

Question préjudicielle et nouveau constitutionnel (1)

Michel Verpeaux, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne - Paris I, directeur du Centre de recherches en droit constitutionnel

L'essentiel

L'introduction d'une question préjudicielle devant le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée est l'une des innovations majeures de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Elle ne doit pas occulter complètement, cependant, les autres apports de cette loi concernant la haute juridiction constitutionnelle, qu'il s'agisse des modalités de nomination de ses membres ou de ses compétences. Les nouveaux articles 61-1 et 62 de la Constitution, relatifs à la procédure de la question préjudicielle apportent des réponses radicalement nouvelles en droit constitutionnel français mais soulèvent aussi de nombreuses questions. Certaines trouveront leurs réponses dans la loi organique d'application. Mais c'est surtout la mise en oeuvre de ces dispositions qui permettra d'en mesurer complètement la portée.

Alors que le Conseil constitutionnel a joué, par nature, un rôle déterminant dans la définition et la défense de la Constitution, il n'a pas été l'objet de nombreuses réformes depuis 1958. Il a fallu attendre ses presque cinquante ans pour qu'il connaisse, enfin, une révision de grande ampleur par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. On ne saurait oublier la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, qui a ouvert la saisine du Conseil aux parlementaires. Nul ne saurait nier que cette modification de l'article 61 a profondément bouleversé le régime, le nombre, la juridicisation des saisines qu'elle n'était en rien une réformette.

Mais, en dehors de cette loi, le Conseil s'est heurté au refus du pouvoir constituant d'élargir ses attributions à l'occasion de deux projets de révision précédents. Par deux fois, en 1990 et en 1993, le constituant s'est, en effet, opposé à l'introduction d'un contrôle *a posteriori* des lois, la deuxième fois après et malgré les propositions présentées par le comité Vedel, (*Rapport au Président de la République*, 15 févr. 1993, Doc. fr., 1993, p. 76). Contrairement au reniement de saint Pierre, le coq n'a pas eu à chanter trois fois, car la troisième fois fut la bonne.

Le Conseil constitutionnel est en effet au coeur d'une révision de grande ampleur, qui ne concerne d'ailleurs pas que la question préjudicielle. Elle aurait pu être encore plus large si le Parlement avait accepté toutes les dispositions qui avaient été proposées par des amendements au projet de loi déposé le 23 avril 2008 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Le Sénat avait en effet souhaité, sur un amendement défendu par M. Badinter, désigner le Conseil constitutionnel sous le nom de Cour constitutionnelle afin de le rapprocher de ses homologues européennes (art. additionnel 24 *ter* adopté par le Sénat dans sa séance du 24 juin 2008). Ce changement de dénomination aurait conduit à modifier huit articles en plus du titre VII de la Constitution. L'Assemblée nationale, suivant l'avis du gouvernement selon lequel le Conseil n'était pas une « juridiction comme une autre », mais aussi une « institution originale qui joue un rôle capital dans l'équilibre des pouvoirs constitutionnels », a estimé que la dénomination nouvelle « n'apporterait rien » (Rapport AN, commission des lois, juill. 2008, p. 163).

De même, le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des

institutions de la Ve République (ci-après le comité), avait proposé de supprimer, à titre non rétroactif, la catégorie des membres de droit du Conseil, ce que n'avait pas repris le projet de loi constitutionnelle. La proposition a été votée (à deux voix de majorité...) par les sénateurs (séance du 24 juin 2008), en première lecture, contre l'avis du gouvernement, mais elle a finalement été rejetée en deuxième lecture par les députés. Des résistances se sont fait jour pour conserver le droit ancien. Le ministre de la justice a ainsi avancé, pour rejeter cette mesure, l'argument selon lequel « les anciens présidents de la République ont tous leur place au Conseil constitutionnel, puisque, pendant cinq ans au moins, ils auront été chargés de veiller au respect de la Constitution, en vertu de son article 5 » (intervention au Sénat lors de la séance du 24 juin 2008). Il faudra donc attendre une autre révision pour mettre fin à cette anomalie qui n'a plus beaucoup de sens dans l'équilibre contemporain des pouvoirs.

Mais la révision de 2008 n'a pas connu que des échecs et le Conseil apparaît à huit reprises dans la loi du 23 juillet 2008, y compris de manière implicite, comme à l'article 16 de la loi qui ne mentionne qu'une modification de l'article 41. De même, ce chiffre ne tient pas compte de l'augmentation indirecte des compétences du Conseil dans l'examen des conditions dans lesquelles les lois seront désormais adoptées, compte tenu des nombreuses conditions nouvelles fixées notamment dans les articles 42, 44, 45 et 48, et 46 pour les lois organiques. De même, les nombreuses lois organiques induites par la révision constitutionnelle, ne serait-ce que celle relative à la procédure de la question préjudicielle (art. 61-1, al. 2) et les modifications des règlements des assemblées (v., directement, les art. 51-1, 51-2 et,, indirectement, celles rendues nécessaires pour adapter le travail parlementaire aux nouvelles conditions de la procédure législative), seront des occasions supplémentaires données au Conseil constitutionnel pour développer sa jurisprudence.

Tout d'abord, à défaut d'avoir pu supprimer la catégorie des membres de droit, la révision a modifié considérablement le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel, non pas en ce qui concerne le nombre de membres ni les autorités de nomination, mais à propos des modalités de nomination. L'alinéa 1 de l'article 56 est en effet complété par deux phrases : la première précise que « la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations ». Cette innovation majeure traduit une des suggestions du comité. Il s'agit de la procédure de contrôle des nominations opérées par le Président de la République et pour lesquelles une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés des commissions compétentes concernées de chacune des assemblées pourra s'opposer aux nominations. Selon l'article 13, c'est la loi qui devra déterminer les commissions compétentes selon les emplois ou fonctions concernés. L'avis peut devenir un véritable veto, selon une procédure qui est proche de la procédure américaine de confirmation par le Sénat des propositions de nomination à la Cour suprême. Evidemment, cette disposition s'applique mal aux nominations des membres du Conseil effectuées par les présidents des deux assemblées. C'est la raison pour laquelle la deuxième phrase ajoutée à l'alinéa 1er précise, de manière heureuse et sur proposition de l'Assemblée nationale en première lecture, que ces nominations « sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée ». Ce devrait être la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à l'Assemblée nationale et la commission des lois au Sénat.

Désormais les « candidats » pressentis à la nomination au Conseil seront entendus ou « auditionnés », ce qui constituera, à n'en pas douter, une redoutable épreuve de sélection. Mais la discipline majoritaire, plus forte en France qu'aux Etats-Unis, fera que les vœux, au moins ceux du Président de la République, pourront être suivis par les majorités des commissions. Ce qui se veut une limitation du caractère discrétionnaire des nominations deviendra peut-être aussi l'objet de marchandages politiques (v., dans ce sens, l'appréciation critique d'André Roux, *Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ?*, JCP 30 juill. 2008, n° 31-35). Il n'est pas sûr que la sérénité du Conseil en sorte grandie ni qu'il y ait, par exemple, plus de professeurs des facultés de droit parmi les futurs membres.

L'article 56 prévoit toujours, dans son alinéa 3, que le Président de la République nomme le président du Conseil constitutionnel. La procédure prévue à l'article 13 et à laquelle l'alinéa 1er de l'article 56 renvoie va-t-elle s'appliquer à cette nomination ô combien symbolique sur le

plan politique ? La lettre de l'alinéa 1er qui fait référence à « ces nominations » (celles des membres) semble l'exclure comme le précisait le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, notamment parce que le président du Conseil constitutionnel peut être choisi parmi les membres de droit, selon l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (rapport AN, mai 2008, p. 420). L'esprit général de l'article 13, auquel renvoie l'article 56 pourrait, au contraire, l'exiger, comme le souhaitait le comité (rapport p. 18). Un candidat pressenti pour être membre du Conseil devra-t-il aussi indiquer aux ou à la commission compétente qu'il est aussi envisagé qu'il devienne président du Conseil constitutionnel ?

Les innovations ne concernent pas que le statut des membres. Elles intéressent surtout les compétences du Conseil. Tout d'abord, et sur la suggestion bienvenue du comité, l'article 16 a été modifié afin de permettre un contrôle de la durée de la mise en oeuvre de cet article. Cette mesure trouve sa place dans l'ensemble des mesures destinées, en principe, à encadrer les pouvoirs du Président de la République (v., sur ce point, V. A. Vidal-Naquet, *Le Président encadré*. A propos des articles 6, 13, 16, 17 et 18 modifiés de la Constitution, JCP 2008, préc.).

En 1961, les pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 16 ont été mis en oeuvre du 23 avril au 29 septembre 1961 pour faire face à une rébellion militaire et cette première, et unique à ce jour, utilisation de l'article 16 avait illustré la nécessité du plus grand encadrement de la durée d'application des pouvoirs exceptionnels, qui restait soumise à l'appréciation discrétionnaire du Président de la République.

Du fait de cette modification, après trente jours d'utilisation des pouvoirs exceptionnels, le Conseil peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés et soixante sénateurs, c'est-à-dire les requérants traditionnels énumérés dans le cadre du contrôle *a priori* (art. 54 et art. 61), moins le Président de la République puisqu'il serait, dans ce cas, dans la position du défendeur, pour ne pas dire d'accusé. Plus curieuse est l'absence du Premier ministre, dont on a pu penser qu'il serait lié au Président de la République. Le comité n'avait proposé une saisine que par les groupes de parlementaires, pensant que c'était à des représentants de l'opposition qu'il revenait de faire apprécier par le Conseil si les conditions d'application de l'article 16 étaient encore remplies. Le Conseil est alors saisi aux fins d'apprécier si les conditions de fond posées à la mise en oeuvre des pouvoirs exceptionnels demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, et à tout moment au-delà de cette durée, le Conseil procédera de plein droit à cet examen et se prononcera dans les mêmes conditions. L'avis du Conseil constitutionnel reste seulement consultatif, et il ne lie donc pas juridiquement le Président de la République, mais on peut estimer que son caractère public serait de nature à éviter une prolongation excessive de l'application des pouvoirs exceptionnels et le refus du Président de suivre cet avis pourrait être un cas de mise en cause de sa responsabilité devant la haute Cour pour « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68 issu de la loi n° 2007-238 du 23 févr. 2007).

De manière politiquement moins sensible, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié, sur la suggestion du comité, l'article 41 relatif à l'exception d'irrecevabilité pour inconstitutionnalité opposée aux propositions ou aux amendements ne ressortissant pas du domaine de la loi ou contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 38. Jusqu'en 2008, si le président de l'assemblée estime que l'amendement appartient bien au domaine législatif et souhaite s'opposer à l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement, il peut saisir le Conseil constitutionnel qui doit statuer dans un délai de huit jours. Ce dernier n'a cependant rendu, depuis 1958, que onze décisions au titre de l'article 41, ayant été saisi sept fois par le président du Sénat (six propositions de loi et un amendement) et quatre fois par le président de l'Assemblée nationale (deux amendements et deux propositions de loi). La dernière décision rendue date du 23 mai 1979 (décis. FNR 79-11, 8 mai, jour férié).

Cette procédure, très peu utilisée par le gouvernement (45 utilisations à l'Assemblée nationale à l'encontre d'amendements déposés par les députés et 6 contre des propositions de loi), était

destinée à protéger, avec la procédure de « délégalisation » de l'article 37, alinéa 2, le domaine du règlement contre les empiètements de la loi. Mais cette séparation des domaines de la loi et du règlement n'a plus pour seule cause la protection du domaine réglementaire, mais aussi l'amélioration supposée de la qualité de la loi, depuis la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 du Conseil constitutionnel, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* (M. Verpeaux, Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite, D. 2005. Chron. 1886 ; v., dans ce sens aussi, les déclarations de J.-L. Debré, alors président de l'Assemblée nationale, lors de ses vœux au Président de la République, le 3 janv. 2006). Avec cette modification de l'article 41, ce n'est pas le seul gouvernement qui pourra opposer cette irrecevabilité, mais aussi le président de l'assemblée concernée, non seulement à l'encontre des propositions ou des amendements parlementaires, mais également à l'encontre des amendements du gouvernement lui-même, dès lors qu'il estime qu'ils ne ressortissent pas du domaine de la loi. La modification de l'article 41 répond alors au souci des parlementaires de se protéger en faisant trancher, en amont, le Conseil sur le caractère législatif ou réglementaire de chacun des projets du gouvernement ou des propositions des députés.

L'article 39 offre une nouvelle occasion au Conseil constitutionnel d'intervenir dans la procédure législative, non prévue dans le projet de loi constitutionnelle mais ajoutée en seconde lecture à l'Assemblée nationale (rapport commission des lois AN, juill. 2008, p. 129). En cas de désaccord entre le gouvernement et la conférence des présidents quant à la manière dont un projet de loi est inscrit à l'ordre du jour, c'est le Conseil constitutionnel, saisi par le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre, qui devra trancher, par un mécanisme d'arbitrage entre les différents acteurs, dans un délai de huit jours. L'article 39 prévoit en effet dans son alinéa 2 nouveau que la présentation des projets de loi doit répondre aux « conditions fixées par une loi organique ». Le comité avait proposé que le projet soit accompagné des documents dont il doit être assorti, ce que n'envisage pas le nouvel article 39 qui reste beaucoup plus vague, et c'est la loi organique qui devra fixer ces conditions. Cette nouvelle forme de saisine n'est d'ailleurs pas sans relation avec la compétence prévue au titre de l'article 41 modifié, au moins dans son mécanisme de saisine du Conseil.

De même l'article 11, relatif au référendum législatif, pourra permettre au Conseil de s'opposer à une proposition de loi référendaire par un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. C'est encore la loi organique (décidément, que de renvois à ce type de loi...) qui devra déterminer les conditions dans lesquelles le Conseil contrôlera le respect des conditions posées à l'alinéa 3 de l'article 11 pour la présentation de cette proposition référendaire. Il s'agit d'une compétence obligatoire, car l'article 61 a été modifié dans son alinéa 1er dans ce sens pour prévoir désormais que « les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum [...] doivent être soumis au Conseil constitutionnel [...] ». La loi organique devra préciser quelle est l'autorité de saisine, même dans ce cas de saisine obligatoire. La logique voudrait que ce soit le Premier ministre.

Le coeur de la révision réside, bien sûr, dans les articles 61-1 et 62 nouveaux qui sont relatifs à la question préjudicielle pour inconstitutionnalité. Si l'on compare leur rédaction finale et celle du projet de loi (v., pour des précédents commentaires, J. Gicquel, Commentaire des articles 26 et 27 du projet de loi constitutionnelle. Du nouveau dans la Constitution ?, LPA numéro spécial du 14 mai 2008 ; et A. Roux, préc.), on constate un certain nombre de différences à la fois rédactionnelles et de fond dont certaines sont dues à la sagesse des assemblées.

Ces articles apportent des réponses radicalement nouvelles en droit constitutionnel français mais, comme on peut s'en douter, soulèvent de nombreuses questions. L'accent sera mis sur les points principaux, en sachant bien que les questions naissent des réponses apportées et que celles-ci sont des réponses à d'autres questions. Ces questions naissent des avancées et certaines des réponses sont destinées à résoudre certaines difficultés posées.

Les réponses

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 introduit une forme de contrôle *a posteriori* des lois dans un système qui l'ignorait. Elle réserve cette forme nouvelle de saisine à la seule méconnaissance des droits et libertés.

Un contrôle *a posteriori*

Par rapport à la plupart des pays d'Europe, la France était, jusqu'à présent, dans une situation exceptionnelle puisqu'elle ne permettait pas un contrôle *a posteriori* des lois, c'est-à-dire des lois déjà promulguées. La lettre de l'article 61, tant dans l'alinéa 1 que dans l'alinéa 2 qui disposent que le contrôle doit se faire « avant leur promulgation », semble interdire toute possibilité de contrôle des lois entrées en vigueur. Le système français de contrôle est un contrôle *a priori* et non pas un contrôle de la loi exécutée. Il a fallu attendre la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (*Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*), pour que le Conseil constitutionnel opère cependant un revirement. En effet, dans sa décision n° 78-96 DC du 27 juillet 1978, le Conseil avait affirmé que la conformité à la Constitution de lois déjà régulièrement promulguées (en 1972 et 1974) « ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 [...] à l'examen des lois avant leur promulgation » (cons. 4).

Dans sa décision de 1985, le Conseil constitutionnel avait opéré une distinction entre les lois qui ne sont que la simple mise en application d'une loi antérieure, pour lesquelles le contrôle de la loi promulguée n'est pas possible, ce qui était le cas dans l'espèce soumise au Conseil, et celles qui « modifient, complètent ou affectent [le] domaine » d'une loi antérieurement promulguée. Dans ce deuxième cas, le Conseil a accepté d'examiner la conformité de la loi promulguée à l'occasion du contrôle d'une loi en cours de promulgation dans le cadre « normal » de l'article 61, alinéa 2. C'est dans la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 (*Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, AJDA 1999. 324, note J.-E. Schoettl), que le Conseil fut amené à déclarer non conformes à la Constitution des dispositions d'une loi déjà promulguée, à propos de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, qui avait pourtant fait l'objet d'un contrôle *a priori* par le même Conseil (décis. n° 84-183 DC du 18 janv. 1985). La décision n° 99-410 DC posait autant de questions qu'elle était susceptible d'en résoudre ; le Conseil était resté très prudent et il n'inscrivit aucune déclaration d'inconstitutionnalité dans le dispositif de sa décision. Seule y figurait la déclaration visant les dispositions de la loi de 1999. Mais l'exposé des motifs ne laissait pas de place au doute : les articles 194 et 195 de la loi de 1985 étaient bien déclarés contraires à la Constitution. Les incertitudes quant au sort des dispositions anciennes et l'impact très relatif de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sur la législation antérieure montraient les limites de ce mécanisme rudimentaire de contrôle des lois promulguées et plaidaient pour l'instauration d'un véritable contrôle par la voie de l'exception. Les inconvénients du contrôle abstrait des lois sont également connus, à l'égard d'une loi dont les potentialités négatives ne peuvent toutes être connues à l'avance. En outre, le délai imparti au Conseil pour statuer, un mois ou huit jours en cas d'urgence (art. 61, al. 3), est de nature à ne pas lui permettre d'exercer un contrôle approfondi de toutes les dispositions de textes de plus en plus longs et complexes.

Néanmoins, cet état du droit présentait de nombreux avantages pour un certain nombre de pratiquants du contrôle de constitutionnalité et pour une partie de la doctrine, car le Conseil intervenait en amont de la loi et empêchait une loi d'entrer en vigueur et avant qu'elle ne produise des effets négatifs. Cet argument a été avancé par l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud au moment des travaux du comité (sous la forme d'une opinion séparée, intitulée « Observations de M. Pierre Mazeaud », rapport p. 99). Il attirait l'attention sur le fait que « nombre de dispositions législatives, parfois anciennes et couramment pratiquées sont vulnérables à une exception d'inconstitutionnalité ». Au-delà de cette crainte relative à la sécurité juridique, Pierre Mazeaud soulevait aussi les problèmes matériels, y compris en termes de bon emploi des deniers publics, que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* allait soulever. Ces difficultés n'ont pas empêché le constituant de franchir le pas et de consacrer cette forme de contrôle, proprement révolutionnaire dans notre droit. C'est à une deuxième mort de la souveraineté de la loi que conduit ce contrôle, après l'introduction du contrôle *a priori* en 1958 surtout développé après la décision n° 71-44

DC du 16 juillet 1971, *Contrat d'association*. Les critiques de Pierre Mazeaud ne sont, pour autant, pas vaines. Il appartiendra aux justiciables, et surtout à leurs conseils, d'utiliser à bon escient ce mécanisme afin qu'il ne devienne pas une machine infernale susceptible d'entraver le cours de la justice.

Les avantages retirés du contrôle *a priori* expliquent sans doute que ce mode de contrôle n'a pas été supprimé par la loi constitutionnelle. L'article 61-1 n'a pas vocation à se substituer à l'article 61, qui n'a pas été modifié sur ce point, et les modalités de contrôle sont destinées à s'ajouter. Tout le problème sera, évidemment, de savoir si la pratique du contrôle *a posteriori* fera perdre tout intérêt au contrôle *a priori* ou si, au contraire, celui-ci gardera toutes ses vertus, ne serait-ce que celle de la rapidité et de l'efficacité, et sera de nature à empêcher que les justiciables ne soulèvent *a posteriori* l'inconstitutionnalité des lois. Au-delà des problèmes de sociologie du contentieux, c'est toute la question de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'un contrôle *a priori* qui est posée. Il n'y aura nécessairement pas identité de parties et l'on peut même se demander s'il y aura identité d'objet dans la mesure où le justiciable ou la juridiction ayant posé la question préjudicielle ne poursuivront pas le même but que les autorités traditionnelles de saisine puisqu'ils rechercheront à analyser une action contentieuse. La distinction entre les deux formes de contrôle sera d'autant plus sensible que l'écart chronologique sera grand, entre la date de la promulgation de la loi et la contestation *a posteriori* de celle-ci. Le Conseil constitutionnel se refuse aussi à délivrer, depuis le milieu des années 1990, un brevet de constitutionnalité à l'encontre des dispositions qui n'ont pas fait l'objet de la saisine (v. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, coll. Manuel, p. 232). Cette absence de « brevet » est de nature à libérer le Conseil de toute restriction à l'égard des lois déjà examinées sous la réserve des dispositions sur lesquelles il a expressément statué. Cette question n'a cependant de sens que pour les lois postérieures à 1958 et qui ont fait l'objet d'une saisine.

L'atteinte aux droits et libertés

Les cas dans lesquels le contrôle pourra être exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de ce contrôle *a posteriori* sont à la fois simples et vagues. Le Conseil interviendra lorsqu'une « disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». La référence à « la disposition législative » peut être comprise comme une règle adoptée sous forme d'une loi (au sens de l'article 37, al. 2 qui mentionne les « textes de forme législative ») ou au contraire comme une disposition ayant une force législative, quelle que soit sa forme. Dans ce deuxième sens, elle pourrait désigner, outre les lois au sens formel, les ordonnances ratifiées ou ayant eu, d'emblée, une force législative comme celles adoptées en 1945-1946 ou au cours de la période de transition d'octobre 1958 à février 1959, au titre de l'article 92 qui leur avait donné force de loi. Quand on sait que plusieurs centaines d'ordonnances ont été adoptées au cours de ces quatre mois, la perspective ouverte n'est pas mince. Cette interrogation sur la nature des textes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* est d'autant plus importante que le constituant de 2008 n'a pas voulu fermer la porte aux textes antérieurs à la Constitution de 1958, comme l'avait fait le projet de loi constitutionnelle, en contradiction avec la proposition du comité qui envisageait la conformité d'une loi, sans précision chronologique. Le projet de loi envisageait seulement une « disposition législative promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution ». La référence à la promulgation interdisait en outre, de soulever l'inconstitutionnalité d'un texte qui n'avait pas été adopté selon une procédure législative et qui n'avait donc pas été « promulgué ». C'est l'Assemblée nationale, à l'initiative de son rapporteur de la commission des lois (rapport AN, commission des lois, mai 2008, p. 437) qui a, fort heureusement, supprimé ce verrou. A quoi aurait servi d'ouvrir le contrôle des lois déjà promulguées, si c'était pour le refermer tout de suite ?

Aucune limite dans le temps n'est donc posée, pas même la Révolution française qui marque la naissance des lois au sens moderne. C'est ainsi que des textes d'Ancien Régime ayant force de loi, s'ils sont encore applicables, pourraient être contestés *a posteriori*. Ce retour en arrière pose la question de la rétroactivité de la Constitution de 1958, qui devient ainsi contraire à des textes adoptés sous des régimes qui ignoraient tout de ce texte ! Mais le constituant peut

tout faire, y compris adopter une démarche rétroactive.

Précisément, la Constitution, qui est l'autre élément du contrôle en tant que norme de référence, est composite, même si la doctrine parle - de plus en plus à tort à notre sens - de « bloc de constitutionnalité ». Nul doute que c'est toute la Constitution qui est visée à l'article 61-1, c'est-à-dire la Constitution écrite, y compris son Préambule et les textes auxquels il renvoie, ce qui implique aussi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ainsi que la Charte de l'environnement de 2004, mais aussi les règles et principes de valeur constitutionnelle que le juge constitutionnel peut être amené à dégager. C'est la même « Constitution » que celle qui est visée à l'article 61 qui prévoit que le Conseil se prononce sur la conformité de certains textes à la « Constitution », et le Conseil ne pourra pas envisager différemment la Constitution, que le contrôle soit *a priori* ou *a posteriori*.

Néanmoins, c'est aux droits et libertés que la disposition législative sera confrontée dans le cadre de ce second contrôle. Ce n'est donc pas toute la Constitution qui est concernée, mais les droits et libertés. Le droit français a bien du mal à appeler par leur nom les droits de l'homme ou, si l'on préfère une terminologie plus moderne, « les droits fondamentaux ». La Constitution emploie de manière non justifiée, au sens où il est difficile de comprendre pourquoi le constituant emploie une expression plutôt qu'une autre, les expressions de « libertés publiques » (art. 34 et 73, al. 4), de « droits » à propos du Défenseur des droits (art. 71-1), de « liberté publique ou droit constitutionnellement garanti » (art. 72, al. 3) pour désigner ce qu'il faut considérer, de prime abord, comme des synonymes. Le législateur a, quant à lui, préféré l'expression de « liberté fondamentale » dans l'article L. 521-2 du code de justice administrative, relatif au référé-liberté. Cette absence d'harmonisation des différents catalogues de droits pose des problèmes de frontière assez délicats.

Le comité avait proposé une autre expression, celle de « libertés et droits fondamentaux » qui se retrouvait partiellement dans la dénomination du « Défenseur des droits fondamentaux » devenu simplement dans le nouvel article 71-1, le Défenseur des droits. Le projet de loi constitutionnelle a préféré celle de « droits et libertés que celle-ci garantit », formule neutre qui a été aussi retenue par le constituant, sans que les droits et les libertés soient assortis d'un quelconque qualificatif. Mais l'expression laisse entendre qu'il y a une différence entre les premiers et les secondes, ce qui, sur le fond, n'est pas complètement neutre. Le constituant aurait pu adopter la formule, qui est la plus exacte, de « règles et principes à valeur constitutionnelle » et qui est utilisée par le Conseil lui-même, mais le constituant ne l'a pas souhaité, voulant limiter la protection à une partie seulement de la Constitution et exclure les règles procédurales d'édition des normes, principalement législatives, édictées dans la Constitution. Par ce choix, est également exclu du contrôle tout ce qui intéresse la répartition des compétences normatives, ce qui paraît impliquer que celle-ci n'est en rien protectrice des droits et libertés. On est alors loin de l'idée qui domine notre droit selon laquelle c'est la loi qui protège et le décret qui opprime et qui transparaît à l'alinéa 2 de l'article 34 à propos des règles relatives aux « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

La Constitution de 1946 avait introduit un mécanisme de contrôle des lois qui distinguait, dans le cadre du contrôle des lois confié au comité constitutionnel, au sein de la Constitution, les titres I à X et le reste, c'est-à-dire le Préambule et les titres consacrés à la révision et aux dispositions transitoires (art. 92, al. 3). D'une certaine manière, le constituant de 2008 procède en sens inverse, ce qui illustre le chemin parcouru depuis 1946 et la prépondérance prise par la protection des droits fondamentaux sur les autres dispositions constitutionnelles. C'est toute la perception même de la Constitution qui est ainsi modifiée et, si l'on peut dire, inversée. Le Conseil constitutionnel a joué, aidé par une partie clairvoyante de la doctrine, un rôle déterminant dans ce sens. Il est chargé d'en assurer spécialement le respect.

La question des « objectifs de valeur constitutionnelle » dégagés par le Conseil constitutionnel, comme par exemple la sauvegarde de l'ordre public, la préservation du pluralisme des courants d'expression socioculturels, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, la bonne administration de la justice ou celui permettant à chacun de disposer d'un logement décent, reste posée dans la mesure où, dans l'acception habituelle de cette norme

constitutionnelle, elle n'est pas considérée comme un droit ou une liberté (P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, coll. Thèmes et commentaires). Mais on sait que la perception des notions évolue et que l'objectif peut se transformer en droit, comme l'a montré la loi n° 2007-290 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, même si ce droit n'a pas acquis, en l'état, valeur constitutionnelle (AJDA 2008. 506).

Les droits et libertés sont ainsi distingués au sein de la Constitution, ce qui leur confère une place privilégiée, mais sans en préciser la source ni la nature exacte, tout en les maintenant dans le giron national, puisque ce futur catalogue est énoncé sans référence à celui contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Il appartiendra au Conseil constitutionnel, mais aussi aux juridictions ordinaires qui sont habituées à utiliser les catalogues européens, et à qui la question sera posée, de déterminer les éventuelles convergences et l'harmonisation de ces différentes proclamations de ces droits et libertés.

Les avancées provoquées par la loi constitutionnelle sont indéniables. Elles soulèvent néanmoins des questions nombreuses.

Les questions

Il est sans doute paradoxal d'envisager des questions après avoir présenté les réponses, mais la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, s'agissant du mécanisme de contrôle *a posteriori*, laisse subsister des interrogations.

Un mécanisme de question préjudicielle

Il a été beaucoup question, au cours des débats constitutants, de l'introduction d'une « exception d'inconstitutionnalité » en droit français. Il n'en est rien car il ne s'agit que d'une question préjudicielle posée au seul Conseil constitutionnel, après un filtre opéré par les juridictions supérieures de chacun des ordres juridictionnels.

Le filtre des cours

Le constituant n'a pas voulu permettre à toute juridiction, dans n'importe quel litige, de poser directement une question au Conseil constitutionnel. Le renvoi doit se faire par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, comme si la question de constitutionnalité était une question trop sérieuse pour qu'elle soit posée sans contrôle préalable au Conseil. L'incertitude concerne l'attitude des juridictions souveraines dans leur rôle de filtre. S'agissant du Conseil d'Etat, l'examen de la constitutionnalité ne pourra pas faire l'économie de l'appréciation qui aura pu être opérée par lui dans ses formations consultatives, quelle que soit la date de la loi et quand bien même les formations administratives et contentieuses du Conseil sont séparées.

Le juge suprême, dans sa fonction de filtre, devra apprécier le sérieux de la difficulté juridique posée, du moins peut-on supposer, le constituant ne précisant pas quels seront les motifs de l'appréciation qui devra être opérée par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Une simple indication est donnée par l'article 61-1 : le Conseil constitutionnel « peut » être saisi de cette question, ce qui laisse aux juridictions souveraines une marge de liberté relativement grande, sous réserve de la rédaction de la future loi organique. Comme l'écrit Jean Gicquel, le cas du Tribunal des conflits est réservé (LPA, préc., p. 77). Mais ce dernier n'a pas à statuer au fond, sauf le cas très particulier prévu par la loi du 20 avril 1932. Dans les autres titres de compétence du Tribunal des conflits, la question de la constitutionnalité d'une loi n'est pas ce qui doit permettre de résoudre le litige. Comme il n'existe pas, en droit français, de juridictions placées en dehors du contrôle de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, tout litige pourra alors faire l'objet d'une question préjudicielle. Reste néanmoins posée la question du Conseil constitutionnel en tant que juge électoral. S'il y a bien une instance, elle est aussi portée devant une juridiction, au sens de l'article 61-1. Dans ce cas, rien n'interdit que le litige fasse l'objet d'une question qui serait alors portée devant le Conseil constitutionnel, en tant que juge de la constitutionnalité. La question est d'autant plus cruciale que le Conseil,

alors qu'il était juge *a priori* des lois, s'est refusé à examiner la constitutionnalité d'une loi lorsqu'il statue en tant que juge de l'élection (décis. n° 58-42/191 du 5 mai 1959, *Algérie, 15e circons.*) : « Considérant qu'il résulte tant des dispositions de la Constitution que de celles de l'ordonnance du 7 novembre 1958 que, lorsqu'il est saisi de contestations en matière électorale, le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer, même par voie d'exception, et nonobstant l'article 44 de l'ordonnance précitée du 7 novembre 1958, sur le caractère de conformité à la Constitution des textes de caractère législatif ». Cette jurisprudence n'a jamais été infléchie par la suite, malgré les critiques de la doctrine (v. F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, t. 1, 2e éd., n° 384) comme le montrent les décisions n° 81-923 du 9 septembre 1981 et n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, ainsi que la décision rendue à propos du décret de convocation des électeurs aux élections législatives de 2007 : « Considérant que la non-conformité de dispositions législatives à la Constitution ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans les cas et suivant les modalités définis par l'article 61 de la Constitution ; [qu'] il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, se prononçant, comme en l'espèce, en application de l'article 59 et non de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité du tableau susmentionné » (décis. du 3 mai 2007 sur une requête présentée par M. Pascal Jan). Si rien ne s'oppose en théorie à ce que cette jurisprudence soit combattue, la condition du filtre posée par l'article 61-1 ne pourra cependant pas être respectée, par la nature même des contentieux, ce qui pourrait être un moyen de ne pas appliquer la nouvelle procédure au contentieux électoral porté devant le Conseil constitutionnel.

En dehors de ces cas, c'est donc devant toute juridiction, de tout niveau, que pourra être posée la question de la constitutionnalité, sous réserve d'un autre choix posé par la future loi organique. Il y aura ainsi un premier examen, effectué par cette juridiction inférieure et un second qui relèvera de la seule compétence de la juridiction située au sommet de l'ordre concerné.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel ne pourra pas s'autosaisir, mais pas plus ni moins que dans le cadre du contrôle *a priori*. Comme l'écrit Jean Gicquel, le Conseil va dépendre des juridictions ordinaires, fût-ce d'un juge de proximité, ce qui sera une « situation mal vécue » (LPA, préc., p. 77).

Le Conseil constitutionnel conserve néanmoins le monopole de l'examen de la constitutionnalité des lois qui est simplement étendu à d'autres cas par la loi du 23 juillet 2008.

Le monopole du Conseil constitutionnel

Seul le Conseil constitutionnel est compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois, dans les conditions qui seront fixées par la loi organique. Le Conseil ne reçoit d'ailleurs pas compétence pour « juger » la loi mais seulement pour « déclarer » qu'elle est contraire à la Constitution (v. rédaction de l'aliéna 2 de l'article 62, qui reprend le terme déjà utilisé à propos du contrôle *a priori* à l'aliéna 1 de cet article). Il ne s'agit donc pas d'un mécanisme de véritable exception qui aurait permis à toute juridiction de se prononcer sur la constitutionnalité, sur le modèle de l'exception d'inconventionnalité inaugurée par les jurisprudences *Jacques Vabre* et *Nicolo*. Il n'a pas été possible de rayer d'un trait de plume les deux siècles de méfiance à l'égard du juge ordinaire dans sa révérence à l'égard de la loi et exprimée de manière ferme et sobre par l'arrêt *Arrighi* (CE sect. 6 nov. 1936, Lebon 966 et Crim. 11 mai 1833, S. 1933. 1. 357 ; pour un exemple récent, CE 5 janv. 2005, *Deprez et Baillard*, Lebon 1 ; AJDA 2005. 845, note L. Burgorgue-Larsen ; RFDA 2005. 56, note B. Bonnet). Le juge de l'action ne sera pas le juge de l'exception. La loi organique prévue par l'article 61-1 devra notamment régler la question des délais dans lesquels le Conseil constitutionnel devra répondre à la question posée, afin que le litige ne s'éternise trop.

Ce monopole rejoint celui confié au Conseil dans le cadre du contrôle *a priori*. Il n'y aura pas de problème lorsqu'il n'a pas eu à connaître, lors d'une première saisine, de la loi qui fait

débat au cours de l'instance litigieuse, soit parce qu'il s'agit d'une loi antérieure à 1958, soit parce qu'il s'agit d'une loi qui n'a pas fait l'objet d'une saisine. Plus complexe est le cas, comme on l'a vu, dans lequel la loi contestée a déjà été l'objet d'un contrôle *a priori*.

Ainsi que le suggérait fort justement Jean Gicquel, le Conseil devra sans doute rédiger un règlement de procédure contentieuse de manière à garantir les droits des parties, sur le modèle des règlements existant pour le contentieux électoral et pour celui des opérations référendaires. L'article 56 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel prévoit en effet l'établissement par le Conseil d'un règlement pour compléter les règles de procédure fixées au titre II de l'ordonnance, c'est-à-dire l'ensemble des compétences contentieuses du Conseil. Le règlement applicable à la procédure suivie par le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs a été publié au Journal officiel du 31 mai 1959, sans date de son édicton. Il a fait l'objet de plusieurs modifications les 5 mars 1986, 24 novembre 1987, 9 juillet 1991 et 28 juin 1995. Le Conseil constitutionnel a adopté le 5 octobre 1988 un règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum, toujours en application de l'article 56 de l'ordonnance. Rien n'interdit donc au Conseil d'en adopter un autre, cette fois relatif au contentieux de constitutionnalité, sous réserve des nécessaires modifications de l'ordonnance organique après cette révision.

De manière très sérieuse aussi, le même auteur suggérait d'étoffer le nombre des membres du Conseil, les faisant passer de neuf (en théorie, compte tenu du nombre fluctuant de membres de droit) à douze. Il ne faut sans doute pas rêver. En revanche, il faut souhaiter que les services et notamment le service juridique soit étoffé, malgré l'extrême qualité de ses membres, pour faire face à l'accroissement des tâches.

Pierre Mazeaud craignait surtout la juxtaposition des contrôles *a posteriori* par les juridictions de droit commun et du contrôle *a priori* confié au Conseil constitutionnel qui aboutirait à une multitude d'interprétations de la Constitution. Le monopole donné au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur une « question préjudicielle » devrait être de nature à le rassurer, même si c'est au terme d'une procédure assez longue qu'il sera amené à se prononcer.

L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel

Il s'agit alors de la modification de l'article 62 dans ses alinéas 1er et 2. L'ancien alinéa 2, devenu aliéna 3 et relatif à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, n'est pas modifié. L'article 62 prévoit désormais deux hypothèses correspondant aux deux formes de contrôle, le contrôle *a priori* à l'alinéa 1er et le contrôle *a posteriori* à l'alinéa 2. Le premier est modifié seulement en ce qu'il fait référence aux décisions rendues « sur le fondement de l'article 61 », précision qui était inutile antérieurement puisque cet article 61 était le seul applicable. Le second prévoit les modalités d'exécution des décisions rendues sur le fondement de l'article 61-1. Le constituant a choisi de considérer que la disposition déclarée inconstitutionnelle serait par là même « abrogée », pour l'avenir seul, au nom du principe de sécurité juridique. Mais la décision du Conseil constitutionnel a cependant un effet *erga omnes*, et pas seulement au regard du litige considéré, ce qui aurait posé des difficultés inextricables. Le comité avait opéré le même choix. Mais la difficulté principale était de déterminer le moment à partir duquel la loi considérée était abrogée : le comité n'avait proposé qu'une seule solution, mais qui ouvrait la porte à toutes les possibilités puisque c'était le Conseil lui-même qui devait fixer la date de la fin des effets de la loi dans sa décision, s'en remettant en quelque sorte à la sagesse du Conseil. Le projet de loi constitutionnelle a préféré poser le principe de l'abrogation « à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel », mais en laissant le choix au Conseil d'en fixer une autre, nécessairement postérieure, dans sa décision. La rédaction du projet est restée inchangée jusqu'à la promulgation de la loi.

S'agissant de la publication des décisions du Conseil, celle-ci est obligatoire par application de l'article 20 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui dispose que « la déclaration du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est publiée au Journal officiel ». Cette règle ne devrait pas être modifiée sur ce point.

Le Conseil reçoit aussi la compétence de déterminer les effets et les limites dans lesquelles les effets que la disposition jugée inconstitutionnelle sont susceptibles d'être remis en cause. Il s'agit d'éviter que l'intervention du Conseil ne bouleverse trop de situations acquises. Le comité avait suggéré que la disposition déclarée inconstitutionnelle ne puisse être appliquée aux « procédures juridictionnelles en cours ». Le Conseil constitutionnel peut ainsi moduler à la fois dans le temps et dans son étendue les effets de sa décision d'inconstitutionnalité, de manière à atténuer les inconvénients qu'elle peut produire à l'égard des situations créées par la loi abrogée. Le constituant se place ainsi, si l'on peut dire, dans la continuité de la jurisprudence administrative inaugurée par l'arrêt d'assemblée du 11 mai 2004, *Association AC !* (Lebon 197 ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004. 454, concl. C. Devys).

L'introduction de la question préjudicielle pour inconstitutionnalité ne sera une nouvelle révolution contentieuse susceptible d'enrichir le droit constitutionnel que si les acteurs, les plaideurs, leurs conseils, les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel, décident de s'en emparer.

Mots clés :

CONSTITUTION * Révision constitutionnelle * Contrôle de constitutionnalité * Question préjudicielle
CONSEIL CONSTITUTIONNEL * Compétence * Contrôle de constitutionnalité * Question préjudicielle

(1) L'AJDA, dans son n° 34/2008, a consacré un dossier sur « L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Bertrand Mathieu, Transformer la Ve République sans la trahir, p. 1858
- Agnès Roblot-Troizier, L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés, p. 1866
- Pierre-Yves Gahdoun, L'amélioration de la fabrication des lois, p. 1872
- Pierre-Olivier Caille, L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, p. 1887