

Vers la fin de l'exception française?

La question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel

Maître en droit Christopher Diwo, LL.M. (Köln/Paris I)*

Mit der sogenannten „réforme des institutions“ hat der französische Kongress im Juli 2008 die größte Revision der Verfassung der letzten 40 Jahren beschlossen. Eine der wichtigsten Neuerungen war dabei die Einführung eines Vorlageverfahrens zur Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen vor dem Conseil constitutionnel. Die Nationalversammlung hat dem Umsetzungsgesetz bereits zugestimmt, das nach einigen Änderungen durch den Senat im Dezember 2009 endgültig verabschiedet wurde. Dies gibt nun die Gelegenheit, sich genauer anzusehen, ob die Kompetenzen des Conseil constitutionnel auf dem Gebiet der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch die Reform denjenigen anderer europäischer Gerichte wie dem Bundesverfassungsgericht nunmehr angeglichen wurden.

La réforme des institutions, une des promesses majeures du candidat Nicolas SARKOZY lors de la campagne présidentielle de 2007, a conduit à l'adoption de la plus grande révision constitutionnelle depuis 40 ans. La loi constitutionnelle¹, préparée par un comité de réflexion présidé par l'ancien Premier ministre Edouard BALLADUR² et votée au Congrès de Versailles du 23 juillet 2008, comporte entre autre une réforme importante du système juridictionnel, à savoir l'introduction d'une question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel.

La mise en œuvre de la révision étant attendue dans les six mois suivant le vote du Congrès³, le projet de loi organique de réforme du Conseil constitutionnel, n'a été présenté en Conseil des ministres que le 8 avril 2009. Le texte a été désormais voté à l'unanimité par

l'Assemblée nationale⁴ qui l'a adopté finalement, après quelques amendements mineurs apportés par les sénateurs, en décembre 2009⁵ – ce qui nous donne l'occasion pour se demander si cette réforme pourrait mettre une fin à la singularité que présente Conseil constitutionnel français parmi les juges constitutionnels en Europe.

I. Le Conseil constitutionnel – une exception française

Lors de sa création par l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel n'était pas conçu comme un véritable juge constitutionnel ou un gardien des droits fondamentaux⁶, mais il s'est approprié une telle fonction au fur et à mesure de son existence. Au départ, le contrôle de la constitutionnalité des lois était prévu comme un correctif au sein de la procédure législative comme il n'était possible de mettre en cause la constitutionnalité des lois votées par le parlement qu'avant leur promulgation.

De surcroît, le droit de saisine était réservé au Président de la République et aux Présidents des deux chambres parlementaires. L'idée d'un contrôle de constitutionnalité plus approfondie, ouvert au citoyen s'est heurtée à l'époque à une certaine hostilité envers un « gouvernement des juges » et un affaiblissement de la souveraineté parlementaire qui en découlerait.

Il fallait attendre les années 1970 pour voir une extension considérable du pouvoir du Conseil. D'abord, le Conseil lui-même a étendu son pouvoir en laissant entrer, par sa décision « Liberté d'association » de 1971⁷, dans le bloc de constitutionnalité les textes cités par le Préambule de la Constitution de 1958,

* Der Autor ist Absolvent des Deutsch-Französischen Magisterstudiengangs Köln/Paris und bereitet sich zurzeit an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn auf die Erste Juristische Prüfung vor.

¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, Journal Officiel 24 Juillet 2008. Le texte de la Constitution révisée est consultable sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution.htm>.

² Une Ve République plus démocratique, Rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, consultable sur http://www.comite-constitutionnel.fr/le_rapport/.

³ HUET Sophie, L'application de la réforme prendre plus de six mois, *Le Figaro*, 23 juillet 2008.

⁴ Sur les amendements votés par l'Assemblée : MATHIEU Bertrand, La question prioritaire de constitutionnalité. - Les améliorations apportées par l'Assemblée nationale au projet de loi organique, *JCP*, n° 40. 280 et ss.

⁵ LO N° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁶ Cf. ROUX André, Le nouveau Conseil – Vers la fin de l'exception française ?, *JCP*, n° 31, 2008, I, 175, aussi consultable sur : http://www.iep.univ-cezanne.fr/media/nouveau_conseil_constitutionnel.pdf, p. 1.

⁷ Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, relative à la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, appelée aussi « décision des poupées russes ».

à savoir la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1948 (qui comportent un grand nombre de droits fondamentaux, notamment sociaux), ainsi que les fameux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » que le Conseil dégage lui-même.

Un deuxième grand pas était fait par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 ouvrant la saisine désormais à soixante députés ou soixante sénateurs, transformant le Conseil constitutionnel ainsi en une arme importante pour la minorité parlementaire.

Malgré ces extensions de son champ d'activité, le Conseil constitutionnel français restait une singularité parmi les tribunaux constitutionnels en Europe, notamment en excluant tout contrôle *a posteriori* des lois et n'ouvrant aucun recours direct aux justiciables. Par cet effet, il restait en premier lieu un conseiller du législateur, et non pas une juridiction au sens propre du terme.

II. Un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception

Aux termes du nouvel article 61-1 de la Constitution, un recours devant le Conseil constitutionnel par voie préjudicielle est maintenant ouvert aux citoyens. Ce recours, appelé souvent « exception d'inconstitutionnelle » par la Chancellerie (Ministère de la Justice), dénomination critiquée dans la doctrine⁸, sera donc ouvert au justiciable, lorsque la question de l'inconstitutionnalité d'une loi déjà entrée en vigueur, est soulevée devant un tribunal de l'ordre judiciaire ou administratif.⁹

Ce mécanisme, ressemblant largement à la « *konkrete Normenkontrolle* » en droit allemand ou encore à la question préjudicielle devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), connaît cependant un filtrage considérable.

D'abord, à la différence du mécanisme comparable en droit allemand et à la règle générale selon laquelle le juge peut relever d'office les moyens de pur droit, c'est au justiciable de prendre l'initiative et de soulever la non-conformité d'une loi aux droits et libertés fondamentaux garanties par la Constitution en cours d'une instance judiciaire. Ensuite, le juge, devant lequel le moyen est introduit, devra saisir, dans un premier temps, la cour suprême de son ordre juridiction-

nel, c'est-à-dire soit le Conseil d'Etat, soit la Cour de cassation. Cette juridiction supérieure doit donc déférer la question au Conseil constitutionnel, mais seulement après qu'elle ait contrôlé que la disposition contestée commande l'issue du litige, qu'elle n'a pas fait objet d'une validation préalable par le Conseil et que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.¹⁰

L'initiative pour un contrôle d'une loi arguée d'inconstitutionnalité devra donc émaner du justiciable, mais ne sera admise qu'après un filtrage opéré par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Pour le justiciable, il est avantageux qu'il n'aura pas besoin d'épuiser d'abord toutes les voies de recours, mais qu'il pourra introduire le moyen d'inconstitutionnalité à chaque instance.

III. Les effets des décisions du Conseil constitutionnel

Avec l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c'est-à-dire des lois déjà promulguées, la question de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel se pose d'une façon tout à fait nouvelle.

L'article 62, alinéa 2 de la Constitution révisée dispose qu'une loi déclarée inconstitutionnelle est abrogée à compter du jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. L'effet sera donc la nullité *ex nunc* de la disposition arguée d'inconstitutionnalité et le verdict du Conseil aura ainsi un effet constitutif. La solution du constituant français est donc contraire à celle en droit allemand où, en principe, bien que tempéré en pratique, la loi déclarée inconstitutionnelle est frappée d'une nullité *ex tunc*, la décision de la Cour constitutionnelle n'ayant qu'un effet déclaratoire.

Néanmoins, la Constitution donne au Conseil également le pouvoir de tempérer les effets de sa décision. Il peut à cet effet fixer une date ultérieure pour l'abrogation de la disposition en cause ou la déclarer conforme à la Constitution sous certaines réserves. La doctrine a bien accueilli ces nouveaux pouvoirs du Conseil et espère qu'il s'inspire du modèle d'autres cours constitutionnelles européennes, par exemple de la technique de « l'appel au législateur » de la Cour constitutionnelle allemande.¹¹ En ce qui concerne la modulation dans le temps de ses décisions, le Conseil a déjà fait des premiers pas dans sa jurisprudence ultime.¹²

⁸ ROUX (v. infra), p. 9.

⁹ Il faut noter que la loi organique ne prévoit pas, en restreignant ainsi l'art. 61-1 de la Constitution, de question d'inconstitutionnalité au cours d'une instance devant le Tribunal des conflits (qui tranche des litiges sur la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif). L'incidence pratique de cette restriction semble néanmoins minime.

¹⁰ Art. L.O. 23-2, alinéa 1^{er} du projet de loi organique relatif à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

¹¹ DRAGO Guillaume, Exception d'inconstitutionnalité, Prolégomènes d'une pratique contentieuse, *JCP*, n° 49, 3 décembre 2008, I, 217.

¹² Cons. const., déc. n° 2008- 564 DC, 19 juin 2008, *Journal Officiel* 26 Juin 2008 ; FARDET Christophe, La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité,

IV. Une fausse révolution ?

L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a finalement aboutie après l'échec d'une première tentative dans ce sens en 1993.¹³ Des uns y voient une « réelle appropriation de la Constitution par les citoyens¹⁴ » ou même un « moment historique »¹⁵. D'autres comme le professeur Bertrand MATHIEU, lui-même membre du comité Balladur, dénoncent une « fausse révolution ».¹⁶

En effet, certains doutes persistent si la réforme sera vraiment assez efficace sur le plan pratique. D'abord, il est critiqué que le filtrage par les juridictions supérieures donne un pouvoir très important à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat en les rendant eux-mêmes en juges constitutionnels avec une marge d'appréciation non négligeable.¹⁷ Il est donc à craindre que ces juridictions s'abstiendront le plus souvent de saisir le Conseil constitutionnel dans la mesure où elles se sont déjà montrées assez réticentes quant à la possibilité de poser des questions préjudicielles à la CJCE.

Une difficulté résulte du fait que la plupart des libertés issues de la Constitution trouvent des garanties analogues dans les traités internationaux et que la Cour de cassation et le Conseil se sont appropriés le contrôle de conventionalité des lois.¹⁸ Le projet de loi organique tente néanmoins à résoudre ce problème en imposant une priorité au moyen d'inconstitutionnalité.¹⁹ Pourtant, le contrôle se jouera sur les critères de nouveauté et de caractère sérieux de la question préjudicielle avec une certaine marge d'appréciation des juges.

Est critiquée encore la composition inchangée du Conseil constitutionnel (neuf membres, désignés par tiers par les Présidents de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénats, en plus des anciens Présidents de la République siégeant en tant que membres de droit). Mais en vue de la réticence attendue des

Hautes Juridictions à déférer des lois au Conseil, il reste à voir s'il sera capable à gérer le travail supplémentaire.

Il faut donc constater que l'exception française en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois se trouve réduite par la réforme, mais qu'elle persiste toujours.²⁰ Il semble assez emblématique que Mme Rachida DATI, garde des sceaux à l'époque, avait rejeté un changement de la dénomination en « Cour constitutionnelle » puisqu'elle ne prendra pas compte de « l'originalité de cette institution ».²¹ Dans sa conception de base, le Conseil constitutionnel restera encore plutôt un conseiller de l'Etat qu'une véritable juridiction au service des citoyens.

Malgré tout cela, les *sages du Palais royal*²² ont su, pendant l'existence du Conseil constitutionnel, de s'approprier plus de poids dans l'ensemble des institutions de la République que ce qu'il était prévu dans les textes. Ainsi, peut-être que, dans la rétrospective, l'introduction de la question préjudicielle s'avéra réellement un événement historique. Il ne reste qu'à attendre les premières questions de constitutionnalité déférées au Conseil pour voir comment il usera de ses nouveaux pouvoirs et dans quelle mesure la révision pourra faire évoluer sur ce point l'architecture du système constitutionnel français.

Droit administratif, n° 8, Août 2008, comm. 114.

¹³ Cf. MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, Les noces d'or de la Constitution, *JCP Edition Administration et Collectivités territoriales*, n° 42, 13 octobre 2008, 2231.

¹⁴ DRAGO (v. infra).

¹⁵ Mme Michèle ALLIOT-MARIE (ministre d'Etat, ministre de la Justice et des libertés) dans un discours devant l'Assemblée nationale, compte-rendu de la séance publique du 14 septembre 2009, consultable sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009-extra2/20092001.asp>.

¹⁶ MATHIEU Bertrand, Question préjudicielle de constitutionnalité – A propos du projet de loi organique, *JCP*, n° 18, 29 avril 2009, act. 214.

¹⁷ Cf. ROUX (v. infra), p. 11.

¹⁸ C. cass., ch. mixte, arrêt *Société Jacques Vabre*, 24 mai 1975, *Bull.* n° 4, p. 6 ; C.E. Ass., arrêt *Nicolo*, 20 octobre 1989, *Rec. Lebon*, p. 190.

¹⁹ Art. L.O. 23-2, alinéa 2 du projet de loi organique relatif à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

²⁰ ROUX (v. infra), p. 12.

²¹ Séance du Sénat du 24 juin 2008 (compte rendu intégral des débats), <http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080624/s20080624010.html>.

²² Surnom utilisé pour les membres du Conseil constitutionnel, d'après le bâtiment qui l'abrite, le Palais royal à Paris.