

La pertinence du choix français de la question préjudicielle de constitutionnalité

Marie Pierre ROUSSEAU

Avec l'existence du seul contrôle *a priori* des lois l'ordre juridique français n'a jusqu'à présent jamais pu connaître la pureté constitutionnelle découlant d'un contrôle des lois promulguées.

A deux reprises, au début des années 90, il a été tenté de pallier à ce problème par des projets de révision constitutionnelle qui ont finalement échoué. Louis Favoreu préconisait en 2001 un recours individuel direct devant le juge constitutionnel¹, mais la France, influencée par le droit européen a fait le choix de la question préjudicielle de constitutionnalité. Cette dernière, déjà préconisée par les projets des années 1990, fait partie du projet de modernisation des institutions de la Vème République qui a été soumis au vote du Congrès fin juillet 2008. Même s'il faudra attendre la loi organique établissant les conditions qui l'entoureront, son étude comparative n'est pas prospective. On sait déjà qu'elle n'est pas un recours direct contre les lois promulguées, quand bien même elle est instaurée dans un même souci de cohérence de l'ordre juridique. Ce recours, pratiqué en Allemagne, ou encore en Espagne, semble de prime abord une garantie juridictionnelle certaine de la Constitution². La France aurait-elle alors fait un choix moins pertinent. Le recours direct pour faire disparaître les inconstitutionnalités serait-il plus efficace ? Victime de sa propre nature, et partant, de son succès auprès des détenteurs du droit de recourir devant le juge constitutionnel, force est de constater que celui-ci est entouré de conditions chaque fois plus restrictives qui ne permettent pas par exemple la disparition de l'inconstitutionnalité externe. Les avantages tirés de l'absence d'un filtrage ne sont-ils pas par ailleurs réduits à néant par la surcharge de travail du juge constitutionnel et le retard avec lequel il étudie les recours ?

L'introduction du mécanisme de question préjudicielle de constitutionnalité en France, parce qu'il poursuit les mêmes objectifs que le recours direct, donne l'occasion de s'interroger sur la justice de la Constitution depuis l'angle du droit comparé, en faisant appel aux exemples allemand et espagnol, pays dans lesquels les individus peuvent se présenter directement devant le juge constitutionnel depuis longtemps. S'il est indispensable de se pencher sur ce qu'il n'est pas, il convient également de s'interroger sur les conséquences de ce recours indirect. Est-il une solution efficace qui complète le rôle de la juridiction constitutionnelle sans remettre en cause ses autres compétences ?

Le contrôle de constitutionnalité des lois : encore la fonction essentielle de la justice constitutionnelle en Europe ?

A. La conciliation entre l'ordre juridique objectif et l'ordre juridique subjectif avec la question préjudicielle de constitutionnalité

La question préjudicielle de constitutionnalité, même si elle n'est pas « la solution miracle susceptible de transformer notre ordre juridique interne en un jardin des délices où chaque norme serait constitutionnellement pure³ », se présente, par nature, comme un recours approprié pour permettre au juge constitutionnel de compléter son rôle de garant de la Constitution sans remettre en cause certains pans de sa mission.

¹ Louis Favoreu : « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », in Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 10, 2001, p. 99.

² Par exemple, le recours direct évite l'intervention des juges du fond ou des juridictions suprêmes, intervention qui peut conduire à un « avant-contrôle de constitutionnalité », Louis Favoreu, *op. cité*.

³ Ferdinand Mélin-Soucramanien : « Vers la question préjudicielle de constitutionnalité ? » in Guillaume Drago : L'application de la Constitution par les Cours suprêmes, 2007, p. 107.

Les projets de 1990 et 1993 prévoyaient que le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation renvoient la question au Conseil constitutionnel après l'avoir reçue des juges du fond. Si cette solution n'est pas la seule envisageable, puisque le législateur pourrait décider que toute juridiction puisse soulever la question préjudicielle, elle semble la plus opportune pour assurer la primauté de la Constitution sans étouffer le législateur d'une part, et pour filtrer les recours d'autre part. Ainsi, la saisine peut être précédée d'un double filtrage. Le juge du fond, selon des critères d'admission fixés par le législateur décide du bien fondé de la question. S'il considère que cette dernière n'est pas fondée sa décision de refus n'est pas susceptible de recours, dans le cas contraire il surseoit à statuer et renvoie la question soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation. Les juridictions suprêmes servent alors de filtre « pour éviter que [le Conseil constitutionnel] n'ait à statuer dans tous les cas où la constitutionnalité d'une disposition législative n'a pas lieu d'être sérieusement mise en cause⁴ ». Si le risque d'un contrôle de constitutionnalité préalable exercé par les hautes juridictions, transformées à l'occasion en juge de constitutionnalité *a posteriori* n'est pas à exclure, cette solution présente l'avantage de ne pas laisser au Conseil constitutionnel l'étude complète du recours. Par ailleurs il faut rappeler que « les juridictions de fond et les juridictions suprêmes de chaque ordre n'ont pas vocation à exercer un contrôle substantiel de constitutionnalité mais à jouer le rôle de filtre selon des procédures dont les contours sont déjà connus⁵ ». Ainsi, cette procédure laisse au juge constitutionnel le soin de connaître les seuls recours fondés, réduisant considérablement, d'un point de vue quantitatif, la somme de travail consacrée à cette fonction⁶ et permettant de la concilier avec le contrôle *a priori* des lois.

Grâce au filtrage préalable, l'objet de la question préjudicielle peut être étendu. Si, dans le cas du recours direct, les législateurs ont fait le choix d'une réduction progressive de l'objet du recours afin de réduire l'expansion du contentieux constitutionnel, dans le cas du recours indirect cette démarche ne s'impose pas. Ne conduisant pas à l'asphyxie de la juridiction constitutionnelle, la question préjudicielle peut ne pas être strictement limitée aux droits fondamentaux. La doctrine propose même qu'elle concerne l'ensemble de la matière constitutionnelle, l'inconstitutionnalité aussi bien interne qu'externe⁷.

B. L'inévitable remise en cause de la fonction première de la juridiction constitutionnelle par le recours direct

En vue d'instaurer un nouvel ordre constitutionnel, suite à des régimes politiques qui avaient méconnu les droits fondamentaux, les constituants allemands de 1949 et espagnols de 1978 ont inscrits dans leurs normes fondamentales des droits dont la protection contre les atteintes possibles portées par les pouvoirs publics est assurée par un accès direct des particuliers devant le juge constitutionnel. Ce dernier, face à la nature même de cette voie de recours

⁴ Guillaume Drago : Contentieux constitutionnel français, 1^{ère} édition, Paris, PUF coll. « Thémis », p. 459.

⁵ Guillaume Drago, *op. cit.*, p. 461

⁶ Il faut ajouter que certains délais, liés à la nature et la finalité du recours, avaient été imposés par les projets du début des années 90. La juridiction suprême saisie par le juge du fond devait décider dans un délai de trois mois si le Conseil constitutionnel devait être saisi et ce dernier, une fois saisi, devait se prononcer dans un délai également de trois mois.

⁷ Le Professeur Mélin-Soucramanien précise : « On n'aperçoit pas d'argument déterminant qui conduirait à privilégier « l'inconstitutionnalité interne » au détriment de « l'inconstitutionnalité externe ». Cette solution présente en outre l'avantage de mieux assurer le respect de l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique. « Vers la question préjudicielle de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 111 et 112.

Guillaume Drago souligne pour sa part : « on ne saisit pas clairement les raisons qui ouvriraient largement la liste des droits invocables en cas de contrôle abstrait ou *a priori* et qui la fermeraient en les limitant aux « droits fondamentaux » en cas de contrôle concret ou *a posteriori* », *op. cit.*, p. 463.

ouverte aux individus et de concert avec le législateur à mis en place d'emblée des mécanismes de régulation afin d'éviter la surcharge de sa juridiction par un nombre trop élevé de ces recours. Révélant tour à tour leur inefficacité pour endiguer le flot de ces derniers, les procédures introduites dans les deux pays ont été dans le sens d'un renforcement progressif de la procédure d'admission. Certes, la multiplication des critères de sélection ne retire pas au recours constitutionnel sa fonction objective. Le recours doit être admis pour décision en Allemagne « dans la mesure où il revêt une importance de droit constitutionnel de principe⁸ », et en Espagne lorsqu'il possède « une importance constitutionnelle particulière ». Mais l'augmentation du nombre des conditions requises pour être admis, augmentation visant à réduire la quantité des recours soumis au juge constitutionnel n'a d'une part, pas stoppé indirectement leur nombre croissant, et a, d'autre part, produit un effet inverse à celui escompté. Loin de réduire le travail de la juridiction constitutionnelle, la procédure de sélection, aussi allégée soit-elle, mobilise les moyens matériels et humains de ladite juridiction. Celle-ci se trouve face à un obstacle insurmontable : la nature intrinsèque du recours direct qui la conduit à le connaître seule dans son ensemble, quand bien même elle procède à une division interne du travail.

Si le contrôle de constitutionnalité des lois peut être exercé aux côtés d'un contrôle visant à protéger les droits des individus, il convient de s'interroger sur l'efficacité du second selon qu'il est effectué de façon directe ou indirecte.

II. La protection des droits fondamentaux : une fonction efficace de la justice constitutionnelle en Europe ?

A. La fonction du recours direct limitée par sa nature

Afin de ne pas conduire à une surcharge de travail excessive, la procédure de sélection instaurée dans le cadre du recours direct devant le juge constitutionnel est simplifiée.

Parce que prises par les Sections, les décisions d'admission ne sont pas soumises à la règle de l'audition préalable⁹. Si cette absence d'audition est clairement inscrite dans la loi allemande, dans le cas de l'Espagne elle se déduit du silence du législateur à l'article 50.1 de la loi organique du tribunal constitutionnel. Pour alléger la procédure de sélection des recours directs, ces législateurs méconnaissent, selon une partie de la doctrine, le droit à être entendu par un tribunal.

Par ailleurs, la décision d'admission, toujours dans le souci d'éviter qu'elle n'augmente la charge de travail du juge constitutionnel, est dispensée de motivation. Aucune explication de la décision n'est rendue. Même si l'article 24.1 de la constitution espagnole précise : « Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes sans que, en aucun cas, cette protection ne puisse lui être refusée » l'article 120.3 ajoute : « les arrêts seront toujours motivés et seront prononcés en audience publique », ; or la décision d'admission n'est pas un arrêt.

Le constituant allemand ne fait quant à lui aucune référence à la motivation et laisse au législateur le soin de définir si la Cour constitutionnelle doit motiver la décision. Les législateurs, allemand et espagnol ont tous deux choisi l'absence de motivation¹⁰ d'une décision basée sur des critères ni discrétionnaires ni d'opportunité. Ainsi, aucune référence aux critères juridiques sur la base desquels le rejet du recours a été décidé n'est faite. Le

⁸ Article 93 a) alinéa 1^{er} LCCF

⁹ article 93 d) alinéa 1^{er} LCCF

¹⁰ article 93 d) alinéa 1^{er} LCCF et article 50.1 LOTC

raisonnement des juges n'est pas porté à la connaissance du requérant qui ne peut dès lors se sentir à l'abri de l'arbitraire ; la fonction explicative de la motivation, qui permet de connaître les motifs du juge, n'est pas remplie.

Encore dans un souci d'allègement et de recherche d'un traitement rapide et efficace des recours, des critères de fond s'ajoutent aux critères procéduraux destinés à réduire le volume de travail de la juridiction constitutionnelle ; force est de constater que tous les droits et libertés ne sont pas susceptibles de recours¹¹. Les législateurs espagnol et allemand privilégient certains droits au détriment d'autres qui ne sont pas moins fondamentaux, et il peut être contestable qu'au stade de la sélection, les aspects substantiels de la demande soient utilisés, non seulement dans le cadre d'une procédure simplifiée mais également pour rejeter le recours.

Dans les pays d'Europe qui possèdent un système de justice constitutionnelle laissant aux individus un recours leur permettant d'accéder directement au juge constitutionnel, la crise provoquée par l'excès de ces recours a conduit à doter la juridiction constitutionnelle de la faculté de rejet pour des raisons de fond qui atténuent l'efficacité et l'entendue de la protection des droits et selon une procédure qui ne répond pas aux règles habituelles du procès. La multiplication des critères d'admission, restreignant l'objet des recours, ne conduisant jamais à une diminution du nombre de ceux-ci et augmentant le travail du juge constitutionnel consacré à la phase de sélection conduit à s'interroger sur l'introduction d'une procédure d'admission discrétionnaire telle qu'elle existe aux Etats-Unis. Cette procédure présente l'avantage évident de réduire la charge de travail consacré au tri des recours mais « elle suscite bien des interrogations et un certain nombre de réserves quant à sa compatibilité avec le modèle européen de justice constitutionnelle¹² ».

B. La question préjudicielle de constitutionnalité

Le filtre, préalable au renvoi du recours devant le Conseil constitutionnel et condition d'un volume de travail raisonnable pour celui-ci, ne remet pas en cause la compétence exclusive du juge constitutionnel pour répondre à la question. La protection des droits est assurée efficacement par l'interprétation cohérente de la Constitution car lui seul procède aux contrôles *a priori* et *a posteriori* et est investi par le constituant du rôle de garant juridictionnel du respect de la Constitution.

L'auteur de la réponse et les effets de celle-ci sont de nature à expurger efficacement l'ordre juridique. Les projets de 1990 et 1993 précisaient : « une disposition déclarée inconstitutionnelle cesse d'être applicable et ne peut plus être appliquée aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation ». En outre en vertu du principe d'inséparabilité le Conseil constitutionnel peut déclarer contraire à la Constitution certaines parties de la loi qui n'étaient pas soumises à son contrôle. Conformément à l'article 62 de la Constitution, la décision rendue dans le cadre du contrôle *a posteriori* s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. La disposition cesse d'être applicable au moment où elle est déclarée inconstitutionnelle.

¹¹ article 90 alinéa 1^{er} LCCF et article 50.1 b) LOTC

¹² Séverine Nicot : « La sélection des recours par les juridictions constitutionnelles (Allemagne, Espagne et Etats-Unis) », LGDJ, 2006, p. 394.

Manuel Aragon Reyes précise pour sa part dans le cas de l'Espagne : « la meilleure solution serait, à mon sens, de doter le Tribunal constitutionnel d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la recevabilité des recours d'*amparo* [...] je ne pense pas qu'il y ait un droit au recours d'*amparo* comme il existe un droit d'accès à la justice ordinaire », Quelques considérations sur le recours d'*amparo*, AIJC, Economica- PUAM, 2002, p. 24.

Même si l'effet rétroactif de la décision du Conseil constitutionnel, souhaitable lorsqu'une atteinte aux droits fondamentaux a été constatée, n'a pas été évoqué dans les projets de 1990 et 1993, le silence de ceux-ci ne semble pas être un obstacle à son existence¹³.

¹³ Ferdinand Mélin-Soucramanien souligne : « [...] dans des pays comme l'Italie, l'Allemagne ou l'Espagne, qui pratiquent depuis plusieurs années un tel contentieux, le juge constitutionnel s'est généralement reconnu le pouvoir d'appréciation souverain de moduler dans le temps les effets de sa décision », *op. cité*, p. 115.