

VIIe Congrès français de droit constitutionnel

Paris, 25-27 septembre 2008

Atelier « Constitution et justice »

POUR L'INTRODUCTION D'UN ARTICLE 234 DANS LA CONSTITUTION FRANCAISE

Par François-Xavier MILLET

Allocataire-moniteur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Il est des articles de la Constitution de la Ve République dont la portée n'a guère été à la hauteur de la popularité ou du battage juridico-médiatique (ex : art. 16). Il en est d'autres dont la postérité a été fortement limitée par la volonté même du constituant, ce dernier n'hésitant pas à défaire ce qu'il avait pu construire peu de temps auparavant (ex. topique de l'art. 88-5, largement édulcoré). Peut-on en déduire que la volonté générale peut, contre toute attente, errer à un point tel que les révisions constitutionnelles sont dorénavant susceptibles de faire l'objet d'une remise en cause brutale ? Cette éventualité ne saurait être écartée s'agissant du nouvel article 61-1 introduisant dans l'ordre constitutionnel français l'exception d'inconstitutionnalité¹.

La question préjudicielle de constitutionnalité² est la fille prodigue du droit constitutionnel hexagonal. Longuement débattue au début des années 1990, elle semblait s'être peu à peu éclipsée. Cependant, restée dans les souvenirs de tous, elle refit son apparition en 2007 au sein du comité constitutionnel et fut, comme tous les enfants prodiges, diversement accueillie. Les partisans d'un tel mécanisme y virent un moyen d'asseoir enfin l'autorité de la Constitution et du Conseil constitutionnel, notamment face aux normes internationales. Ses adversaires dénoncèrent quant à eux une plus-value limitée en regard de l'exception d'inconventionnalité. Pour notre part, nous voyons dans ce système, tel qu'il a été façonné, une fausse bonne idée.

Certes, il est légitime de vouloir remédier au « dérèglement républicain »³ dû au fait que la Constitution française, sommet de l'ordre juridique, se trouve moins garantie que la plus insignifiante des directives de l'Union européenne. Il apparaît même aujourd'hui de bonne politique de favoriser le « patriotisme constitutionnel », l'attachement aux valeurs qui sous-tendent une constitution. A cette fin, le citoyen français doit pouvoir s'appropriier le texte constitutionnel. Cependant, il ne nous semble pas que le nouvel article 61-1 le permette pleinement. En effet, à la lumière de quelques décisions récentes, on peut légitimement exprimer quelques doutes sur le succès futur d'un tel dispositif. La restriction de son champ

¹ « 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'Etat ou de la Cour de cassation, qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

² Nous emploierons indifféremment les notions d'exception d'inconstitutionnalité et de question préjudicielle de constitutionnalité bien que seule cette dernière expression traduit de manière rigoureuse le concept introduit dans notre norme fondamentale.

³ Audition de Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, devant la commission des Lois de l'Assemblée nationale (voir www.assemblee-nationale.fr, site consulté le 23 juin 2008)

aux droits fondamentaux constitutionnels, ainsi que la simple faculté laissée aux juridictions suprêmes de saisir le Conseil constitutionnel laissent supposer que peu de lois seront effectivement déférées au Conseil constitutionnel.

Dans ce contexte, il apparaît d'ores et déjà nécessaire de repenser le système dans le sens d'un renforcement, d'une part, de l'autorité de la Constitution et, d'autre part, de la sécurité juridique. A cette fin, il n'est guère possible de cantonner la pensée aux modalités procédurales d'un simple contrôle des lois en vigueur. Le constitutionnaliste ne peut faire l'économie d'une réflexion d'ensemble sur les effets des divergences d'interprétation constitutionnelle, causes principales de l'affaiblissement de la Constitution de la Ve République. A notre sens, l'unité de l'interprétation, sous l'autorité du Conseil constitutionnel, est une condition déterminante de la réussite de l'exception d'inconstitutionnalité.

Par ailleurs, cette même réussite ne passe pas nécessairement par un contrôle sanctionné par l'annulation - *ex tunc* ou *ex nunc* - de la loi inconstitutionnelle. Les modèles de justice constitutionnelle ne sont pas immuables et figés. Aussi, ils doivent savoir s'adapter aux attentes des citoyens ainsi qu'aux contraintes inhérentes aux cultures juridiques nationales, caractérisées par différentes perceptions de la loi et du juge.

Pour ces raisons et si l'on part du postulat que l'objectif est de renforcer l'autorité de la Constitution et de mieux garantir les droits constitutionnels des justiciables, le nouveau mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité, marqué par ses insuffisances (I), devrait notamment s'inspirer de l'article 234 TCE (II).

I. UN DISPOSITIF IMPARFAIT : DE LA PROPOSITION N° 74 A L'ARTICLE 61-1

L'introduction d'une question préjudicielle de constitutionnalité, proposée en 1990 (projet Badinter)⁴ et 1993 (rapport Vedel)⁵, a été à nouveau préconisée par le comité constitutionnel réuni sous la présidence d'Edouard Balladur⁶. A la différence des projets antérieurs, celui-ci se singularisait par la reconnaissance reconnue à toute juridiction de poser *directement* au Conseil constitutionnel une question relative à la constitutionnalité d'une loi en vigueur. En revanche, il ne se démarquait guère du projet de 1993 quant à la délimitation des normes de référence du nouveau contrôle. Le 23 juillet dernier, le pouvoir constituant dérivé faisait, à notre regret, le choix de la tradition plutôt que celui-ci de l'innovation. S'il suivit les recommandations du comité Balladur quant au champ d'application du nouveau

⁴ « Les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours »

⁵ « Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition de loi porte atteinte aux droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution, cette question peut être renvoyée au Conseil constitutionnel »

⁶ Proposition n° 74 d'un nouvel article 61-1 C : « Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Le Conseil constitutionnel est, à la demande du justiciable, saisi dans les conditions fixées par une loi organique sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre »

dispositif (A), il s'en est en revanche écarté en ne permettant qu'aux juridictions suprêmes ordinaires de renvoyer une question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, s'inscrivant ainsi préférentiellement dans les pas du rapport Vedel (B). Dans les deux cas, l'efficacité de la question préjudicielle de constitutionnalité est mise en doute.

A. Un champ d'application limité aux droits et libertés garantis par la Constitution

Aux termes de l'article 61-1, le Conseil constitutionnel ne pourra être saisi d'une question préjudicielle que s'il est « soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette limitation des normes de référence pose deux séries de questions relatives, d'une part, aux effets qu'elle comporte en matière de garantie des droits (1) et, d'autre part, aux raisons profondes de ce choix (2).

1. la compétence du législateur à l'épreuve de l'article 61-1

La restriction du champ d'application de l'article 61-1 aux droits et libertés que la Constitution garantit laisse supposer que la constitutionnalité externe d'une loi ne pourra pas être valablement contestée par un justiciable lors d'une instance en cours. Si cette limitation semble bien inspirée s'agissant de la procédure législative proprement dite, elle laisse néanmoins planer un doute quant à la question du respect des règles de compétence : le moyen tiré de la méconnaissance des articles 34 et 37 peut-il être (voire doit-il être) opérant à l'appui d'une question préjudicielle de constitutionnalité ?

Il ne ressort pas clairement de l'article 61-1 que la méconnaissance par le législateur de son champ de compétence peut être valablement soulevée lors d'une instance en cours. En effet, de prime abord, l'invocabilité des articles 34 et 37 n'est absolument pas acquise. D'une part, on peut douter de l'existence d'un « droit au législateur » ou d'un « droit au pouvoir réglementaire ». D'autre part, la jurisprudence *Blocage des prix*⁷ n'incite guère à considérer que l'incompétence positive du législateur puisse être soulevée à l'encontre d'une loi en vigueur. Ce qui n'est pas possible *a priori* ne semble *a fortiori* pas plus pouvoir l'être *a posteriori*.

Pourtant, plusieurs éléments militent en faveur de l'opérance d'un moyen tiré de la méconnaissance des articles 34 et 37.

En premier lieu, ces dispositions font à nouveau l'objet de l'attention des juristes. Le président Mazeaud⁸ puis le rapport 2006 du Conseil d'Etat⁹ ont dénoncé l'empiètement du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire. Même si le Conseil constitutionnel n'a pas encore renversé sa jurisprudence *Blocage des prix*¹⁰, il est cependant notable que la révision constitutionnelle ait ouvert au président des assemblées la possibilité d'opposer l'irrecevabilité à un amendement n'étant pas du domaine de la loi (article 41 révisé). De plus, dans sa très récente décision sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés¹¹, les

⁷ DC n° 1982-143, 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, *GDCC* n° 33

⁸ Vœux au chef de l'Etat (3 janvier 2005)

⁹ Rapport public 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, La Documentation française, pp. 316-317

¹⁰ Notons cependant que le Conseil constitutionnel censura la loi de programmation sur l'avenir de l'école pour méconnaissance de l'article 37 (décision n° 2005-512 du 21 avril 2005)

¹¹ DC n° 2008-564, 19 juin 2008, Loi relative aux OGM (voir plus particulièrement le considérant n° 53)

juges de la rue de Montpensier n'ont pas hésité à hisser les règles de compétence au même niveau que les « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Désormais, « si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il ressort de la Constitution et notamment de son article 88-4 que cette exigence n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution ». La méconnaissance de l'article 34 peut donc venir faire échec à la transposition d'une directive¹². Si le Conseil constitutionnel a su en l'espèce, afin de tenir compte des contraintes communautaires, habilement différé les effets de sa décision, il n'en demeure pas moins que ceci manifeste de manière claire une volonté commune aux trois pouvoirs de respecter la répartition des compétences telle qu'elle résulte de la Constitution elle-même – et non d'une simple loi organique. Dès lors, les questions de compétence du législateur acquièrent une importance renouvelée au sein de la Constitution.

En second lieu, dans le cas plus spécifique de l'incompétence négative, une décision récente du Conseil d'Etat¹³ montre que la volonté d'asseoir l'autorité de la Constitution et une attention accrue à l'égard des règles de compétence vont de paire et que la méconnaissance de l'article 34 par le législateur mérite d'être sanctionnée *a posteriori*. Cependant, comment peut-on soutenir que les règles de compétence législative relèvent des normes de référence de l'article 61-1 ? L'analyse de l'arrêt *Fédération de l'hospitalisation privée* nous fait entrevoir deux solutions possibles : d'une part, il s'agirait de rattacher la question de la compétence à une question de fond mettant en jeu des droits fondamentaux ; d'autre part, on pourrait concevoir un « droit à la compétence du législateur ». Dans cette affaire, la Haute juridiction a été amenée à connaître de la légalité d'un décret prévoyant que les contrats d'objectifs et de moyens conclus entre les Agences régionales de l'hospitalisation et les établissements de santé pouvaient être résiliés en cas de « manquement grave aux dispositions législatives et réglementaires », sans plus de précisions. Le requérant contesta ce décret en alléguant notamment qu'il méconnaissait le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines. Compte tenu de l'imprécision du décret et eu égard à la jurisprudence relative aux sanctions administratives, il apparaissait clairement que le décret était entaché d'inconstitutionnalité et devait donc être annulé. Or, le Conseil d'Etat a décidé de rejeter la requête de la Fédération de l'hospitalisation privée au motif – implicite – qu'une loi faisait écran entre la Constitution et le décret contesté. En effet, ce dernier se bornait à réitérer ce qu'un texte législatif avait préalablement édicté. Dans ces conditions, l'écran n'était pas, par hypothèse, transparent et seul un renversement de la vénérable jurisprudence *Arrighi* aurait pu conduire à l'annulation du décret.

Se pose alors la question de savoir si l'exception d'inconstitutionnalité, eût-elle existé plus tôt, aurait pu permettre au requérant d'obtenir ce à quoi il était en droit de prétendre. Il ressort du code de la santé publique que la loi s'est abstenue de définir les éléments constitutifs d'une infraction alors même que, comme le souligna le Conseil d'Etat, « les conditions d'exercice de l'activité des [établissements de santé] relèvent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de la loi ; qu'il n'appartient dès lors qu'à la loi de déterminer les éléments constitutifs des infractions dont l'auteur encourt de telles sanctions ». En d'autres termes, le décret n'était pas en soi inconstitutionnel mais tirait son inconstitutionnalité de la loi, entachée d'incompétence négative. Nous nous trouvons donc dans une situation hautement critiquable où, de par les règles contentieuses, une loi intervenue en

¹² Sur les controverses antérieures relatives à cette question, voir notre mémoire de Master sur *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition en France et en Allemagne*, à paraître chez L'Harmattan

¹³ CE, Sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n° 300304

méconnaissance de l'article 34C ne peut pas être remise en cause et empêche en conséquence le justiciable d'entrer dans son droit. Or, l'Etat de droit et l'autorité de la Constitution imposent, dans un tel contexte, qu'une telle loi puisse être déférée à l'avenir devant le Conseil constitutionnel. Ainsi, il serait peut-être envisageable de se fonder sur l'existence d'une atteinte au principe de légalité des délits et des peines contenu dans la Déclaration de 1789, voire sur le principe de clarté de la loi. De manière plus audacieuse, les juges de la rue de Montpensier pourraient découvrir un nouveau droit fondamental original : le droit pour le citoyen à ce que le législateur épuise sa compétence sans pour autant l'outrepasser. Enfin, ils pourraient également retenir, contre la lettre de la Constitution et au nom de la nécessaire garantie des droits, une interprétation téléologique de l'article 61-1 en se fondant purement et simplement sur la violation de l'article 34. En tout état de cause, la décision *Fédération de l'hospitalisation privée* illustre la nécessité pour le Conseil constitutionnel et pour le législateur organique d'étendre le champ d'application de la question préjudicielle de constitutionnalité, dans les modalités qu'ils jugeront adaptées.

2. contrôle de « fondamentalité » ou contrôle de constitutionnalité ?

On peut également s'interroger sur les raisons d'une telle limitation des normes de référence : ne présage-t-elle pas d'une évolution de l'office du juge constitutionnel vers l'exercice d'un « contrôle de fondamentalité » au regard de la Constitution mais aussi des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ?

En effet, nous avons aujourd'hui tendance à considérer que le droit est avant tout au service de droits qui peuvent être tout aussi bien - voire mieux - protégés par d'autres ordres juridiques dans la mesure où les droits de l'homme sont revêtus d'une dimension universelle. Dès lors, peu semble importer la provenance de tel ou tel droit du moment où son effectivité est garantie. C'est à partir de cette conception qu'il a pu être soutenu par la doctrine que l'exception d'inconventionnalité s'apparentait à un substitut fonctionnel de l'exception d'inconstitutionnalité dans la mesure où de nombreux traités ont pour objet la protection des droits de l'homme et que la Constitution est elle-même, avant tout, un catalogue de droits fondamentaux. La même logique a présidé à de nombreuses décisions juridictionnelles, en France et en Europe, autour du concept d'équivalence des protections qui conduit *de facto* à la suspension de l'exercice du contrôle de constitutionnalité.¹⁴ Les juges nationaux – et singulièrement les juges constitutionnels – vont avoir tendance à s'en remettre à la CJCE ou bien à la CEDH afin que celles-ci garantissent la protection des droits fondamentaux. Dans le large champ d'application du droit communautaire, les lois inconstitutionnelles ne seront donc censurées que si elles sont également entachées d'inconventionnalité. Certes, on tend à reconnaître la spécificité de certains droits qui seraient propres à tel ou tel ordre constitutionnel ou dont la protection ne serait pas équivalente à celle assurée par les ordres supranationaux¹⁵. Cependant, dans le même temps, cette spécificité semble réduite à la portion congrue, comme a pu le montrer la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Arcelor* relativement à un principe – le principe d'égalité – dont on pouvait pourtant considérer qu'il n'avait pas réellement son équivalent dans l'ordre communautaire¹⁶.

¹⁴ Voir les arrêts Solange II (BVerfG, 22 octobre 1986, RTDE 1987, p. 537) et Fragd (Décision n° 232, rendue le 13 avril 1989) des cours constitutionnelles allemande et italienne ; les décisions DC n° 2004-496, 10 juin 2004, LCEN et DC n° 2006-540, 27 juillet 2006, DAVDSI du Conseil constitutionnel ; l'arrêt *Bosphorus c/ Irlande* (CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98) ; ou encore les arrêts CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, Rec. p. 55 et CE, Sect., 10 avril 2008, Conseil national des barreaux, n° 296845

¹⁵ Voir notamment les décisions LCEN et *Arcelor* préc.

¹⁶ Pour s'en convaincre, lire concl. Avocat général près la CJCE sous *Arcelor* (renvoi préjudiciel) (21 mai 2008 ; affaire C-127/07)

Dès lors, on peut fortement s'interroger sur l'intérêt pratique que présente une exception d'inconstitutionnalité cantonnée aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Aurait-elle alors un intérêt prospectif ?

La limitation du champ de l'article 61-1 nous semble porteuse à moyen terme d'un « contrôle de fondamentalité » permettant de faire pièces aux critiques, peu justifiées selon nous, adressées de manière récurrente à l'égard de la jurisprudence *IVG*. Ce contrôle des lois s'effectuerait en effet au regard des droits et libertés, non seulement constitutionnellement mais également conventionnellement garantis. Un tel contrôle présenterait selon nous deux inconvénients principaux : d'une part, il contribuerait à transformer les fondements mêmes de l'ordre juridique puisque celui-ci reposerait dorénavant, non plus sur la constitution, mais sur les droits fondamentaux¹⁷ ; d'autre part, ceci conduirait à une hiérarchisation fâcheuse des juridictions et placerait le Conseil constitutionnel en position de subordination vis-à-vis des juges européens qui seraient les interprètes ultimes de leurs propres normes fondamentales. Or, à notre sens, les juges de la rue de Montpensier ne bénéficient pas encore, contrairement aux juges de Karlsruhe, de la légitimité suffisante pour pouvoir se permettre de voir leurs décisions contestées au niveau supranational¹⁸. Pour cette seconde raison, le cantonnement des normes de référence du contrôle des lois en vigueur nous semble malencontreux, à l'image du « filtre », qui tend à donner une position prééminente à la Cour de cassation ainsi qu'au Conseil d'Etat.

B. Le « filtre », obstacle au bon fonctionnement de l'exception d'inconstitutionnalité

Non seulement le filtre est susceptible de limiter l'effectivité de l'exception d'inconstitutionnalité (1) mais il est encore de nature à entraver le nécessaire dialogue des juges (2).

1. une effectivité douteuse

Dans ses recommandations, le comité Balladur avait jugé bon de se départir des propositions antérieures en suggérant que la question préjudicielle de constitutionnalité puisse être posée par tout juge. Ceci présentait le grand mérite d'inciter le justiciable à soulever l'exception d'inconstitutionnalité. Or, l'existence d'un filtre est de nature à rendre le recours à l'article 61-1 beaucoup moins attractif. Le vice-président du Conseil d'Etat, lors de son audition devant la commission des Lois de l'Assemblée nationale, a d'ailleurs expressément reconnu qu'il ne serait fait droit au moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi qu'en l'absence de satisfaction obtenue sur le fondement de l'inconventionnalité¹⁹. Pour cette raison, nous émettons à nouveau de sérieux doutes sur le nombre de lois qui seront effectivement

¹⁷ La question préjudicielle de constitutionnalité se transformerait alors en question préjudicielle de fondamentalité, au grand dam de ceux-là même qui, au nom de l'autorité de la Constitution, ont défendu l'article 61-1.

¹⁸ Voir le précédent fâcheux *Zielinski-Pradal*, en matière de validations législatives (CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c/ France*, *RUDH*, 1999, 301)

¹⁹ « Etant compétent pour écarter l'application d'une loi contraire à un engagement international, le juge examinera cette question en premier. S'il retient la contrariété, il donnera raison à l'intéressé sur ce terrain et n'aura pas à se prononcer sur l'exception d'inconstitutionnalité. S'il admet au contraire la conformité de la loi avec la norme conventionnelle, il sera enclin à juger que la constitutionnalité de la disposition n'est pas sérieusement mise en doute et donc à ne pas poser de question préjudicielle » (Audition de Jean-Marc Sauvé par la commission des Lois de l'Assemblée nationale. www.assemblee-nationale.fr. site consulté le 23 juin 2008)

transmises au Conseil constitutionnel. Un grand nombre d'entre elles, même inconstitutionnelles, resteront inappliquées du simple fait de leur inconventionnalité.

2. un dialogue de sourds ?

En outre, le – tout relatif – succès que pourrait rencontrer l'article 61-1 dépend de la bonne volonté du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Or, deux décisions récentes montrent que cette empathie n'est nullement acquise. Tout d'abord, dans sa décision *M. Lesourd* relative à l'exigence de représentation équilibrée des deux sexes dans les jurys²⁰, le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître l'autorité de l'interprétation législative qui avait été donnée auparavant par le Conseil constitutionnel relativement à une loi présentant un objet analogue. Du point de vue du Conseil constitutionnel, il ne faisait aucun doute que l'interprétation retenue par lui en 2002 devait valoir rétroactivement pour la loi du 9 mai 2001 en cause. Ceci résulte notamment de la décision 258 DC de 1989²¹ dans laquelle les juges de la rue de Montpensier avaient, par une interprétation de l'article 62 C, considéré que « si l'autorité attachée à une décision [d'inconstitutionnalité] ne peut être invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont *en substance un objet analogue* à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ». A cet égard, le refus du Conseil d'Etat de se considérer lié par cette interprétation de l'article 62 et de viser la décision pertinente du Conseil constitutionnel nous paraît doublement critiquable du point de vue de la chose décidée²². En premier lieu, cette décision semble constituer un recul du Conseil d'Etat par rapport à sa jurisprudence traditionnelle. En effet, si le résultat est effectivement le même – il conduit à écarter l'interprétation *erga omnes* de la Constitution par le Conseil constitutionnel –, il semble en revanche que le raisonnement suivi diffère, en l'espèce, dans la mesure où on ne peut désormais plus soutenir dans l'absolu que les motifs déterminants de la décision ont autorité de chose jugée. Si cette conception était encore pleinement admise, la Section du contentieux aurait en effet dû étendre la chose jugée à la loi du 9 janvier 2001 dans la mesure où les juges de la rue de Montpensier ont fondé leur raisonnement sur l'interprétation de cette dernière loi. Cette interprétation pourrait donc être perçue comme relevant des motifs « déterminants » sans lesquels la décision du 27 janvier 2002 n'aurait pas été rendue. En second lieu, la décision *Lesourd* donnait un signal négatif au moment même où l'on s'apprêtait à mettre en place une exception d'inconstitutionnalité²³. Il faut en effet voir dans cet arrêt un refus de tirer les conséquences d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi déjà promulguée. Or, si l'on admet que la décision du 27 janvier 2002 procède à un examen par ricochet d'une loi en vigueur, on constate qu'elle aurait pu tout aussi bien être rendue à la suite d'une question préjudicielle de constitutionnalité et aurait alors dû s'imposer à l'ensemble des juridictions « ordinaires ».

²⁰ CE, Sect., 22 juin 2007, M. Lesourd, concl. (partiellement contraires) Olson, *RFDA*, n° 5, sept-oct. 2007, 1077 ; *AJDA* 19 novembre 2007, n° 39, 2130, chr. Boucher (J.) et Bourgeois-Machureau (B.)

²¹ Décision 258 DC du 8 juillet 1989

²² Sur cette distinction chose jugée/chose décidée, voir notre publication prochaine : « L'exception d'inconstitutionnalité ou l'impossibilité du souhaitable. Réflexions à travers le prime de l'interprétation constitutionnelle authentique », *RDJ* n° 05/2008

²³ C'est ce qu'a reconnu à demi-mot le Commissaire du gouvernement lorsqu'il conclut « quitte à accomplir un pas dans [la voie du contrôle a posteriori], pourquoi faudrait-il attendre pour en accomplir deux ? », ajoutant que le Conseil aurait pu « retenir une solution novatrice qui, sans ébranler les colonnes du Temple, permettrait au juge administratif dans la sphère de compétence qui lui est propre de compléter efficacement l'action du juge constitutionnel et ainsi de faire progresser la cause de l'état de droit » (OLSON (T.) *préc.* p. 1077 et 1084)

Plus récemment encore, dans un arrêt *Sud-RATP*²⁴, le Conseil d'Etat a manifesté à nouveau sa réticence à coopérer, dans le cadre d'un dialogue fécond, avec ses voisins de l'aile Montpensier. Si la Haute juridiction visa la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs en application de laquelle le plan de prévisibilité contesté avait été pris, elle ne jugea pas nécessaire de viser l'article 62 de la Constitution, donnant ainsi le sentiment qu'elle ne se sentait pas juridiquement liée à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel. Par ailleurs, il est édifiant de constater que le Conseil d'Etat a ressenti le besoin d'appuyer sa solution sur les travaux parlementaires et non sur la seule décision du Conseil constitutionnel, comme si cette dernière n'était pas juridiquement suffisante pour motiver la décision. Effort louable de motivation, diront certains ; pour nous, méfiance malheureuse vis-à-vis des juges de la rue de Montpensier. En toute hypothèse, tout ceci apparaît de mauvais augure pour l'avenir de l'exception d'inconstitutionnalité et invite à pousser la réflexion sur les pistes d'amélioration envisageables.

II. UN DISPOSITIF PERFECTIBLE : DE L'ARTICLE 61-1 A L'ARTICLE 234

Si l'on admet que la fin ultime de la question préjudicielle de constitutionnalité est d'asseoir l'autorité de la Constitution et de favoriser l'attachement du citoyen à celle-ci en lui permettant de l'invoquer plus facilement à l'occasion de litiges, on reconnaîtra alors que l'article 61-1 ne remplit que trop partiellement cet objectif. Aussi, eu égard à l'impératif d'unicité de l'interprétation constitutionnelle authentique, préalable essentiel de l'autorité retrouvée de la Constitution (A), il n'est pas inimaginable d'instaurer une procédure de question préjudicielle en interprétation de la Constitution et en appréciation de la constitutionnalité des lois, façonnée notamment sur le modèle de l'article 234 TCE (B).

A. Unité de l'interprétation et autorité de la Constitution²⁵

Les débats sur la question préjudicielle de constitutionnalité ont la plupart du temps porté sur les modalités contentieuses d'un contrôle *a posteriori* des lois. Cependant, il nous semble qu'en se polarisant sur cette question, on tend à occulter l'essentiel, à savoir la nécessaire unité de l'interprétation (1), inexistante en France (2).

1. nécessité d'unité

En première analyse, on pourrait penser que l'unicité de l'interprétation constitutionnelle n'est pas nécessairement indispensable. En effet, le modèle des cours constitutionnelles ayant pour objet premier la sortie des lois inconstitutionnelles de l'ordonnement juridique, on peut considérer que l'unicité de l'interprétation authentique

²⁴ CE, 19 mai 2008, Syndicat Sud-RATP, n° 312329

²⁵ Pour de plus amples développements sur cette question, voir notre étude précitée

importe peu dans le cas général : du moment où cette unicité est garantie – et fait autorité – à l’occasion de l’examen d’une certaine loi, cela apparaît suffisant.

Toutefois, l’unicité de l’interprétation constitutionnelle authentique apparaît constituer, non seulement une obligation morale, mais également un impératif juridique tiré de la spécificité des constitutions. En effet, derrière l’épiphénomène que constitue la disparition des lois inconstitutionnelles de l’ordre juridique, il faut s’attacher à l’objectif de protection de l’autorité de la constitution, raison d’être de la justice constitutionnelle. Or, on ne peut, à notre sens, concevoir cette autorité sans reconnaître l’unicité de l’interprétation authentique. En effet, une multiplicité d’interprètes authentique, c’est-à-dire de dernier ressort, de la constitution laisse supposer la fragmentation de l’ordre constitutionnel dans la mesure où la norme constitutionnelle va, *de jure*, être susceptible d’interprétations à la limite opposées d’un même texte. Il ne nous apparaît pas « réaliste » – ni même conforme à l’idée de constitution – de considérer qu’un même énoncé constitutionnel puisse avoir plusieurs significations au même instant²⁶. Ainsi, il apparaît inhérent à la justice constitutionnelle en général et à l’exception d’inconstitutionnalité en particulier qu’une seule juridiction puisse fournir l’interprétation authentique de la constitution à l’occasion de décisions présentant un effet absolu dans leur dispositif comme dans leurs motifs²⁷. Ceci est en phase, non seulement avec les exigences de l’Etat de droit²⁸, mais également avec l’idée qu’un tel mécanisme a pour but d’assurer l’autorité de la constitution libérale, c’est-à-dire garante des droits subjectifs. Une telle autorité ne saurait en effet logiquement être ancrée si la constitution était susceptible d’interprétations variées. Comme le soulignait Louis Favoreu, « il n'est pas concevable que la constitutionnalité fasse l'objet d'une application fractionnée : la constitutionnalité est une (...). Bien évidemment l'application uniforme de la constitutionnalité suppose une interprétation uniforme (...). Dans un système de justice constitutionnelle concentré, à l'europpéenne, le juge constitutionnel est normalement chargé de donner une interprétation uniforme de la Constitution. Pour que le système fonctionne harmonieusement, dans l'intérêt des justiciables, il est nécessaire que la constitutionnalité soit une et non diverse comme l'était la légalité au temps de l'État légal »²⁹. Autrement dit, non seulement la constitution a besoin d’un gardien, mais ce gardien ne saurait être concurrencé dans sa tâche d’interprétation constitutionnelle par quiconque – sinon de son plein gré et sous son autorité.

2. absence d’unité

A cet égard, l’unicité de l’interprétation constitutionnelle authentique n’est pas garantie en France. En effet, non seulement le Président de la République, en vertu de l’article 5, peut donner son interprétation de la Constitution mais l’interprétation juridictionnelle de celle-ci est partagée entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d’Etat et la Cour de

²⁶ C’est pourtant ce qui semble ressortir de la théorie « réaliste » de l’interprétation, selon laquelle il y a autant de constitutions que d’ordres de juridiction (implicite dans TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l’Etat*, Leviathan, PUF, 1994, p. 94).

²⁷ « L’interprétation constitutionnelle doit nécessairement être unique parce qu’elle doit s’imposer à tous » (DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 2^e ed, Thémis PUF, 2006, p. 101)

²⁸ « La conception contemporaine de l’Etat de droit, [exprimée par l’article 16 de la Déclaration de 1789], ne peut permettre, ni que la Constitution reste inappliquée, ni qu’elle fasse l’objet d’interprétations concurrentes » (MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de « l’autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel. A propos de la question des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.* 2003, chron. 1507, sp. 1509)

²⁹ FAVOREU (L.), « Légalité et constitutionnalité », *CCC* n° 3, 1997, disponible sous www.conseil-constitutionnel.fr (site consulté le 8 février 2008)

cassation³⁰. Or, cette multiplicité d'interprètes authentiques est à l'origine d'une fragmentation de l'ordre constitutionnel et d'une moindre sécurité juridique pour le justiciable, ainsi qu'a pu l'illustrer la controverse du tournant des années 2000 à propos de la responsabilité pénale du chef de l'Etat³¹.

Une telle situation n'est certes pas propre à la France. Elle prévaut dans tous les systèmes juridiques où la légitimité du juge constitutionnel est contestée. Ainsi, l'exemple belge est précieux en la matière. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle belge a dû faire face – et fait encore face – aux résistances des juges « ordinaires » suprêmes. Les réformes successives de l'ancienne Cour d'arbitrage – et singulièrement l'extension, en 2003, des normes de référence au titre II de la Constitution, relatif aux droits fondamentaux – ont progressivement permis à cette dernière de s'imposer dans le paysage juridictionnel, même si la question de l'interprétation est encore loin d'être réglée³².

Dans ces circonstances, il paraît indispensable d'assurer, en France comme ailleurs, l'unité de l'interprétation juridictionnelle en confiant la tâche de l'interprétation ultime, c'est-à-dire authentique, à une seule juridiction : le Conseil constitutionnel. L'autorité de la Constitution française semblant plus entamée par le refus des juridictions ordinaires de se considérer liées par les interprétations de celui-ci que par l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur, on ne peut en effet concevoir la question préjudicielle sans unicité de l'interprétation. C'est ce qu'a compris le droit communautaire, source précieuse d'inspiration en la matière.

B. Esquisse d'un article 234 de la Constitution de 1958

Traditionnellement, les juristes tendent à souligner l'apport essentiel du droit public français au droit institutionnel de l'Union européenne et, plus spécifiquement, au contentieux communautaire. Pourtant, l'influence n'est pas exclusivement unilatérale mais peut être également réciproque. En l'espèce, le contentieux constitutionnel des lois en vigueur peut certainement tirer des enseignements utiles de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation *et* en appréciation de validité, prévue à l'article 234 TCE³³. En effet, cette disposition permet à toute juridiction nationale de surseoir à statuer, non seulement en cas de difficulté sérieuse d'interprétation mais également de doute quant à la validité d'un acte

³⁰ Sur cette question, voir notamment BEAUD (O.), PASQUINO (P.) (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Editions Panthéon-Assas, 2007

³¹ Voir notre étude, *op.cit.*

³² Sur les interprétations divergentes, survenues en 2002, de dispositions constitutionnelles en matière fiscale, voir notamment MARTENS (P.), « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », in *Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, 105. L'auteur se prononce dans cet article pour la reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par la Cour constitutionnelle.

³³ « La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE ; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice. »

communautaire en cause dans un litige concret. Ouvrant une simple faculté pour les juridictions subordonnées, cette disposition fait de ce recours une obligation pour les juridictions suprêmes. Cette obligation est elle-même assortie de quelques exceptions jurisprudentielles, la plus connue étant la théorie de l'acte clair³⁴. Par ailleurs, les décisions préjudicielles sont revêtues d'une autorité absolue et les interprétations de la CJCE s'imposent dans tout litige ultérieur³⁵. Quant aux conséquences de ces décisions, les juges de Luxembourg ont fait preuve d'avant-gardisme en permettant très tôt la modulation des effets de celles-ci³⁶. La transposition adaptée d'un tel mécanisme (1) permettrait d'assurer l'uniformité du droit constitutionnel tout en renforçant les garanties des justiciables dans le respect de « l'exception française » (2)

1. le recours en interprétation constitutionnelle et en appréciation de constitutionnalité

Si l'article 234 TCE peut servir de modèle à un recours en interprétation, il peut aussi s'avérer utile pour définir les modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité elle-même.

S'agissant du recours en interprétation constitutionnelle, il semble possible de s'inspirer largement du contentieux communautaire et de consacrer l'autorité absolue de la chose qui viendrait à être interprétée par le Conseil constitutionnel³⁷. Il convient également d'ouvrir aux juridictions subordonnées la faculté de renvoyer une question d'interprétation aux juges de la rue de Montpensier, sous réserve que la question n'ait pas déjà été réglée dans une affaire similaire ou que l'application uniforme du droit constitutionnel ne laisse place à aucun doute raisonnable sur le sens de telle disposition constitutionnelle³⁸. En revanche, il serait bon d'instituer une quasi-obligation de renvoi pour les juridictions suprêmes et de limiter les exceptions. Ces juridictions statuent le plus souvent comme juges de cassation et il apparaîtrait néfaste qu'elles ne contribuent pas à la cause de l'unité du droit constitutionnel en s'abstenant de régler définitivement une question qui aura pu être soulevée dès la première instance³⁹. A ce stade, une nouvelle interrogation se fait jour : comment s'assurer que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation accepteront de jouer le jeu ? De même que le succès de l'article 234 TCE dépend largement de la « menace » du recours en manquement, une épée de Damoclès doit peser sur les juridictions suprêmes. Le Conseil constitutionnel devrait donc pouvoir être saisi par une autre autorité en cas de carence des juges ordinaires. Spontanément, on pensera au président de la République, compte tenu de sa mission constitutionnelle. Cependant, cette idée ne manquera pas d'attirer les sarcasmes, eu égard à la controverse récente sur la rétention de sécurité. Une seconde autorité – indépendante – pourrait alors faire office, pour les besoins de la cause, de gardien de la Constitution : le nouveau Défenseur des

³⁴ CJCE, 6 octobre 1982, Srl CILFIT, *RTDE* 1983. 55, note Lagrange

³⁵ Voir, pour l'autorité des arrêts rendus en matière d'interprétation : CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, Rec. 61, D. 1963. 641, note Robert ; pour les arrêts en matière d'appréciation de validité : CJCE, 13 mai 1981, International Chemical corporation, aff. 66/80, Rec. 1191, concl. Reischl

³⁶ CJCE, 27 février 1985, Soc. de produits de maïs, Rec. 719

³⁷ Voir notre publication prochaine à la RDP n° 05/2008

³⁸ L'évidence doit être telle qu'aucune divergence entre juridictions ne puisse se faire jour quant à l'interprétation de la Constitution.

³⁹ C'est, du reste, la même logique qui explique la dualité de régime dans le contentieux de l'article 234 selon que le juge de renvoi est ou non juge suprême.

droits fondamentaux qui pourrait devenir également le défenseur de la Constitution, à l'image des *Verfassungsschutzbehörden* en Allemagne⁴⁰.

S'agissant d'un recours en appréciation de constitutionnalité, la question des modalités semble un peu plus complexe. En effet, l'intérêt principal de la proposition faite par le comité Balladur résidait dans l'absence de filtre. De cette manière, il devenait presque aussi intéressant pour le justiciable de soulever l'exception d'inconstitutionnalité que l'exception d'inconventionnalité. Il s'agit donc, dans le système que nous proposons, de reconnaître également à toute juridiction la possibilité de poser une question préjudicielle en appréciation de constitutionnalité⁴¹. Comme en matière d'interprétation, cette faculté deviendrait une obligation pour le juge suprême. Sur ce point, certains objecteront peut-être que ce système resterait toutefois moins efficace pour le justiciable que l'exception d'inconventionnalité. C'est pour cette raison que le professeur de Béchillon a récemment fait un « plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême »⁴². Pour notre part, nous adhérons à la fin mais non aux moyens proposés. Aussi, sans être aussi révolutionnaire, on pourrait envisager d'aller plus loin que ce que le droit communautaire permet. Pourquoi, par exemple, ne pas laisser une certaine latitude aux juges ordinaires et leur donner le pouvoir, non seulement d'interpréter certaines lois au regard de la Constitution, mais d'écarter l'application de celles dont l'inconstitutionnalité serait flagrante ? Les hypothèses de sanctions des incompatibilités radicales entre la Constitution et la loi ne sont pas inconnues du juge administratif puisque entre déjà dans son office la possibilité de constater l'abrogation implicite de la loi antérieure à 1958⁴³. Concrètement, si la lettre de l'article 61-1 semble pour l'instant interdire au juge ordinaire de soulever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité grave et manifeste, on peut aussi envisager que le Conseil constitutionnel doive, en ce cas, statuer très rapidement et puisse même suspendre, sur le modèle belge, l'application de la loi litigieuse dans le cadre d'un référé-suspension constitutionnel⁴⁴. Néanmoins, gageons qu'il n'est toutefois pas certain que l'ouverture d'une telle possibilité suffise à assurer la coexistence des exceptions d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité en facilitant l'exercice de cette dernière, pour les raisons de pratique contentieuse exposées plus haut⁴⁵.

2. *un modèle français de justice constitutionnelle*

Sous l'influence persistante de Hans Kelsen, on tend aujourd'hui encore à considérer que la justice constitutionnelle a cette fonction immunitaire qui est celle de faire disparaître les éléments impurs du corps juridique. « En définitive, ce qui compte c'est que la Cour constitutionnelle dise le droit avec autorité de chose jugée et que ses déclarations d'inconstitutionnalité puissent aboutir à des annulations avec effet *erga omnes* », écrivait

⁴⁰ Notons cependant que ces autorités, compte tenu de leur office, pourraient tout aussi bien s'appeler « défenseur des droits fondamentaux ». Leur nom illustre bien à quel point l'Allemagne tend à identifier Constitution et droits fondamentaux.

⁴¹ Cette faculté est prévue de longue date en Allemagne, Italie et Belgique notamment.

⁴² In *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, 109

⁴³ Voir par exemple CE, 9 octobre 1959, Taddei, Rec. p. 495. Solution réaffirmée par CE, 16 décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice

⁴⁴ La Cour constitutionnelle belge doit statuer sans délai sur une demande de suspension à l'occasion d'un recours en annulation formé à l'encontre d'une loi (art. 19 à 25 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la cour d'arbitrage).

⁴⁵ Voir notamment note n°17

Louis Favoreu⁴⁶. Or, les annulations ou même les « simples » abrogations comptent-elles réellement ? Tant l'exigence de sécurité juridique que la fameuse exception française plaident plutôt pour des « déclarations d'inconstitutionnalité », sur le modèle des *Verfassungswidrigkeitserklärungen* auxquelles la Cour constitutionnelle fédérale allemande recourt régulièrement.

En principe, l'examen de constitutionnalité peut conduire à une décision de conformité, une annulation rétroactive ou bien une abrogation pour l'avenir. En faisant le choix de cette dernière⁴⁷, le constituant a pensé pouvoir régler la question litigieuse des effets de la question préjudicielle de constitutionnalité. Or, nous tendons à penser que l'abrogation ne constitue pas la meilleure sanction de l'inconstitutionnalité décelée *a posteriori*. En effet, même si la technique de l'abrogation semble déjà moins attentatoire à la sécurité juridique que l'annulation, elle implique la disparition d'autres normes prises sur le fondement de la loi inconstitutionnelle. En ce cas, quid, par exemple, des décrets d'application ? Subiront-ils le sort prévu par la jurisprudence *Alitalia*⁴⁸ pour les règlements illégaux ? Face à cette situation, les juges de Karlsruhe tendent, de manière exponentielle depuis les années 1960, à préférer aux déclarations de nullité les déclarations d'inconstitutionnalité⁴⁹, et ce contre la lettre du § 78 de la loi du 11 août 1993 relative à la Cour constitutionnelle fédérale qui prévoit l'annulation comme seule sanction de l'inconstitutionnalité. Ces déclarations sont en effet moins radicales que les annulations. Le plus souvent utilisées en cas de mise en cause du principe d'égalité, elles ont pour objet d'éviter un vide juridique, de permettre au législateur de « revoir sa copie » - et notamment de combler ses oublis - à la lumière des contraintes constitutionnelles et politiques, mais aussi d'assurer une plus grande continuité des situations juridiques. La loi inconstitutionnelle demeure - provisoirement - dans l'ordonnement juridique. Il n'est pas nécessaire, du point de vue du justiciable, que la loi inconstitutionnelle disparaisse de l'ordonnement juridique : non seulement son inapplication suffit⁵⁰, mais la perpétuation de son existence juridique permet de faire face au vide juridique résultant de la situation où, à la suite d'une évolution jurisprudentielle ou d'une révision de la Constitution, une loi, abrogée en t - 1 pour inconstitutionnalité, redevient constitutionnelle. En effet, étant donné que l'abrogation d'un texte qui en avait abrogé un autre ne fait pas en principe revivre le premier texte, il serait même bon de suivre, cette fois-ci, l'exemple autrichien qui considère que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition fait revivre les dispositions auxquelles elle avait pu se substituer⁵¹. De même, en contentieux communautaire, il faut noter que l'acte déclaré invalide ne disparaît pas de l'ordre juridique⁵² et ne peut être privé d'effets

⁴⁶ FAVOREU (L.), *Les cours constitutionnelles*, PUF, 3^e ed, 1996, p. 22

⁴⁷ Nouvel article 62 al 2 : « 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 susceptibles d'être remis en cause ».

⁴⁸ CE, Ass., 3 février 1989, Compagnie Alitalia, Rec. 49

⁴⁹ Pour une vue complète sur cette question, voir MOENCH (C.), *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1977 (plus particulièrement, pp. 37 s.)

⁵⁰ A notre sens, le meilleur gardien de la Constitution n'est pas, dans un pays comme la France, nécessairement le plus zélé ou le plus formaliste mais le plus sage. Aussi, l'autorité de la Constitution est bien plus assurée par l'unicité de son interprétation authentique plutôt que par la sanction de l'abrogation ou de l'annulation.

⁵¹ On comprendra dès lors que, pour cette nouvelle raison, nous ne soyons pas favorables au renversement de la jurisprudence IVG dont la motivation ne nous apparaît pas totalement dénuée de sens.

⁵² Il en est aussi de même en Belgique où les décisions préjudicielles de constitutionnalité sont revêtues d'une « autorité relative renforcée de chose jugée », selon l'expression du professeur Delpérée qui poursuit, en citant H. Simonart : « l'existence d'un tel arrêt prive, en effet, tout juge quel qu'il soit, de la possibilité de constater que la régularité de cette disposition ne constitue point une question véritable. Le juge n'est toutefois pas lié par un

que par l'institution dont il émane. Certes, on pourrait penser qu'un tel système n'est qu'un succédané de justice constitutionnelle. On pourrait même nous opposer, à la lumière de l'exemple britannique, qu'une telle conception est potentiellement désastreuse. Outre-Manche, en cas de déclarations d'incompatibilité entre la loi et la CEDH – ou plutôt le Human Rights Act -, seul le Parlement, drapé de sa splendide souveraineté, peut remettre en cause la loi. Or, ces arguments ne pèsent guère dans le contentieux de l'article 234 CE. En effet, compte tenu de l'autorité absolue de la déclaration d'invalidité, toutes les juridictions des Etats membres doivent laisser inappliqué rétroactivement l'acte en cause. Cependant, cette exigence est elle-même tempérée par le principe de sécurité juridique qui impose, à la lumière de l'article 231 TCE⁵³, une modulation dans le temps des effets de la déclaration⁵⁴. Dès lors, la transposition d'un tel système en droit constitutionnel semble bénéfique, non seulement pour le justiciable, mais aussi du point de vue d'une certaine « exception française ».

En effet, que ce soit pour le vouer aux gémonies ou pour en faire l'éloge, il existe bien un « modèle français » de justice constitutionnelle⁵⁵. Le mécanisme ici présenté, européen dans son inspiration, permet d'infléchir ce modèle tout en le préservant dans ses traits spécifiques. Ainsi, une simple déclaration d'inconstitutionnalité – en lieu et place d'une abrogation – est de nature à unifier le contentieux constitutionnel puisque le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* seraient sanctionnés de manière identique. Plus symboliquement – et on sait à quel point la France est toute en symboles – ce type de sanctions témoignerait d'une révérence persistante à l'égard d'une loi réputée intangible une fois en vigueur, puisqu'il appartiendrait au législateur – et non au juge – de régler le problème de constitutionnalité. Quant au Conseil constitutionnel, il garderait sa spécificité en ne se fondant ni dans le modèle européen des cours constitutionnelles, ni dans le modèle américain des cours suprêmes. Sa légitimité s'en trouverait renforcée sans pour autant que les juridictions ordinaires ne se sentent subordonnées à lui.

C'est donc un certain renouvellement de l'approche française de la justice constitutionnelle qui est ainsi proposé, dans le respect d'équilibres politiques et institutionnels hérités de l'histoire et avec comme souci principal de permettre au justiciable de s'enraciner dans une Constitution porteuse des valeurs constitutives de l'identité européenne de la France.

tel arrêt. Il est simplement placé devant l'alternative suivante: soit il se conforme à l'arrêt précédent, ce qui signifie concrètement qu'il refuse d'appliquer la disposition au litige dont il est saisi, soit il interroge à nouveau la Cour d'arbitrage à propos de la régularité de cette disposition » (DELPÉREE (F.), « La Cour d'arbitrage de Belgique », CCC n° 12, 2001)

⁵³ Article 231 TCE : « Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté. Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Notons que si cette disposition concerne les recours en annulation, sa portée a été étendue par analogie aux recours en appréciation de validité.

⁵⁴ CJCE, 27 février 1985, Soc. de produits de maïs, Rec. 719 préc.

⁵⁵ FROMONT (M.), « La justice constitutionnelle en Europe ou l'exception française », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2002, p. 182