohin ; Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, Fraisse, *RDP*, 2000, p. 1037, note X. Pretot ; CE, 3 décembre 2001, Syndicat national des industries pharmaceutiques, *RMCUE*, 2002, p. 595, note F. Chaltiel ; *RTDE*, 2003, p. 197, note C. Castaing ; CC, n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *R.*, p. 173, cons. 10 ; CE, 27 juillet 2006, Association avenir de la langue française, n°281629 ; CE, 8 février 2007, Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine, voir G. Drago, « La « guerre des juges » n'aura pas lieu », *JCP*, A, 2007, n°2081.

³⁶ CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *R.*, p. 88.

simplicité du contrôle de conventionnalité des lois. Le mécanisme du nouvel article 61-1 de la Constitution n'est qu'une garantie indirecte accordée aux citoyens dont l'accès au Conseil constitutionnel leur est toujours interdit. La suspension du procès en cours, l'attente du filtrage et de la décision du Conseil constitutionnel épuiseront la patience du plaideur dont le seul intérêt est de ne pas se voir appliquer la loi en cause. En cas de norme de référence équivalente entre le traité et la Constitution, le juge comme les conseils privilégieront la voie la plus simple du contrôle de conventionnalité des lois³⁷. Le principe du filtrage et du renvoi au Conseil constitutionnel nuit donc sérieusement à l'efficacité de la réforme et à la réalisation de ses objectifs³⁸.

En réunissant le moment et la responsabilité de l'examen de la conventionnalité et de la constitutionnalité des lois, le contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée aurait eu un impact bien plus significatif. Car en confiant au même juge le soin d'examiner l'ensemble des questions sur l'applicabilité de la loi, quelque soit la norme de référence en cause, les stratégies procédurales disparaissent et l'objectif annoncé de la réforme constitutionnelle aurait été rempli. En dissociant l'examen de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi, le constituant risque donc de ruiner la raison d'être de son intervention.

De ces premières observations, il est d'ores et déjà possible de déceler les imperfections et les lacunes du mécanisme du nouvel article 61-1 de la Constitution. Si la solution d'une réunion du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois a pu être esquissée, elle devient évidente au regard de l'accroissement par la réforme des risques de conflits entre ces deux contrôles.

B) Les conflits avérés entre la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi

En prenant appui sur l'observation de l'état présent du droit positif, une projection des conséquences de la révision sur la relation entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire fournit un argument décisif. En effet, les conflits entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, à propos d'une loi identique, étaient jusqu'à présent inévitables et ont donné lieu à des cas concrets de démenti du Conseil constitutionnel par le juge ordinaire. En refusant de réunir la responsabilité des deux contrôles dans les mêmes mains juridictionnelles, le constituant a manqué l'occasion de mettre fin à cette incohérence préjudiciable aux justiciables (1). Mais surtout, en insérant un mécanisme de question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel en vue d'apprécier la constitutionnalité d'une loi, il a démultiplié les risques de conflit. Or, en raison de la différenciation formelle et matérielle des deux contrôles, l'exercice de l'un ne rend pas inutile l'invocation de l'autre. Ce qui démontre à la fois l'intérêt d'un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées et la nécessité d'en confier la responsabilité à un juge également chargé de régler le sort de la loi par rapport au traité (2).

1) Un conflit déjà présent et non résolu

Une fois déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, la loi promulguée peut être l'objet d'un litige au cours duquel un justiciable invoque son inconventionnalité. Aux premiers instants de la jurisprudence *Jacques Vabre* et *Nicolo*, l'attitude des commissaires du gouvernement ou des avocats généraux consista à minimiser le risque de voir

³⁷ En ce sens, G. Alberton, *op. cit.*, p. 971 ; A. Roux, *op. cit.*, §33.

³⁸ Voir la mise en garde du Vice-Président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, contre les risques de « répliquer la réforme » de 1990 tirée des propositions du Comité Vedel : cela « reviendrait à maintenir le contrôle de constitutionnalité à la périphérie ou aux marges du procès. Par définition, le justiciable comme le juge opteront toujours pour la voie de droit la plus efficace, c'est-à-dire celle du contrôle de conventionnalité, plutôt que celle de l'exception d'inconstitutionnalité conduisant à un sursis à statuer, afin de trancher, au terme d'un triple examen, la question pendante », *Audition du 11 septembre 2007*, disponible sur www.comite-constitutionnel.fr

le Conseil constitutionnel démenti à propos d'une disposition législative identique. Imaginant qu'un faible nombre d'hypothèses se rencontrerait³⁹, les juridictions judiciaires et administratives ne manqueraient pas de se « référer à l'interprétation de la loi donnée par le Conseil constitutionnel »⁴⁰ pour en examiner la conventionnalité. Les premières applications du contrôle de conventionnalité furent dans l'ensemble timorées, le juge plaçant son interprétation de la loi dans une perspective de conformité du droit national par rapport au droit européen⁴¹. Suivant les conseils de B. STIRN afin de prendre toutes les « précautions (...), en particulier vis-à-vis des lois qui ont été déferées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation »⁴², le juge ordinaire pratiquait ainsi une sorte d'« autolimitation délibérée »⁴³.

Mais, faute de réforme institutionnelle, l'autolimitation et le respect mutuel des juridictions apparaissaient fragiles. Il était inéluctable que des conflits entre les jugements sur la loi surviennent et leur nombre important impose de prendre dès à présent ce phénomène au sérieux.

Un premier type de conflit entre constitutionnalité et conventionnalité dépasse la relation entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, en ce qu'il découle directement d'un arrêt d'une Cour européenne. Dans ces hypothèses, le Conseil constitutionnel valide une loi qui est appliquée par le juge ordinaire mais qui est ensuite dénoncée (condamnation de la France, recours en manquement, arrêt préjudiciel,...) par la Cour de Strasbourg ou de Luxembourg. Ce fut le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Zielinski*⁴⁴ et *Lecarpentier-Cabourdin*⁴⁵ qui constatèrent la violation de la Convention du fait d'une loi préalablement déclarée conforme à la Constitution dans les décisions n° 93-322 DC du 13 janvier 1994⁴⁶ et 96-375 DC du 9 avril 1996⁴⁷. De même, la CJCE constata, dans un arrêt du 25 février 1988 *Commission c/ République française*⁴⁸, une contrariété entre une loi promulguée préalablement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel⁴⁹ et le droit communautaire dérivé. Ces contradictions entre droit interne et droit européen restent cependant en marge de la question abordée. D'ailleurs, la réunion des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois ne résoudrait pas ce type de conflit,

³⁹ Cet argument est avancé par P. Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, *op. cit.*

⁴⁰ C.M., F.D., Y.A., *op. cit.*, p. 106.

⁴¹ S'adressant au Conseil d'Etat, P. Frydman (*op. cit.*) minimisait les risques de contrariété et rappelait aux juges : « vous disposez toujours (...) de la ressource fort utile de l'interprétation qui vous permettra en quelque sorte de « vider les textes applicables de leur contrariété ». Il vous sera ainsi bien souvent possible de considérer qu'une loi apparemment contraire à un traité aura en réalité entendu réserver les cas où ce dernier pourrait trouver application ».

⁴² B. Stirn, *op. cit.*, p. 1073.

⁴³ P. Wachsmann, « L'article 55 de la Constitution de 1958 et les conventions internationales relatives aux Droits de l'homme », *RDP*, 1998, p. 1679. Voir également « Le Conseil d'Etat, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 1991, p. 9.

⁴⁴ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c/ France*, Aff. n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *RFDA*, 2000, p. 289, note B. Mathieu, et p. 1254, note S. Bolle ; *RTDCiv*, 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *JCP*, 2000, éd. G, I, 202, obs. F. Sudre.

⁴⁵ CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier, Dalloz*, 2006, p. 717, obs. C. Rondey ; *LPA*, 3 mai 2006, p. 12, obs. E. Garaud ; *RTDCiv*, 2006, p. 261, chronique J.-P. Marguénaud ; *JCP*, E, n°27, 2062, comm. J. Raynaud. Dans le même sens, sur le fondement de l'article 6§1, cf. CEDH, 11 avril 2006, *Cabourdin*, *JCP*, G, 2006, I, 164, chron. F. Sudre.

⁴⁶ CC, n°93-322 DC du 13 janvier 1994, *R.*, p. 21, sur l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994. Dans le même sens, voir Cass., soc., 12 décembre 1995, *Préfet de la Région Lorraine*, *AJDA*, 1996, p. 579, note X. Pretot.

⁴⁷ CC, n°96-375 DC du 9 avril 1996, *JO*, 13 avril 1996, p. 5730, sur l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996. Dans le même sens : Cass., civ. 1^{re}, 20 juin 2000, *Banque Crédit Lyonnais*, *RFDA*, 2000, p. 1189, concl. J. Sainte-Rose ; *LPA*, 5 mars 2001, n°45, p. 12, note M. Thioye ; *RTDCiv*, 2000, p. 670, note N. Molfessis ; Cass., civ., 1^{ère}, 13 novembre 2002, n°00-11415.

⁴⁸ CJCE, 25 février 1988, aff. 331, 376 et 378/85, *Commission c/ République Française*. Voir B. Genevois, « Note sous CE, Ass., 30 octobre 1989, *Nicolo* », *RFDA*, 1989, p. 827 ; J.-F. Flauss, « Prévalence du traité antérieur et contentieux constitutionnel. Des effets induits de l'arrêt *Nicolo* », *LPA*, 2 avril 1990, n°40, p. 9.

⁴⁹ Il s'agissait en l'espèce de la loi de finances pour 1981, objet de la décision du Conseil constitutionnel n°80-126 DC, *R.*, p. 53.

même s'il est possible d'envisager que le dialogue avec le juge européen serait plus aisé si les compétences exercées par le juge national étaient regroupées sous la même coupe.

Un deuxième type de conflit oppose la déclaration de conformité du Conseil constitutionnel sur une loi à une décision du juge ordinaire écartant le même texte pour inconstitutionnalité, mais ce de manière éphémère. C'est ainsi que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 fut successivement validé par le Conseil constitutionnel⁵⁰ au moyen d'un considérant balai, puis déclaré inconstitutionnel par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁵¹, avant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'intervienne dans le même sens que la décision du Conseil constitutionnel, sans toutefois y faire référence, dans un arrêt du 24 janvier 2003⁵².

Un dernier type de conflit, frontal et persistant, est l'hypothèse la plus répandue et la plus préoccupante pour la cohérence du système juridique. Sous réserve d'un inventaire plus exhaustif, il semblerait ainsi que pas moins de sept dispositions législatives validées par le Conseil constitutionnel ont vu leur application écartée en raison d'une violation d'un traité, par des arrêts définitifs du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. La réalisation concrète du conflit entre constitutionnalité et conventionnalité est d'autant plus remarquable qu'elle se déroule selon un mouvement crescendo.

Au milieu des années 90, les cas de conflits étaient relativement rares. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 5 mai 1993 *SARL DER*⁵³, écarta ainsi l'application de l'article 35 de la loi du 22 juin 1993, en raison d'une violation des règles de libre circulation des marchandises du Traité CEE, alors même que cette loi avait été validée par la décision n°93-320 DC du 21 juin 1993⁵⁴.

Depuis lors, les conflits se sont multipliés.

La Chambre sociale de la Cour de cassation estima, dans un arrêt du 26 avril 2001⁵⁵, que « l'article 6-1 de la CEDH s'oppose à l'application de l'article 34 de la loi du 27 décembre 1996 », censurant ainsi la régularité conventionnelle d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision 96-384 DC⁵⁶.

De même, la Chambre commerciale de la Cour de cassation écarta, le 20 novembre 2001⁵⁷, l'application d'une disposition de la loi de finances rectificative du 30 décembre 1999 déclarée conforme à la Constitution par une décision 99-425 DC du 29 décembre 1999⁵⁸. Le Conseil avait pourtant procédé à un examen attentif de l'article 25-II-B de la loi en cause, sans qu'aucun vice de constitutionnalité ne soit décelé⁵⁹.

On peut également évoquer le sort d'une disposition de la loi « MURCEF » du 11 janvier 2001⁶⁰, déclarée conforme à la Constitution par un considérant balai dans la décision 2001-452 DC⁶¹. Ce texte a été jugé inconstitutionnel par une décision de la Cour d'appel de Versailles⁶²,

⁵⁰ CC, n°99-423 DC du 13 janvier 2000, *R.*, p. 33.

⁵¹ Cass., soc., 25 avril 2001, *Association Être enfant au Chesnay c/ Terki, RFDA*, 2001, p. 1055, note J.-Y. Frouin et B. Mathieu ; *Dalloz*, 2001, note J. Kibalo Adom.

⁵² Cass., Ass. plén., 24 janvier 2003, *RFDA*, 2003, p. 470, note B. Mathieu ; *Dalloz*, 2003, p. 1649, note S. Paricard-Pioux.

⁵³ CE, 5 mai 1995, *SARL DER, Rec.*, p. 192.

⁵⁴ CC, n°93-320 DC du 21 juin 1993, *R.*, p. 146.

⁵⁵ Cass., Soc., 26 avril 2001, *Polyclinique Lavalette, n°99-21030 et n°99-21032*.

⁵⁶ CC, n°96-284 DC, du 19 décembre 1996, *Rec.*, p. 141.

⁵⁷ Cass., com. 20 novembre 2001, *RFDA*, 2002, p. 791, note J. Lamarque ; cf. également les appréciations de F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 7^e éd., 2005, p. 345.

⁵⁸ CC, n°99-425 DC du 29 décembre 1999, *AJDA*, 2000, p. 43, note J.-E. Schoettl.

⁵⁹ Voir les considérants 14 et 15.

⁶⁰ Cf. M. Frioricourt, B. Mongin, « Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit », *LPA*, 10 octobre 2002, n° 203, p. 4.

⁶¹ CC, n°2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Rec.*, p. 156.

extrêmement critique à l'égard du législateur, puis par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué du 23 janvier 2004⁶³.

Autre exemple de démenti pour les neuf Sages, une décision de la Cour d'appel de Montpellier du 16 février 2004⁶⁴, non censurée par la Cour de cassation⁶⁵, a écarté l'application d'une disposition de la loi de finances pour 1998 qui n'avait pourtant pas été critiquée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 décembre 1997⁶⁶. Confirmant cette solution à l'occasion d'une espèce distincte, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a solennellement entériné, dans un arrêt du 7 avril 2006⁶⁷, le démenti apporté à la solution donnée par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 7 juin 2006⁶⁸, prend également part à ce mouvement en déclarant inconstitutionnel, au regard de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003, qui avait pourtant été expressément validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2003-488 DC⁶⁹.

En outre, dans un arrêt du 25 avril 2007⁷⁰, la Haute juridiction administrative estime que l'article 127 de la loi du 30 décembre 2005 est incompatible avec l'article 6§1 de la CEDH. Pourtant, dans sa décision n°2005-531 DC du 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel avait validé la loi en la couvrant d'un considérant balai⁷¹.

Les conséquences de la dissociation entre l'appréciation de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois sont d'ores et déjà préoccupantes, tant sur le plan théorique que pratique. Cette jurisprudence remet notamment en cause l'image cohérente et rassurante de la simplicité et de la sécurité du système français du contrôle de la constitutionnalité des lois. Une fois que le Conseil constitutionnel s'est prononcé, il est désormais erroné de croire que la loi sera forcément appliquée. D'autant que les dispositions législatives concernées ne sont pas uniquement celles couvertes par un considérant-balai, dont l'autorité de chose jugée est loin d'être absolue⁷². Sont également en cause des dispositions expressément validées à la suite d'un examen précis de leur constitutionnalité.

⁶² CA Versailles, 6 février 2003, *Dalloz*, 2003, note P.-Y. Gautier ; *RTDCiv*, 2003, p. 766, chronique J. Raynard. A noter que la Cour cite dans sa décision l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Zielinski et autres c/ France* du 28 octobre 1999.

⁶³ Cass., Ass. plén., 23 janvier 2004, *RFDA*, 2003, p. 224 ; *RTDCiv*, 2004, p. 598, note P. Deumier ; *JCP*, E, n°14, 1^{er} avril 2004, p. 514, note J. Monéger ; *RTDCiv*, 2004, p. 371, chron. J. Raynard. Voir B. Mathieu : « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *RFDA*, 2004, p. 225 ; M. Frioricourt, B. Mongin, « Un contrôle de conventionnalité de la loi ouvert au particulier : remède à un contrôle de constitutionnalité qui lui est inaccessible ? », *RTDH*, n°58, 2004, p. 463 ; G. Canivet, « L'apport de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la théorie des conflits d'application de la loi dans le temps. A propos de l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *Justice et cassation*, 2005, p. 290.

⁶⁴ CA Montpellier, 16 février 2004, *GP*, 23-24 juin 2004, p. 1953, rapport R. Tournier, note B. Travier.

⁶⁵ Cass., civ., 2^e, 1^{er} décembre 2005, n°04-13.681.

⁶⁶ Il s'agissait en l'espèce de l'article 100 de la loi que le Conseil constitutionnel a implicitement validé : CC, n°97-395 DC du 30 décembre 1997, *R.*, p. 333.

⁶⁷ Cass., Ass. Plén., 7 avril 2006, *Bull.*, p. 5. Bien que n'abordant pas ces aspects de contentieux constitutionnel, cf., sur le fond, F. Bérenger, « La fin de l'immunité pour les apatrides ? En marge de l'arrêt du 7 avril 2006 de la Cour de cassation de France n°05-11519 », *RTDH*, 2006, p. 885.

⁶⁸ CE, 7 juin 2006, Association AIDES, n°285576. Voir H. Rihal, « Le contrôle de conventionnalité du dispositif de l'aide médicale de l'Etat et la protection de la santé des mineurs étrangers », *AJDA*, 2006, p. 2233.

⁶⁹ CC, n°2003-488 DC du 29 décembre 2003, *R.*, p. 480, cons. 14 à 20.

⁷⁰ CE, 25 avril 2007, Ministre des transports, *Juris-Data*, n°2007-071794.

⁷¹ CC, n°2005-531 DC du 29 décembre 2005, *R.*, p. 186.

⁷² Sur ce point, voir CC, 93-330 DC du 29 décembre 1993, *R.*, p. 572 et J.-E. Schoettl, « Note sous CC, n° 99-409 DC et n°99-410 DC », *AJDA*, 1999, p. 333.

Pour le juge ordinaire⁷³, l'article 62 de la Constitution n'est pas invocable pour purger la loi, du fait de sa conformité à la Constitution, d'un éventuel vice d'inconventionnalité. A la suite de la jurisprudence *IVG* et de la différence de cause juridique (conventionnelle et constitutionnelle), la déclaration de conformité à la Constitution ne peut s'étendre à la conformité conventionnelle de la loi⁷⁴ et être ainsi revêtue de l'autorité que l'article 62 de la Constitution attache aux décisions du Conseil constitutionnel. Et ce, que la constitutionnalité de la disposition en cause ait été explicitement consacrée ou, *a fortiori*, implicitement admise par un considérant « balai ».

Ce conflit latent est d'ailleurs la conséquence de la coexistence au sein du texte constitutionnel des articles 55, 61 et 62 de la Constitution. L'obligation de faire primer les conventions internationales sur les lois et l'obligation de respecter les décisions du Conseil constitutionnel relèvent de normes de valeur identique. Leur hiérarchisation n'est pas envisagée par la Constitution et relèverait en toute hypothèse d'un pur choix de l'interprète juridictionnel⁷⁵.

En l'absence de ressource textuelles adaptées, de mécanisme formel permettant d'imposer la solution d'un juge et de brevet de validité de la loi déclarée conforme à la Constitution, le conflit entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire à propos d'une même loi était insoluble avant que la révision constitutionnelle soit adoptée.

Face au constat de l'augmentation croissante de ce type de conflit à propos d'une même loi entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, la perspective d'une réforme institutionnelle donnait l'occasion de se saisir de cet accroc sérieux à la cohérence du système juridique. Pourtant, loin de résoudre le conflit, le constituant en a amplifié l'intensité.

2) Un conflit aggravé et préoccupant

La révision constitutionnelle accroît de manière évidente le risque de rencontrer ce type de conflit, sans pour autant apporter de réponse pour le résoudre. En effet, le nombre global de lois en vigueur soumises à l'appréciation du Conseil constitutionnel augmentera, en raison de la nouvelle possibilité d'être saisi par la voie d'une question préjudicielle. Outre le maintien du risque de conflit avec les décisions prises sur le fondement de l'article 61, la décision de conventionnalité du juge ordinaire pourra également démentir la décision de conformité à la Constitution adoptée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Une même disposition législative pourrait ainsi faire l'objet d'une question préjudicielle et ne pas être abrogée en raison de sa conformité à la Constitution ; mais dans des circonstances juridiques et factuelles distinctes, dans une espèce distincte -ou même dans la même affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle-, le juge ordinaire pourrait tout de même constater la violation d'un traité.

Pour régler ce type de conflit, ni le droit positif ni le dialogue des juges ne sont suffisants. Formellement distincts, exercés à des moments différents, les deux contrôles mènent une vie juridique isolée. Ils ne se rencontrent pas, sauf lorsque le constituant intègre formellement un traité parmi les normes de référence de la Constitution⁷⁶, ou que les juges établissent des modalités

⁷³ Outre le silence des arrêts précédemment invoqués sur les décisions antérieures du Conseil constitutionnel, voir les conclusions de R. Keller, sur CE, 25 avril 2007, Ministre de l'équipement, *op. cit.* : « vous ne vous sentirez pas liés par le fait que le Conseil constitutionnel n'a pas relevé d'office l'inconstitutionnalité de l'article de validation, inséré dans la loi de finances rectificative pour 2005 qui ne comportait pas moins de 130 articles. »

⁷⁴ J.-F. Flauss remarque à ce propos que « dans la mesure où « une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution », il est tout à fait concevable qu'une loi conforme à la Constitution puisse cependant être contraire à un traité », *in* « Prévalence du traité antérieur et Constitution », *LPA*, 2 avril 1990, n°40, p. 9.

⁷⁵ Sur cette question, cf. D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la constitution) », *RFDA*, 1998, p. 232 et « Conflits de sentence entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n°96, 2001, p.107.

⁷⁶ Sur l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, voir CC, n°98-400 DC du 20 mai 1998, *LPA*, n°143, 1998, p. 20. Sur l'ensemble de cette question, cf. A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007, p. 269s.

spécifiques de contrôle des textes de transposition des directives communautaires⁷⁷. D'ailleurs, dans les affaires où le Conseil d'État ou la Cour de cassation ont dû apprécier un moyen tiré de la violation d'un traité à l'encontre d'une loi validée par le Conseil constitutionnel, aucune référence dans les visas ou les motifs n'est faite à la décision du Conseil ou à l'article 62 de la Constitution⁷⁸.

A ce raisonnement formel il est généralement opposé la thèse -dominante dans le débat public- de l'identité matérielle des normes de référence constitutionnelle et conventionnelle. En raison de la proximité matérielle des droits et libertés consacrés par la Constitution et le traité, le contrôle de conventionnalité des lois agirait comme un produit de substitution, rendant finalement inutile ou presque une révision constitutionnelle qui créerait un contrôle de constitutionnalité pour les lois promulguées. L'hypothèse d'un conflit entre les deux contrôles n'est donc pas envisagée et les rares oppositions constatées ne seraient que la conséquence de l'ajustement de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de lois de validation.

Cette opinion doit cependant être fortement relativisée, en plus de comporter quelques erreurs d'appréciation.

L'observation des cas de conflit entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire fournit déjà une première réponse. En dépit des évolutions de jurisprudence du Conseil constitutionnel, les oppositions sur les lois de validation continuent de se produire, tandis que les conflits observés ne sont pas uniquement des contentieux relatifs à la conformité de lois de validation avec la CEDH.

Mais surtout, de manière plus générale, l'idée de la confusion entre les deux contrôles efface d'un revers de main les immenses nuances qui l'accompagnent.

Une première nuance concerne les restrictions qui entourent le champ d'application des traités internationaux dont l'objet spécifique n'a pas vocation à irradier l'ensemble du droit interne, au contraire de la Constitution. Un traité est relatif à un champ de compétence ou un domaine juridique précis, sans pouvoir être invoqué au-delà. Par exemple, les droits et libertés proclamés par la Charte des droits fondamentaux ne sont invocables que dans le champ du droit communautaire.

La thèse de l'identité matérielle des normes de référence doit également être relativisée en raison des différences entre le traité et la Constitution au niveau de la proclamation des droits et libertés par un texte ou un juge. Par exemple, les textes internationaux et européens ne prescrivent rien à propos de la libre administration des collectivités territoriales, des fondements constitutionnels de la compétence du juge judiciaire et du juge administratif, de l'obligation de nationaliser une entreprise, du principe de la continuité des services publics ou du rôle accordé aux partis politiques. De même que la plupart des droits sociaux, les exigences proclamées par la Charte de l'environnement de 2004 ainsi que les objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel ne se retrouvent pas au niveau conventionnel. D'ailleurs, un champ exclusivement constitutionnel est désormais formellement consacré depuis que le Conseil constitutionnel a dégagé la notion de « règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁷⁹ pour faire obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires. Même si les contours de la notion restent flous, cette réserve de constitutionnalité atteste de l'existence d'une plus-value constitutionnelle par rapport au droit communautaire.

Au-delà des différences de proclamation, une relativisation plus importante renvoie au niveau de garantie effectif de la protection des droits et libertés proclamés à la fois par la Constitution et les traités. Les droits et libertés doivent toujours être envisagés de manière concrète,

⁷⁷ Sur l'article 88-1 de la Constitution et l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires, voir CC, n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *R.* p. 101 ; CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *R.*, p. 88 ; CE, 8 février 2007, Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine, n°287110, RFDA, 2007, p. 384, concl. M. Guyomar. Sur cette question, cf. également G. Alberton, *op. cit.*, p. 967.

⁷⁸ L'unique exception fut une amère expérience pour la Cour de cassation : en motivant l'absence de violation de la CEDH par le fait que le texte législatif « a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel » (Soc., 12 décembre 1995, Préfet de la Région Lorraine, *AJDA*, 1996, p. 579, note X. Pretot) la Chambre sociale fut démentie par la CEDH dans l'arrêt *Zielinski* du 28 octobre 1999...

⁷⁹ CC, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *R.*, p. 88.

et pas uniquement dans la symbolique et le formalisme de leur inscription dans le marbre textuel. C'est dans la concrétisation de ces droits et dans le niveau des exigences requis pour en assurer le respect que l'équivalence entre la Constitution et le traité peut être appréciée⁸⁰. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme invoque la subsidiarité de la CEDH et respecte la marge nationale d'appréciation des Etats en n'imposant qu'un seuil minimal de protection qui peut évidemment être dépassé par les droits nationaux. La Constitution peut donc comporter une plus-value par rapport au traité en terme de niveau de garantie d'un droit ou d'une liberté donné, comme c'est par exemple le cas du principe d'égalité devant la loi dont la garantie par le Conseil constitutionnel est plus importante qu'en droit international et européen.

De plus, le contrôle de la loi ne doit pas uniquement se focaliser sur le volet des droits et libertés. Le nouvel article 61-1 de la Constitution ne permet de poser une question préjudicielle qu'en cas de violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit. Or, la même loi pourra ensuite être contrôlée par le juge ordinaire par rapport à des textes conventionnels qui n'ont pas pour objet de proclamer des droits et libertés. Ainsi, l'extension du champ matériel du droit communautaire produit de nombreuses règles techniques, propres à chaque branche du droit, qui représentent autant de normes spécifiquement conventionnelles auxquelles la loi doit se conformer. Des arrêts couramment cités en doctrine, tels que les espèces *Boisdet*, *Rothmans et Philip Morris*, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, étaient relatifs au respect du droit communautaire matériel. A savoir respectivement la violation de la réglementation communautaire sur les pommes de table⁸¹, la fixation des prix de vente du tabac par le gouvernement⁸² et le respect des dates d'ouverture de la chasse⁸³. De même, le Conseil d'Etat a pu constater l'inconventionnalité d'une loi insérant une discrimination fiscale incompatible avec les règles du marché européen⁸⁴, contraire à l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douanes⁸⁵ ou instaurant un abus de position incompatible avec le marché commun⁸⁶. Dans toutes ces affaires, l'inconventionnalité constatée par le juge ordinaire au regard de ces règles spécifiques aurait pu, dans l'absolu, être précédée d'une décision de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel. En plus du droit communautaire, il pourrait en aller de même avec l'ensemble des conventions internationales (multilatérales et bilatérales) portant sur des questions diverses, souvent précises et techniques, qui n'ont pas d'équivalent constitutionnel. Au regard du nombre conséquent de ce type de conventions, auxquelles la France est partie, la remarque est loin d'être anodine⁸⁷.

Le caractère incomplet de la procédure du nouvel article 61-1 de la Constitution apparaît donc évident. Car, en raison de la répartition actuelle des compétences entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité risquent de se contredire fréquemment à propos de l'application d'une même loi.

Même dans l'hypothèse de l'équivalence complète entre les normes de référence, la réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois promulguées semble nécessaire.

⁸⁰ Dans le cadre du contrôle spécifique des actes réglementaires de transposition des directives communautaires, ce raisonnement est celui adopté par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Arcelor*, puisque le juge administratif doit rechercher « s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » ; CE, 8 février 2007, Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine, *RFDA*, 2007, p. 384, concl. M. Guyomar, *GAJA*, n°118.

⁸¹ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec.*, p. 250, *RFDA*, 1991, p. 172, note L. Dubouis.

⁸² CE, 28 février 1992, SA Rothmans International, *Rec.*, p. 81, concl. M. Laroque.

⁸³ CE, 3 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, *Rec.*, p. 381, *RFDA*, 2000, p. 59, concl. F. Lamy ; CE, 3 décembre 1999, Association ornithologique et Rassemblement des opposants à la chasse, *Rec.*, p. 379.

⁸⁴ CE, 5 mai 1995, Ministre de l'équipement c/ DER, *Rec.*, p. 102.

⁸⁵ CE, 2 avril 1993, Conseil régional de la région Martinique, n°108-239.

⁸⁶ CE, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance, n° 122644.

⁸⁷ Par exemple, au 1^{er} juillet 2007, la France était partie à 4556 conventions bilatérales, voir www.doc.diplomatie.fr

Examinés par le même juge dans une décision unique, les moyens relatifs à l'applicabilité de la loi seraient appréciés de manière cohérente. L'objectif de réappropriation de la Constitution par les citoyens serait d'autant mieux rempli, à la seule condition que le juge donne une priorité d'examen au moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi.

Mais l'analyse des normes de référence permet d'isoler des pans entiers de normes qui se retrouvent exclusivement dans le traité ou la Constitution. La relativisation de la proximité matérielle des normes de référence des deux contrôles donne donc un intérêt, une plus-value à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par rapport au contrôle de conventionnalité des lois. Corrélativement, la mise en évidence des spécificités de chacun des deux contrôles met en évidence les risques de la dissociation de leur exercice par des juges différents s'exprimant successivement dans le temps. Si ces deux contrôles étaient exercés en même temps par le même juge, le conflit éventuel entre le traité et la Constitution serait réglé de manière immédiate et cohérente.

Si la procédure de la question préjudicielle telle que prévue par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 présente de nombreux inconvénients et zones d'ombre, et qu'en plus elle maintient et accentue le risque de conflit entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire à propos d'une loi identique, une refonte du système est nécessaire. La cohérence, l'unité et la sécurité du droit, ainsi que l'intérêt du justiciable, réclament donc que les deux questions soient appréciées par un juge identique, ce qui évitera de diviser le jugement sur la loi. Reste à savoir selon quelles modalités la réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois doit s'opérer.

II) Les modalités pratiques de la réunion des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois au profit d'un même juge

Que deux Présidents successifs du Conseil constitutionnel unissent leurs voix pour alerter du danger de la dissociation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois aurait du retenir l'attention du constituant. Pour P. MAZEAUD, « en cette matière, c'est tout ou rien : les deux contrôles à tous les juges ou les deux contrôles au Conseil constitutionnel »⁸⁸, tandis que J.-L. DEBRE estime qu'« ajouter l'un à l'autre sans les rendre cohérents ni les articuler condamnerait la nouvelle exception d'inconstitutionnalité »⁸⁹. Au-delà de l'argument d'autorité, la logique juridique invite à dépasser les insuffisances du nouvel article 61-1 de la Constitution et à imaginer les modalités possibles de la réunion des deux contrôles. En reprenant les systèmes imaginés par la doctrine, force est de constater que leur consécration semble chimérique. Soit que ces solutions soient insatisfaisantes, soit que leur instauration suppose une réforme importante du système juridique (A). Dès lors, en pensant les modalités de la réunion des deux contrôles à droit constant, une solution pragmatique consisterait en un contrôle plein et entier de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire accompagné du recours exceptionnel au Conseil constitutionnel par le biais du nouvel article 61-1 de la Constitution, en cas de question sérieuse ou d'une demande d'abrogation de la loi litigieuse (B).

A) Des solutions souvent illusoirs

Lorsqu'il est envisagé de réunir les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, deux types de mécanismes distincts sont généralement proposés : la fin de la jurisprudence *IVG* et la question préjudicielle de conventionnalité. Cependant, en adoptant une vision globale de l'intérêt du système juridictionnel, ces réformes ne résoudraient qu'une infime partie de l'équation (1). Seule la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême, assurant ainsi une relation directe et hiérarchisée avec le juge ordinaire sur l'ensemble des contentieux de la loi, permettrait de gommer les imperfections constatées. Mais aussi cohérente soit-elle, cette solution reste pour l'instant hypothétique en raison des nombreuses oppositions à sa consécration par une nouvelle révision de la Constitution (2).

1) L'imperfection du renversement de la jurisprudence IVG et de la question préjudicielle de conventionnalité

L'hypothèse d'un revirement de la jurisprudence *IVG* est devenue une controverse classique connue de tous. Mais aussi légitimes que soient les arguments juridiques avancés en faveur de la compétence du Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité des lois aux traités, cette solution reste inapte, en terme de cohérence globale du système juridique, à combler les lacunes constatées.

Dans le cadre unique du contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution, le renversement de la jurisprudence *IVG* n'aurait tout d'abord pas de sens. En raison de la faible autorité pratique qui s'attacherait à la décision ainsi adoptée, un tel revirement ne ferait qu'ajouter de la confusion. De manière générale, il semble illusoire d'opter en faveur de

⁸⁸ Observations personnelles sur le Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, p. 99, disponible sur www.comite-constitutionnel.fr.

⁸⁹ Audition du 19 septembre 2007 devant le Comité Balladur, disponible sur www.comite-constitutionnel.fr

l'appréciation par le Conseil constitutionnel de la conformité des lois non promulguées aux traités, en raison de son incapacité à intégrer pour chaque texte l'ensemble des conventions internationales en vigueur et du caractère évolutif des rapports de conformité entre les deux normes. Inutile de distinguer sur ce point les variantes avancées en doctrine, entre la volonté de voir le Conseil constitutionnel censurer l'inconventionnalité manifeste ou délibérée⁹⁰, ou de le voir agir sur la base de la règle *Pacta sunt servanda*⁹¹. Le traité peut être révisé et son sens peut évoluer, par conséquent le caractère absolu et définitif de la compétence *a priori* du Conseil constitutionnel est inadapté. La stabilité formelle des instruments de protection des droits de l'homme ne signifie d'ailleurs pas une permanence de sens : la démonstration de leur interprétation évolutive n'est plus à faire, ce qui rend illusoire de croire au caractère absolu et définitif de la conformité de la loi aux traités relatifs à la protection des droits de l'homme. D'autant que si le Conseil constitutionnel décide qu'une loi votée est conforme au traité - encore faudrait-il déterminer l'étendue de la référence utilisée-, rien n'empêcherait les juridictions ordinaires d'en juger différemment à l'avenir, soit sur le fondement d'un autre texte, soit même sur la base d'une nouvelle interprétation de la loi ou du traité, en application de la théorie du changement de circonstances de droit⁹². Cette incapacité à saisir une fois pour toutes la conformité d'une loi à une norme supérieure a d'ailleurs été expressément confirmée par le Conseil constitutionnel lui-même, à propos du contrôle des lois de transposition des directives communautaires, qui ne constitue qu'une dérogation spéciale et circonscrite à la jurisprudence *IVG*⁹³.

Une critique identique sera formulée à l'encontre de propositions alternatives de réforme⁹⁴, telle que l'intégration formelle par le constituant des traités, ou de certains d'entre eux avec en particulier le droit européen des droits de l'homme, parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Il en irait de même si le Préambule de la Constitution était révisé afin d'introduire, à l'instar de l'article 10-2 de la Constitution espagnole⁹⁵, une disposition imposant d'interpréter les droits fondamentaux à la lumière des engagements internationaux auxquels la France est liée.

⁹⁰ Sur ces deux points cf. O. Cayla, « Lire l'article 55: Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme? », *op. cit.*, p. 85s. ; B. Genevois, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 107s.

⁹¹ Voir J. Roux, *Le principe de la souveraineté nationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Montpellier I, 1998, p. 527s. et « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997 », *RA*, n°300, p. 633.

⁹² Sur l'application de ce principe en matière de contrôle de conventionnalité des lois, cf. CE, 2 juin 1999, Meyet, *Rec.*, p. 160. Voir M. Verpeaux, « Chronique de droit constitutionnel appliqué. Sondages : les limites de la loi française face à la technique et face à la Convention européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juin 1999, M. Meyet », *RFDC*, n°42, 2000, p. 359.

⁹³ Dans le considérant de principe de la décision 2006-540 DC, le Conseil indique « qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel » : CC, n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *R.*, p. 88, cons. 20.

⁹⁴ Sur ces questions, cf. notamment D. Rousseau, « L'intégration de la CEDH au bloc de constitutionnalité », *op. cit.* ; G. Carcassonne, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 95 ; P. Jan, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 7 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 296s. ; B. Genevois, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2002, p. 527 ; G. Alberton, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, p. 249 ; E. Bruce, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *RFDC*, n°63, 2005, p. 539.

⁹⁵ Article 10-2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 : « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration

En considérant cette fois l'exercice par le Conseil constitutionnel d'un contrôle de conventionnalité *a posteriori* sur les lois promulguées, deux mécanismes sont envisageables. Soit le constituant intervient pour instaurer une question préjudicielle en appréciation de la conventionnalité des lois, sur le modèle actuel du nouvel article 61-1 de la Constitution. Soit, en l'absence de nouvelle réforme, le Conseil constitutionnel pourrait estimer que la nouvelle procédure de l'article 61-1 de la Constitution lui permet également d'être saisi de la violation par la loi des droits et libertés consacrés par un traité. Ce qui constituerait, en pratique, un refus d'étendre la jurisprudence *IVG* au nouveau contrôle *a posteriori*. Les fondements de cette interprétation extensive -par rapport à la volonté du Gouvernement et des parlementaires- seraient l'article 55 de la Constitution pour l'ensemble du droit supranational et plus spécifiquement l'article 88-1 de la Constitution en ce qui concerne le droit communautaire.

Bien que séduisante au premier abord ce type de solution se heurte pourtant à d'importantes critiques. La première d'entre elles est d'être en contradiction manifeste avec une jurisprudence constante de la CJCE qui condamne par avance le renversement de l'acquis des jurisprudences *Jacques Vabre* et *Nicolo*⁹⁶. L'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 est dépourvu de toute ambiguïté à ce sujet : « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* »⁹⁷. L'effet direct et la primauté du droit communautaire s'opposent donc à ce que le droit interne empêche le juge ordinaire de décider de lui-même et immédiatement du sort d'une loi interne contraire au droit communautaire.

D'autant que la saisine du Conseil constitutionnel par le juge ordinaire pour apprécier la conventionnalité de la loi n'empêcherait pas de poser une question préjudicielle à la CJCE en appréciation de la validité du droit communautaire. De même, la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'une question préjudicielle n'est pas un recours effectif dont l'épuisement préalable est exigé pour pouvoir saisir la Cour. En l'absence d'accès direct à la Cour constitutionnelle au profit des individus, la saisine de la Cour de Strasbourg n'est pas conditionnée par l'exercice de cette voie de recours⁹⁸. Ce croisement des recours laisse entrevoir des difficultés pratiques, en plus de rallonger substantiellement la durée de la procédure⁹⁹.

Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. »

⁹⁶ Cette jurisprudence est d'ailleurs qualifiée d'« irréversible » par M. Guyomar, P. Collin, « Détermination du juge devant lequel doivent être portées les contestations relatives aux actes administratifs organisant le référendum », *AJDA*, 2000, p. 803 et O. Dutheillet De Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 327. Voir cependant un arrêt de la Cour de cassation surprenant, et pour l'instant isolé, qui estime que l'examen de la conformité d'articles du Code général des impôts « au principe conventionnel de proportionnalité relève du contrôle de leur constitutionnalité et échappe à la compétence de l'ordre judiciaire », Cass., crim., 12 décembre 2007, *JCP*, A, 2008, 1461, comm. J.-H. Robert.

⁹⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, §24.

⁹⁸ Voir sur cette question F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP*, G, 1996, I, 3910.

⁹⁹ Sur l'incidence de la contrainte européenne sur ce type de procédure, cf. J.-F. Flauss, « L'influence du droit européen sur l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie préjudicielle », in G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 165 ; P. Gaia, « Le contrôle de conventionnalité », *RFDC*, 2008, hors-série, p. 201.

Au-delà de ces obstacles, l'inefficacité de ces solutions réside dans la lourdeur du dispositif face à l'ampleur des contentieux qui surgiraient. Si chaque question de constitutionnalité et de conventionnalité soulevée devant l'ensemble des juridictions devait systématiquement être transmise au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avant que le Conseil constitutionnel ne soit saisi et décide du sort de la loi, cela provoquerait de sérieux engorgements et un allongement du délai des procédures.

Pour éviter cet encombrement du cours de la justice, il est fréquemment proposé de réduire la compétence du Conseil constitutionnel à l'examen de la conformité de la loi aux seuls traités relatifs aux droits de l'homme, comme l'a récemment proposé le Président J.-L. DEBRE¹⁰⁰. Ce qui serait relativement proche de l'esprit du nouvel article 61-1 de la Constitution, qui évoque les « droits et libertés que la Constitution garantit ». Mais cette solution se heurterait à l'impossibilité pour le juge ordinaire de renoncer à écarter un acte de droit interne contraire au droit communautaire, et engendrerait également un dédoublement du contrôle de conventionnalité des lois qui ne manquerait pas de créer de nouveaux conflits. Ainsi, le juge ordinaire conserverait la possibilité d'écarter la même loi en raison d'une violation des conventions spécifiques de protection des droits de l'homme, du droit communautaire dérivé ou de l'ensemble des conventions dont l'objet n'est pas de protéger les droits et libertés des citoyens. Car même si les droits et libertés doivent constituer le ciment de l'État de droit, le droit n'a pas uniquement pour objet leur protection et comporte également des règles civiles, commerciales, administratives, procédurales etc... qui encadrent la vie en société et dont le respect s'impose. Dès lors, l'applicabilité d'une disposition législative dépend, en plus du respect des droits et libertés consacrés par les traités, de l'ensemble des prescriptions qui s'imposent dans le domaine concerné comme par exemple le droit communautaire matériel, les conventions fiscales ou les traités de coopération commerciale¹⁰¹. Le Conseil constitutionnel n'exercerait donc qu'un contrôle partiel de la conventionnalité des lois qui ne garantirait en rien l'applicabilité future de la loi. On retrouve ici les inconvénients nés de la dissociation des contrôles de la loi, ce qui condamne par avance les solutions intermédiaires qui ne feraient que repousser les difficultés et combler une infime partie des incohérences constatées. Une solution plus conséquente est donc nécessaire. Afin de réunir la responsabilité de l'ensemble de ces contentieux, la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême serait parfaitement adaptée, à supposer que les réticences à une telle réforme soient levées.

2) La transformation hypothétique du Conseil constitutionnel en Cour suprême

Derrière le projet de transformer le Conseil constitutionnel en Cour suprême, il ne s'agit pas simplement de permettre à l'ensemble des juridictions de saisir directement le Conseil constitutionnel d'une question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois. Même si cette réforme serait envisageable sous réserve de donner au Conseil constitutionnel les moyens de faire face à l'afflux des requêtes, les inconvénients nés de la disjonction des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois serait maintenus. Car en empêchant le juge ordinaire d'écarter de lui-même l'application d'une loi inconstitutionnelle, le système continuerait à produire des incohérences et des conflits.

¹⁰⁰ Lors de son audition du 19 septembre 2007 devant le Comité, le Président J.-L. Debré proposa de limiter le contrôle de conventionnalité du Conseil constitutionnel à seulement quatre conventions internationales protectrices des droits de l'homme à savoir la Convention européenne des droits de l'homme, les deux pactes de l'ONU et la charte européenne des droits fondamentaux une fois entrée en vigueur.

¹⁰¹ Pour des illustrations de lois écartées en raison d'une violation de ce type de traités, voir les Chroniques de « Jurisprudence française relative au droit international », à l'*Annuaire français de droit international*, dirigées par J.-F. Lachaume puis N. Maziau.

L'idée globale sous-jacente au projet de Cour suprême suppose au préalable de permettre à l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, en plus de pouvoir en apprécier la conventionnalité. Mais afin de remédier aux éventuels inconvénients du dualisme juridictionnel, un recours devrait pouvoir être formé à l'encontre de l'arrêt du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Transformer le Conseil constitutionnel en Cour suprême reviendrait donc à lui permettre de statuer sur l'ensemble des questions relatives au contrôle de la loi, quelque soit la norme de référence en cause, par une décision qui s'imposerait *erga omnes*. Une hiérarchie organique entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire serait ainsi créée, tout en permettant au contrôle de la loi de se diffuser dans l'ensemble du tissu juridictionnel, et d'ainsi se dérouler efficacement. Les conflits entre constitutionnalité et conventionnalité, ou entre juge judiciaire et administratif, seraient forcément résolus. Le cours du procès serait faiblement alourdi puisque le Conseil constitutionnel, devant lequel les règles du procès équitable seraient applicables, pourrait établir des règles strictes de recevabilité lui faisant uniquement trancher des questions nouvelles ou créant une difficulté sérieuse. La réunion des contrôles de la loi serait ainsi réalisée, sans que pour autant la compétence du Conseil constitutionnel *a priori* et la dualité des ordres juridictionnels soient supprimées.

Même si plusieurs variantes sont ensuite possibles, le respect de ces grandes lignes assurerait une cohérence et une légitimité d'ensemble du système juridictionnel. Et bien qu'aucun système n'épouse les contours de la perfection, il semble que la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême constitue le meilleur des compromis possibles¹⁰².

Mais aussi cohérente que soit cette réforme, elle nécessiterait, pour être consacrée, de surmonter un courant nettement défavorable, produit par la référence à l'activisme judiciaire de la Cour suprême des Etats-Unis. Le modèle américain a constamment été assimilé, depuis 1921 et l'ouvrage d'E. LAMBERT¹⁰³, à l'idée de gouvernement des juges, au fédéralisme et à la culture de *common law*. Au pays du « Juge, bouche de la loi » et de la « loi, expression de la volonté générale », l'expression et l'objet de Cour suprême n'ont toujours pas les faveurs de la pensée juridique et politique française. Le précédent du projet de Constitution du régime de Vichy n'ayant pas non plus œuvré favorablement en faveur de cette dénomination¹⁰⁴.

L'espoir est donc mince de voir le constituant intervenir à nouveau, du moins dans un proche avenir, pour doter le Conseil constitutionnel d'un tel statut. La profondeur des courants contraires à ce type de réforme semble encore trop importante. Il est sur ce point évocateur de constater le refus du Gouvernement et de l'Assemblée nationale, lors du débat sur la réforme des institutions, de reprendre la proposition du Sénat de modifier la dénomination du Conseil constitutionnel au profit de l'expression « Cour constitutionnelle »¹⁰⁵.

Il est pourtant possible de s'affranchir de la dogmatique des modèles. Car en établissant une régulation des contrôles de la loi par un juge unique sans totalement unifier les deux ordres juridiques, la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême n'épouserait pas toutes les caractéristiques du modèle américain et préserverait ainsi les traditions et les spécificités du système juridique français. Et finalement peu importe le nom que prendrait le Conseil constitutionnel. Car si c'est l'expression même de Cour suprême, au-

¹⁰² En ce sens, cf. D. De Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », *op. cit.*, p. 109.

¹⁰³ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

¹⁰⁴ Le projet de Constitution du régime de Vichy, signé le 30 janvier 1944 mais jamais promulgué, prévoyait la création d'une « Cour suprême de justice » devant laquelle tout citoyen aurait pu introduire un recours en inconstitutionnalité d'une loi afin de garantir une disposition constitutionnelle.

¹⁰⁵ Article 24 ter du projet de loi constitutionnelle modifié en 1ère lecture par le Sénat le 24 juin 2008, TA n° 116.

delà de son objet, qui effraie et concentre les aspirations contraires, il suffirait d'adopter un qualificatif plus neutre en s'inspirant des illustrations de droit comparé.

Un regard sage et optimiste pourrait finalement imaginer que le nouvel article 61-1 de la Constitution constitue en réalité un premier pas en direction d'une réforme dont la doctrine commence à peine à se saisir. Le temps étant un facteur déterminant en ce domaine, la maturation des esprits, ainsi que le dévoilement progressif des inévitables insuffisances qui naîtront de l'utilisation de la question préjudicielle, permettront peut-être de voir consacrer une telle réforme.

Un regard audacieux et pessimiste pourrait au contraire déplorer l'occasion manquée et imaginer les moyens de remédier aux lacunes du nouvel article 61-1 de la Constitution. En adoptant cette posture, qui permet seulement d'enrichir le débat sans pouvoir prétendre à un supplément d'objectivité, une autre solution est envisageable afin de réunir les contrôles de la loi au profit d'un même juge, et ce sans réviser la Constitution.

B) Vers une utilisation audacieuse de l'article 61-1 de la Constitution ?

Combler les imperfections du nouvel article 61-1 de la Constitution est possible sans attendre l'adoption d'une nouvelle réforme par le constituant. Il suffirait que le juge ordinaire exploite la permissivité du droit positif pour contrôler de lui-même la constitutionnalité des lois (1) et qu'il saisisse le Conseil constitutionnel, par le biais du nouvel article 61-1 de la Constitution, dans des cas spécifiques (2).

1) Un contrôle plein et entier de la loi par le juge ordinaire

La compétence du juge ordinaire pour écarter une disposition législative inconstitutionnelle était permise par le droit positif antérieur à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Aucun obstacle n'était décisif et des fondements juridiques étaient exploitables pour justifier un renversement de la jurisprudence *Arrighi*¹⁰⁶. Le refus du juge ordinaire de contrôler la constitutionnalité des lois relevait plus de considérations de politique jurisprudentielle que de strictes obligations juridiques¹⁰⁷.

Or, il ne semble pas que la révision constitutionnelle ait dressé un obstacle supplémentaire. Les nouveaux articles 61-1 et 62 de la Constitution confirmeraient ainsi la possibilité juridique pour le juge ordinaire d'apprécier la constitutionnalité des lois. Cette proposition de lecture semble à première vue insolite, si elle est confrontée aux déclarations des protagonistes de la révision, du Comité Balladur au Parlement en passant par le Gouvernement. Mais en ne retenant que la lettre du texte constitutionnel, donc en assumant le choix de privilégier une interprétation littérale, cette lecture devient envisageable.

En effet, le constituant n'a pas formellement consacré de monopole du Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité des lois. De la même manière que le contrôle *a priori* de l'article 61 est une compétence spéciale qui pouvait être considérée comme n'excluant pas la compétence du juge ordinaire, le nouvel article 61-1 de la Constitution est également une procédure spéciale qui n'a pas forcément vocation à englober l'ensemble de la question du contrôle de la constitutionnalité des lois. D'ailleurs, sur le plan matériel, seul la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » est concernée par ce texte. Le contrôle de la loi au-delà de cette référence pourrait également être assuré par le

¹⁰⁶ CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert*, *Dalloz*, 1938, III, p. 1, concl. R. Latournerie, note C. Eisenmann ; *Sirey*, 1938, p. 33, note A. Mestre.

¹⁰⁷ Qu'il nous soit permis de renvoyer à J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Thèse dact., Montpellier I, 2007.

juge ordinaire sans que la procédure de l'article 61-1 de la Constitution ne trouve à s'appliquer.

De plus, l'article 61-1 de la Constitution reste silencieux sur le rôle dévolu à la juridiction devant laquelle est contestée la constitutionnalité de la loi. En ne retenant que le texte de la révision, il est éventuellement possible de soutenir qu'aucun obstacle juridique formel ne permet d'établir avec certitude que la juridiction ne peut pas écarter elle-même l'application de la loi en raison de son inconstitutionnalité. L'ensemble des juridictions judiciaires et administratives disposerait ainsi d'une plénitude de compétence pour apprécier la constitutionnalité des lois, qui s'ajouterait à leur compétence pour écarter l'application d'une loi contraire à un traité. Le renversement de la jurisprudence *Arrighi* semble donc possible et permettrait de mettre fin à la dissociation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois. Ensuite, la juridiction disposerait d'une simple faculté pour transmettre au Conseil d'État ou à la Cour de cassation les questions qui lui semblent mériter un traitement spécifique, en raison de leur nouveauté, de leur difficulté ou de l'intérêt du justiciable par exemple. Ici encore, le texte de l'article 61-1 de la Constitution semble flou sur les modalités de la relation entre les juridictions inférieures et suprêmes de chacun des ordres juridictionnels ce qui laisse une certaine autonomie d'action.

Certes, un obstacle pourrait surgir avec l'adoption de la loi organique qui doit préciser les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution. Mais la loi organique peut elle aussi rester évasive sur certains points et laisser une marge de liberté au juge, ou bien être interprétée de telle manière qu'elle n'empêche pas le juge ordinaire d'examiner lui-même le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi. Tout dépendrait bien évidemment du choix du juge et dans l'hypothèse où il se saisirait du contrôle de la constitutionnalité des lois, l'obstacle de la loi organique n'en serait plus un.

Il faut bien convenir du caractère extrêmement audacieux pour le juge de cette lecture, qui serait certainement vécue comme une violation de la volonté des « auteurs » et de l'esprit de la révision. Mais ne serait-ce que pour l'intérêt du débat, cette lecture mérite d'être évoquée. D'autant qu'elle a été proposée par une députée lors du débat à l'Assemblée nationale¹⁰⁸. En faisant abstraction du contexte de la réforme et de la notion de question préjudicielle -qui n'est d'ailleurs pas employée par le texte constitutionnel-, en se détachant de l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel est forcément le juge naturel de la constitutionnalité des lois, une autre vision du droit positif apparaît. Ou du moins, une autre lecture de l'article 61-1 de la Constitution est imaginable, infidèle à son esprit mais finalement compatible avec sa lettre.

Si le juge ordinaire accepte d'exercer de lui-même un contrôle de la constitutionnalité des lois, la lettre de l'article 61-1 supporterait aisément cette fois que le renvoi au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État ou la Cour de cassation soit réservé uniquement à certaines questions spécifiques.

¹⁰⁸ Mme Annick Girardin, Séance du 29 mai 2008 à l'Assemblée nationale : « Sans changer le texte proposé, il suffirait, pour ouvrir plus largement ce droit, que nos travaux précisent que les juges, du premier degré jusqu'au dernier ressort, disent tout le droit et peuvent écarter l'application d'une loi parlementaire contraire à une règle supérieure internationale, communautaire ou constitutionnelle. (...) Ce qui se combinerait fort heureusement avec les dispositions proposées qui ne sont nullement contraires et qui permettent à nos cours de dernier ressort, en cas de doute, de saisir le Conseil constitutionnel si elles jugent indispensable d'abroger explicitement telle disposition inconstitutionnelle. Je ne vois pas ce que la régulation, la cohérence et la suprématie du Conseil constitutionnel y perdraient. Je vois très bien, en revanche, en quoi la simplicité procédurière et l'évolution de notre droit y gagneraient. »

2) *Le renvoi au Conseil constitutionnel uniquement en cas de question sérieuse ou de demande d'abrogation*

En conservant comme objectif de penser les modalités possibles de la réunion des contrôles de la loi, de la manière la plus cohérente possible et sans intervention du constituant, l'intervention du Conseil constitutionnel pourrait se faire de la manière suivante. Dans l'hypothèse où le juge ordinaire examine lui-même la constitutionnalité de la loi, seule une question digne d'intérêt serait transmise, selon des modalités procédurales qu'il reste à déterminer, au Conseil d'État et à la Cour de cassation. A ce stade, les deux juridictions suprêmes ne feraient ensuite que suivre les prescriptions de l'article 61-1 de la Constitution, selon lesquelles le Conseil constitutionnel « peut », et non pas « doit », « être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Saisi facultativement par les juridictions inférieures, le Conseil d'État ou la Cour de cassation exerceraient donc leur pouvoir de filtrage et ne transmettraient au Conseil constitutionnel que les questions sérieuses nécessitant une harmonisation des solutions entre les deux ordres juridictionnels ou présentant un caractère nouveau dont le règlement aurait une incidence globale. La décision de faire trancher la question au Conseil constitutionnel pourrait aussi se justifier par les effets attachés à sa décision, à savoir l'abrogation des dispositions litigieuses. Car devant le juge ordinaire, seule l'application de la loi serait écartée, conformément à l'effet *inter partes* du contrôle diffus et exercé par voie d'exception. Comme précédemment vu, selon les circonstances du litige, abroger la loi ou en écarter l'application sera l'effet le plus adapté. Lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation seront confrontés à un vice d'inconstitutionnalité touchant un vaste dispositif législatif, et non pas une application particulière d'une disposition donnée, l'effet *inter partes* serait inadapté et le recours au Conseil constitutionnel s'imposerait afin qu'il décide s'il y a lieu d'abroger la loi en cause. Ce motif de recours au Conseil constitutionnel pourrait de la même manière justifier la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation par les juridictions inférieures.

Ainsi, au nom de l'unité du droit ou en raison des conséquences à tirer du constat d'inconstitutionnalité, le Conseil d'État ou la Cour de cassation pourraient saisir le Conseil constitutionnel. Le système ainsi proposé résoudrait les risques d'incohérences et de conflits, présents dans l'ancien état du droit et multipliés par la révision constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel ne serait saisi qu'exceptionnellement, une fois la question transmise par les juridictions inférieures et filtrée par le Conseil d'État et la Cour de cassation. C'est à ce prix que la cohérence du système serait préservée car si le Conseil constitutionnel intervenait fréquemment pour décider de la constitutionnalité des lois, les conséquences néfastes de la dissociation des contrôles de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois resurgiraient. En permettant au juge ordinaire d'exercer ces deux contrôles, les conflits sont évités, mais si une question de constitutionnalité demeure difficile à trancher ou réclame l'abrogation du dispositif législatif en cause, les juridictions transmettront au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui à leur tour pourront faire appel au Conseil constitutionnel. Il est même possible d'imaginer que l'article 61-1 de la Constitution soit utilisé, dans les mêmes conditions et pour les mêmes motifs, pour trancher une question de conventionnalité selon les modalités précédemment envisagées.

Certes, en suivant la logique de ce mécanisme, le rayonnement du Conseil constitutionnel souffrirait du caractère exceptionnel des recours portés devant lui. Mais son autorité n'en serait que plus solennelle : appelé à décider de l'essentiel, il laisserait au juge ordinaire le soin de régler les questions d'usage ou celles ne nécessitant pas une abrogation des dispositions législatives inconstitutionnelles.

Au final, dans l'attente de l'intervention du constituant pour transformer le Conseil constitutionnel en Cour suprême, cette solution pragmatique et peu orthodoxe représente cependant l'unique recours possible pour remédier aux conflits entre les contrôles de la constitutionnalité et la conventionnalité des lois, sans pour autant alourdir et allonger le cours du procès. En permettant au juge ordinaire de contrôler directement la constitutionnalité des lois, les objectifs de la réforme seraient accomplis -établir une véritable garantie du respect de la Constitution et assurer sa réappropriation par les citoyens- ; tandis que l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité serait adapté aux circonstances juridiques de l'espèce, et non plus soumis à une abrogation automatique.

Le vent d'optimisme généré par le nouvel article 61-1 de la Constitution donne sans conteste un nouveau souffle au droit constitutionnel. Mais sous peine de se transformer en espoir déçu, la réforme doit être complétée. Même s'il est peu probable que le juge ordinaire agisse de manière aussi audacieuse ou que le constituant intervienne à nouveau pour remédier aux carences constatées, du moins la recherche d'une meilleure cohérence de l'architecture juridictionnelle doit se poursuivre. La plus grande vigilance doit ainsi se porter sur la question du contrôle des lois dans son ensemble, et pas seulement sur le contrôle de constitutionnalité. Car au-delà de ses aspects contentieux, l'enjeu de la question est primordial : il s'agit ni plus ni moins de garantir le respect des droits, des libertés et des règles fondatrices qui sont au cœur du système juridique.