

AJDA 2010 p. 74

La genèse de la réforme 📖(1)

De 1990 à 2009

Julie Benetti, Maître de conférences à l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne

L'essentiel

Directement inspirée des projets de révision inaboutis de 1990 et 1993, la réforme de 2008 s'inscrit dans un contexte juridique renouvelé par l'explosion du contrôle de conventionnalité. Secrétée il y a vingt ans par le Conseil constitutionnel lui-même pour engager l'institution sur la voie de la juridictionnalisation et renforcer ses moyens d'action, la question préjudicielle de constitutionnalité a fini par s'imposer au nom de la défense de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Elle n'aura donc jamais été conçue principalement comme « un droit nouveau du citoyen ».

« De la persévérance », a écrit Jean Gicquel (L'article 26 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, LPA 14 mai 2008, p. 77, n° spéc. Du nouveau dans la Constitution ?). De fait, il aura fallu trois tentatives, menées sur vingt années, avant que le constituant de 2008 admette, pour la première fois en droit français, le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité (v. en annexe les différents textes proposés de 1990 à la révision constitutionnelle de 2008). Inclus au troisième essai dans un projet de révision d'ampleur, touchant l'ensemble de l'édifice institutionnel de la Ve République, le dispositif a passé sans encombre les écueils de la discussion parlementaire sur lesquels il s'était échoué à deux reprises, en 1990 puis en 1993.

L'article 61-1 nouveau de la Constitution s'inscrit pourtant dans l'exacte continuité des deux précédents projets, accréditant l'idée que l'adhésion nouvelle au mécanisme, ou au moins son acceptation, tient essentiellement à une évolution des mentalités parlementaires comme à l'existence d'un consensus politique, introuvable jusque-là, autour du projet lui-même comme de ses modalités d'application.

La réforme trouve ses origines immédiates dans la proposition n° 74 du rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, présidé par l'ancien premier ministre, Edouard Balladur, reconnaissant aux justiciables le droit d'invoquer à l'occasion d'un procès l'inconstitutionnalité d'une loi. Repris, sous une rédaction nouvelle, aux articles 26 et 27 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, adopté, dans une version encore modifiée, par les deux assemblées, le dispositif trouvera à s'appliquer à compter du 1er mars 2010 avec l'entrée en vigueur de la loi organique déterminant ses conditions d'application.

Dans sa lettre de mission adressée au comité Balladur le 18 juillet 2007, le chef de l'Etat avait lui-même ouvert la voie à cette réforme en demandant, au titre du renforcement des droits des citoyens, que soient notamment examinées « les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel *pourrait* être amené à statuer, à la demande des citoyens, sur la constitutionnalité des lois existantes », faisant valoir que « 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 ». Cependant, pas plus qu'en 1990, l'impulsion n'est venue du chef de l'Etat lui-même 📖(2).

Pour autant, ce dernier a bien compris l'intérêt politique à faire aboutir une réforme, par deux fois avortée, promue en son temps par la gauche non communiste et défendue au nom du droit des « citoyens » (confondus à dessein avec les justiciables) de contester devant le juge les lois portant atteinte à leurs droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Constitution. Du reste, dès l'échec, en 1990, du premier projet de révision, François Luchaire estimait que la réforme constitutionnelle était simplement « différée » (Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée, RD publ. 1990. 1625), comme si le constituant français ne pouvait définitivement tourner le dos au contrôle *a posteriori* de la loi en vigueur dans un grand nombre de systèmes juridiques européens.

Ce retard de vingt années ne pouvait cependant rester sans incidences dès lors que le mécanisme d'origine, qu'a repris à son compte le constituant de 2008, s'inscrit dans un contexte juridique qui a été entretemps métamorphosé par « la montée en puissance » du contrôle de conventionnalité (v. D. Chauvaux, L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard, RD publ. 2009. 566). Conscient de cet écart et du risque que la question préjudicielle de constitutionnalité ne parvienne pas à s'imposer dans le paysage juridictionnel français, la loi organique du 10 décembre 2009 s'est employée à donner un effet utile à la révision en donnant la priorité au contrôle de constitutionnalité. Bref, si la réforme de 2008, retardée par deux fois depuis 1990, est directement inspirée des projets de révision qui l'ont précédée, elle trouve aussi ses origines dans le nouveau contexte juridique dérivé de la diffusion du contrôle de conventionnalité.

Une réforme retardée

Le succès de la révision de 2008 a permis de mener à son terme un processus entamé vingt ans plus tôt avec l'invitation lancée au pouvoir constituant par Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel, de « reconnaître au citoyen la possibilité de soulever, dans le cadre d'un procès, une exception d'inconstitutionnalité contre une loi dont le Conseil n'a pas été saisi ». Précisant sa suggestion, il ajoutait : « Il appartiendrait [...] à chacune des juridictions suprêmes, Conseil d'Etat ou Cour de cassation, d'apprécier si on est en présence d'un problème sérieux de constitutionnalité et de renvoyer dans ce cas la question au Conseil constitutionnel, qui en déciderait dans un délai très court » (Le Monde, 3 mars 1989).

L'ancien garde des Sceaux reprenait ainsi à son compte l'idée ancienne, déjà débattue lors des travaux préparatoires à l'établissement de la Constitution du 4 octobre 1958, que le Conseil constitutionnel connaisse « de l'inconstitutionnalité d'une loi sur la demande de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat statuant au contentieux, pour autant que ladite loi constitue la cause d'un jugement à rendre par la juridiction dont émane la demande » (3). Ecartée en 1958, la proposition ressurgit, en 1988, sous la plume du secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois. Dans son ouvrage sur *La jurisprudence du Conseil constitutionnel* (éd. STH, 1988, p. 394), celui-ci se prononce en faveur d'« une procédure de renvoi au Conseil constitutionnel, aux fins de constatation de l'inconstitutionnalité des termes d'une loi promulguée ». Une innovation que justifie, selon lui, le développement de la jurisprudence du Conseil et qui « offrirait, en outre, l'avantage de permettre au justiciable d'être directement associé à la protection de ses droits fondamentaux ». Anticipant sur les objections qui pourraient être formulées, Bruno Genevois dessine, trente ans plus tôt, les principes de la réforme de 2008 : ainsi, pour pallier le risque d'encombrement du Conseil constitutionnel, il recommande de réserver « la possibilité de renvoi, à titre préjudiciel, au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ». En outre, et pour écarter également le risque d'atteinte à la sécurité juridique, il suggère de limiter le contrôle de la loi promulguée « au regard des seules règles de fond posées par la Constitution et son préambule » et d'autoriser « le Conseil constitutionnel à déterminer lui-même ceux des effets de la loi inconstitutionnelle qui doivent être maintenus, compte tenu des circonstances de l'espèce et des exigences de la sécurité juridique ».

La proposition du secrétaire général du Conseil constitutionnel s'inscrit dans un mouvement qui se dessine, à la fin des années 1980, en faveur de l'implantation en France, sur le modèle d'autres démocraties européennes, d'un contrôle de la loi promulguée à la demande du justiciable. A la thèse de Maurice Duverger selon laquelle le droit français permet aux

tribunaux ordinaires de contrôler une loi par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité (v. Le contrôle de la constitutionnalité des lois et l'exception d'inconstitutionnalité, *Commentaires*, vol. 9, n° 35, 1986, p. 412), Bruno Genevois oppose clairement le monopole du Conseil constitutionnel dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. Au-delà du renforcement de ses moyens d'action, l'introduction de la procédure de la question préjudicielle de constitutionnalité engagerait le Conseil sur la voie de la juridictionnalisation et comblerait son écart avec les cours constitutionnelles européennes.

C'est donc bien un projet de réforme secrété par le Conseil constitutionnel lui-même que le président François Mitterrand, convaincu non sans mal par Robert Badinter, fait sien, le 14 juillet 1989, lors de son traditionnel entretien avec les journalistes, en se déclarant « partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout Français de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus ». Annoncée à l'occasion de la commémoration du bicentenaire de la Révolution française, l'idée est favorablement accueillie par l'opinion et se concrétise avec l'adoption en conseil des ministres, le 30 mars 1990, d'un projet de loi constitutionnelle « portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception », complété par un projet de loi organique « modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel » (projets n° 1203 et n° 1204, AN, IXe législature ; v. RFDC 4/1990, n° spéc. ; F. Luchaire, *Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée*, préc. ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis droit, 2006, 2e éd., p. 582 à 607).

La majorité à l'Assemblée nationale se résout à la réforme mais le Sénat contraint le gouvernement à l'abandonner en insérant dans le texte des modifications substantielles, étrangères à l'objet initial du projet, affectant aussi bien les prérogatives du chef de l'Etat que celles de l'Assemblée nationale. Cet échec, s'il tient à l'opposition politique du Sénat à l'endroit du président François Mitterrand, a aussi des causes plus profondes. Après celle de 1974, cette nouvelle extension de la saisine du Conseil constitutionnel a été perçue par les sénateurs (mais aussi une partie de la doctrine) comme une atteinte supplémentaire portée à l'autorité de la loi et une condamnation en creux du système représentatif. Admettre un contrôle *a posteriori* de la loi, cela revenait en définitive à considérer que le Sénat lui-même, soit en adoptant la loi, soit en s'abstenant de la déférer au contrôle préalable du Conseil, s'était rendu coupable ou au moins complice d'une violation des droits fondamentaux.

Retiré de l'ordre du jour parlementaire, le débat rebondit néanmoins très vite. Regardant comme « très heureuse » la réforme inaboutie de 1990, le comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, la reprend à son compte dans son rapport du 15 février 1993 (v. *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au président de la République*, Doc. fr., 1993, p. 54-55). Un mois plus tard, alors que se profilent les élections législatives, un projet de loi constitutionnelle est déposé (projet du 10 mars 1993, n° 231, AN, IXe législature). Le nouveau dispositif est directement inspiré de celui présenté au Parlement trois ans plus tôt. Mais, à la différence du texte de 1990, le projet de révision ne porte pas exclusivement cette fois sur le Conseil constitutionnel et englobe aussi des dispositions relatives au Conseil supérieur de la magistrature et à la Cour de justice de la République. Fidèle à sa position, le Sénat supprime en première lecture la modification du titre VII de la Constitution. Nouvellement élue, la majorité à l'Assemblée nationale, suivant la demande du gouvernement d'Edouard Balladur, s'aligne sur la position de la haute assemblée et le projet est une nouvelle fois abandonné.

La réforme semble alors compromise, certains de ses anciens promoteurs, au premier rang desquels François Mitterrand (v. son discours du 3 nov. 1994 devant le Conseil constitutionnel) ou Georges Vedel (v. *Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 546) faisant désormais part de leurs réserves. On aurait pu croire à ce moment le projet bel et bien enterré. Exhumé quinze ans plus tard par le comité présidé par Edouard Balladur, il est finalement adopté en 2008, sans heurts, dans une quasi-indifférence. Fixées par la loi organique du 10 décembre 2009, ses conditions d'application ont même bénéficié d'un consensus remarquable, tant entre les deux assemblées qu'au sein de leurs commissions

respectives.

Une réforme inspirée des projets de révision antérieurs

D'avantage encore que le « retournement » du pouvoir constituant, le plus frappant reste sans aucun doute l'extraordinaire continuité des trois projets de révision débattus au Parlement depuis 1990 (qui contraste singulièrement avec les hésitations et même les revirements d'une partie de la doctrine). A quelques réserves près, le système adopté en 2008 est rigoureusement identique à ceux qui l'avaient précédé, à telle enseigne que des esprits chagrins pourraient y voir une paresse du pouvoir constituant.

Alors qu'une palette d'options s'offrait au constituant, les projets de révision successifs ont tous retenu la formule d'un contrôle de constitutionnalité par voie de question préjudicielle sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation (« ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre » dans les projets de 1990 et de 1993).

Contrairement à ce que laissait augurer la déclaration de François Mitterrand, le 14 juillet 1989, jamais la piste d'un recours direct du justiciable devant le Conseil constitutionnel n'a été explorée. De même, et à rebours de la proposition du comité présidé par Edouard Balladur que le Conseil constitutionnel soit saisi sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou « des juridictions qui leur sont subordonnées », a toujours été préférée, à l'hypothèse d'un renvoi par l'ensemble des juridictions, la formule du double filtrage juridictionnel, dans un souci évident d'unité d'interprétation de la règle de droit et de rationalisation des flux contentieux.

Il a de même été admis dès 1990 que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative pourrait être soulevé par un justiciable, devant toute juridiction, à l'exception de la cour d'assises, en première instance ou pour la première fois en cause d'appel.

Le champ d'application de la procédure n'a pas varié non plus, qu'il s'agisse des textes pouvant être contestés ou des normes susceptibles d'être invoquées. Le contrôle peut porter sur toute disposition législative (sous la réserve au moins des lois référendaires et constitutionnelles ainsi que des dispositions organiques, sauf celles édictées par voie d'ordonnances), mais uniquement au regard des droits et libertés garantis par la Constitution. Cette option, la plus large relativement aux lois contrôlées, avait prévalu dès 1990, aucune condition tenant à leur date d'adoption n'ayant alors été retenue. Menacée un temps par le projet gouvernemental, la solution a été finalement reconduite en 2008, l'Assemblée nationale ayant supprimé en première lecture la restriction qui excluait du dispositif initial les dispositions législatives antérieures à 1958. De même, comme le principe en avait été accepté dès 1990, mais selon une rédaction pour partie originale, a été conservée la règle limitant le champ du contrôle aux dispositions législatives « portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Les conditions mêmes de la recevabilité de la question n'ont guère changé. Le juge du fond transmet la question à la juridiction suprême de son ordre si trois conditions cumulatives sont réunies, qui sont largement inspirées de celles retenues en 1990. Le filtre a été cependant un peu desserré, la disposition en cause ne devant pas déjà avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf - la mention étant nouvelle - « changement des circonstances ». La loi organique de 2009 a par ailleurs limité le pouvoir d'appréciation des juges du fond, en imposant que la disposition contestée soit « applicable » au litige ou à la procédure (alors qu'en 1990 elle devait en commander l'issue ou la validité), ou constitue le fondement des poursuites et ne soit pas « dépourvue de caractère sérieux » (et non plus, comme en 1990, manifestement infondée). A l'inverse, au stade de l'examen de la recevabilité de la question par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, alors que seules les questions présentant un caractère sérieux devaient en 1990 faire l'objet d'un renvoi, une alternative est désormais ouverte aux juges suprêmes qui renverront également devant le Conseil constitutionnel « les questions nouvelles ».

La différence la plus significative avec les réformes débattues antérieurement réside sans nul

doute dans les nouveaux effets attachés à la décision du Conseil constitutionnel. Les pouvoirs du juge ont été considérablement renforcés pour lui permettre de moduler les effets de ses décisions et prévenir ainsi une atteinte excessive à la sécurité juridique. Alors qu'en 1990, il avait été simplement prévu que la disposition déclarée inconstitutionnelle ne pourrait plus être appliquée à l'instance et aux autres procédures en cours dès la publication de la décision du Conseil constitutionnel au Journal officiel, le nouvel article 62, alinéa 2, de la Constitution permet au Conseil constitutionnel de différer la date de l'abrogation de la disposition et de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être mis en cause ».

Naturellement, à mesure qu'on entre dans le détail de la procédure applicable devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, devant les juridictions suprêmes ou devant le Conseil constitutionnel, le contenu des textes organiques diffère (sur l'impossibilité de relever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi ou encore sur la transmission d'office de la question au Conseil constitutionnel au cas où la juridiction suprême n'aurait pas statué dans les délais prévus qui ne figurent, ni l'une ni l'autre, dans le projet de loi organique de 1990). Toutefois, et sans prétendre ici à une comparaison exhaustive du projet de loi organique présenté en 1990 et de la loi organique du 10 décembre 2009, les dispositions restent globalement très proches (et même identiques sur la question des délais notamment). En définitive, seule la priorité conférée à la question de constitutionnalité sur celle de conventionnalité donne véritablement au dispositif organique son actualité et vient témoigner des objectifs nouveaux assignés à la réforme.

Une réforme inscrite dans un contexte juridique renouvelé

En 1990, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois a été défendu comme procédant de l'impératif logique, inhérent à l'Etat de droit, de purger l'ordre juridique français des lois portant atteinte aux droits fondamentaux et l'idée a été combattue pour ce motif justement qu'elle remettait en cause le principe traditionnel de l'immunité juridictionnelle de la loi promulguée dont découle la sécurité juridique.

Vingt ans plus tard, le développement du contentieux européen des droits de l'homme a renouvelé la problématique de la réforme.

A vécu d'abord le principe selon lequel, une fois promulguée, la loi devenait inattaquable. Depuis que le juge judiciaire, en 1975, puis le juge administratif, en 1989, ont accepté, conformément à l'article 55 de la Constitution, d'écarter les lois contraires aux engagements internationaux de la France et, en particulier, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi a fait florès devant nos juridictions, mettant en cause les exigences de la sécurité juridique et levant, du même coup, la principale objection opposée en 1990 au projet de révision.

Plus encore, à mesure du déploiement de ses effets, le contrôle de conventionnalité a même provoqué, en réaction, la réforme de 2008. En refusant que soient abrogées les lois portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution alors que ces mêmes lois pouvaient être écartées par le juge comme étant contraires aux engagements internationaux de la France, le constituant laissait perdurer une situation dans laquelle la Constitution était moins bien protégée face à la loi que les conventions internationales (l'argument est d'ailleurs repris en filigrane dans la lettre de mission de Nicolas Sarkozy à Edouard Balladur). A cette anomalie s'en ajoutait une seconde, non moins acceptable d'un point de vue national, la Cour européenne des droits de l'homme étant devenue, avec l'admission du recours direct en 1981, le juge suprême devant lequel se tournaient les justiciables français pour la défense de leurs droits fondamentaux.

De manière assez paradoxale, cependant, dans le même temps que l'existence de cette voie de recours a plaidé en faveur de l'admission d'un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées, le contrôle de conventionnalité pourrait aussi priver la réforme de 2008 de son intérêt (v., en ce sens, D. Rousseau, La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ?, LPA 25 juin 2009, n° 126, p. 9). La proximité de ces deux contrôles, qui s'appuient

sur des normes matériellement proches, sinon même identiques, associée à la plus grande attractivité pour le justiciable, en termes de délais notamment, du contrôle de conventionnalité, induit une concurrence qui, selon toute logique, doit profiter à ce dernier.

En obligeant les juges du fond, d'une part, à transmettre, après examen des conditions de recevabilité, les questions préjudicielles au juge suprême de leur ordre, qui, lui-même, doit se prononcer sur le renvoi ou non de la question, d'autre part, à surseoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, l'invocation de l'inconstitutionnalité de la loi engage le justiciable dans une procédure à la fois longue et complexe (d'où le fait que le moyen doit, à peine d'irrecevabilité, être présenté dans un écrit distinct et motivé). Certains auteurs avaient d'ailleurs appelé à supprimer le filtre devant les juges suprêmes, d'autres se prononçant même en faveur d'un recours direct des justiciables devant le Conseil constitutionnel, à charge pour ce dernier d'organiser le filtrage des questions (v. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008, 8e éd., p. 77-78). S'ils cherchent donc uniquement à écarter, pour le règlement de leur litige, l'application d'une loi, les justiciables auront plus intérêt, au moins lorsque les instruments internationaux de protection des droits offrent des garanties équivalentes à celles du droit interne, à exciper devant le juge national de l'inconventionnalité de la loi. S'il était néanmoins saisi des deux moyens tirés de l'inconventionnalité et de l'inconstitutionnalité de la loi, le juge lui-même, familier du contrôle de conventionnalité, aurait sans nul doute, par commodité et au nom d'un règlement rapide du litige, donné la priorité à l'examen du premier.

Seulement virtuel en 1990, le risque que la rivalité entre les deux modes de contrôle ne tourne, vingt ans plus tard, au net avantage du contrôle de conventionnalité, a conduit le constituant en 2008, et, à sa suite, le législateur organique en 2009, à retenir un système doublement original par rapport à ceux qui avaient été précédemment proposés.

Tout d'abord, alors qu'une déclaration d'inconventionnalité n'a d'effet que sur le procès et est sans incidence sur l'existence de la disposition dans l'ordre juridique, l'article 62, alinéa 2, de la Constitution énonce clairement que la disposition frappée d'inconstitutionnalité sera abrogée, le cas échéant à une date ultérieure à celle de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, ses effets passés pouvant même être remis en cause. Pour Didier Chauvaux, résident ici, dans le pouvoir d'abrogation de la loi liberticide, la justification et tout l'intérêt de la réforme (v. L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard, préc., p. 576).

Ensuite et surtout, en cas d'invocation concomitante de la Constitution et d'une convention internationale, le juge devra, en tout état de cause (la réserve des engagements communautaires ayant été supprimée par les députés en première lecture du projet de loi organique), donner la priorité à l'examen du moyen tiré de la violation des droits et libertés garantis par la Constitution (4). Devenue prioritaire pour tenter de pallier les contraintes du mécanisme, la nouvelle question préjudicielle de constitutionnalité s'inscrit dans une optique affirmée de concurrence avec le contrôle de conventionnalité.

Le succès de la révision de 2008 a donné raison à ceux qui considéraient que les échecs successifs des projets de 1990 et 1993 n'avaient pas entamé le caractère inéluctable de la réforme. Il n'est pas certain, en revanche, que le retard pris par le pouvoir constituant puisse être facilement comblé « au vu de l'expansionnisme du contrôle de conventionnalité » (J. Gicquel, L'article 26 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, préc., p. 78), celui-ci, en l'absence de toute procédure concurrente, ayant conquis en vingt ans le terrain de la défense des droits fondamentaux.

Cinq projets de réforme en vingt ans
Projet de loi constitutionnelle (1990)

Art. 61, al. 5 Const. : « 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 devant une juridiction

».

Art. 62, al. 2 Const. : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement du cinquième alinéa de l'article 61 cesse d'être applicable et ne peut plus être appliquée aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation ».

Art. 63, al. 2 Const. : « Cette loi organique [relative au Conseil constitutionnel] fixe également les modalités d'application du cinquième alinéa de l'article 61 et du deuxième alinéa de l'article 62 et notamment les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel est saisi sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de toute autre juridiction française ne relevant ni de l'un ni de l'autre ».

Proposition du comité Vedel (1992)

Art. 61-1 Const. : « Les dispositions de la loi qui portent atteinte aux droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction.

Le Conseil constitutionnel est saisi, à la demande d'un justiciable, sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de toute juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre ».

Art. 62, al. 2 Const. : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée. Elle ne peut être appliquée aux procédures en cours ».

Projet de loi constitutionnelle (1993)

Art. 61-1 Const. : « Lorsque, 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 par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation ou toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre ».

Art. 62, al. 1 Const. : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 cesse d'être applicable et ne peut plus être appliquée aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation ».

Art. 63, al. 2 Const. : « Elle [la loi organique relative au Conseil constitutionnel] détermine également les conditions d'application de l'article 61-1 ».

Proposition du comité Balladur (2007)

Art. 61-1 Const. : « 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 ».

Art. 62, al. 2 Const. : « 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 ».

Révision constitutionnelle (2008)

Art. 61-1 Const. : « 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 ».

Art. 62, al. 2 Const. : « 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 mis en cause ».

Mots clés :

CONSEIL CONSTITUTIONNEL * Compétence * Question prioritaire de constitutionnalité
PROCEDURE CONTENTIEUSE * Exception d'inconstitutionnalité * Question prioritaire de constitutionnalité

(1) L'AJDA, dans son n° 2/2010, a consacré un dossier sur « La question prioritaire de constitutionnalité », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Agnès Roblot-Troizier, La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, p. 80 ;

- Michel Verpeaux, Le Conseil constitutionnel devant la question prioritaire de constitutionnalité, p. 88 ;

- Didier Le Prado, La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat, p. 94 .

(2) D'ailleurs, comme l'a confié Robert Badinter, « jusqu'au bout, l'incertitude est demeurée. Le président de la République balançait. Je le savais pour avoir eu l'occasion de m'entretenir avec le président Balladur. [...] Le président de la République a fini par choisir et la décision a été inscrite dans la Constitution », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, Colloque organisé par l'Institut Louis Favoreu-GERJC avec le soutien du ministère de la justice, Paris, 16 févr. 2009, PUAM, 2009, p. 20.

(3) *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. I, p. 385. La tentative d'instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées remonte même avant la création du Conseil constitutionnel. Déjà sous la III^e République, des parlementaires avaient déposé des propositions de loi constitutionnelle introduisant un contrôle juridictionnel *a posteriori* de la loi (v. M. Verpeaux, *Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République*, RFDC 1990. 688). Sans attendre une révision que condamnaient les rapports de force politiques au sein des chambres, plusieurs auteurs de la doctrine avaient appelé à ce que les tribunaux ordinaires s'emparent de ce contrôle et accueillent les recours en inconstitutionnalité de la loi (v. P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 232 à 236).

(4) Une autre solution, écartée par le comité présidé par Edouard Balladur, mais qui avait la faveur du président du Conseil constitutionnel et d'une partie de la doctrine (v. not. D. de Béchillon, *Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ?*, *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 111-112), aurait pu consister à concentrer entre les mains du Conseil constitutionnel l'entier contrôle des lois, tant au regard des normes constitutionnelles que conventionnelles ou, à tout le moins, de celles d'entre elles qui consacrent les droits fondamentaux.