

Brèves observations sur la question préjudicielle de constitutionnalité en attendant la loi organique (1)

Bertrand de Lamy, Professeur à l'Université de Toulouse - Faculté de droit

L'essentiel

La loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 institue une question préjudicielle de constitutionnalité susceptible d'exercer une incidence assez importante sur l'organisation juridictionnelle et l'articulation des normes. Ce nouveau mécanisme, qui trouvera un terrain d'élection en procédure pénale, reconnaît le rôle constitutionnel des juges ordinaires et devrait avoir une répercussion sur la manière dont le Conseil constitutionnel assure le contrôle des lois. Il est souhaitable que les juridictions, judiciaires comme administratives, qui seront les premiers acteurs de ce contrôle de constitutionnalité « a posteriori », jouent ici un rôle actif.

La France tente de combler un peu les lacunes de son contrôle de constitutionnalité (2) en instaurant, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, une question préjudicielle de constitutionnalité suivant ainsi la proposition du « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République ». La réussite de cette tentative dépendra, pour beaucoup, des pratiques qu'adopteront les juges judiciaires et administratifs qui bénéficient d'une marge de manoeuvre assez importante même si la réforme a souhaité, dans son esprit, assurer le règne du Conseil constitutionnel (3). En effet, il a été décidé de faire « remonter » les questions de constitutionnalité des lois jusqu'à la rue de Montpensier et de confier aux Cours souveraines de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif le rôle de filtre. L'article 61-1 nouveau de la Constitution pose ainsi que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; une loi organique doit préciser les conditions d'application de cet article (4). L'alinéa 2 de l'article 62 prévoit, quant à lui, qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Si l'ensemble des juges judiciaires et administratifs est concerné par cette réforme, ce mécanisme trouvera un terrain d'élection en droit pénal, notamment, parce que le droit répressif est largement irrigué par les droits fondamentaux et que les multiples réformes affectant la matière multiplient les occasions de saisine.

L'avenir dira si le contrôle de constitutionnalité des lois a été concrètement amélioré pour le citoyen, tant le mécanisme institué paraît tardif, complexe et anachronique au regard du contrôle de conventionnalité pratiqué depuis de nombreuses années devant les juges ordinaires et que les auteurs de la réforme ont eu tort d'ignorer. Dans l'immédiat - et en attendant la loi organique - on peut souligner que la réforme reconnaît le rôle constitutionnel des juges ordinaires (I) et s'interroger, plus brièvement, à propos de l'incidence, possible et souhaitable, du nouveau mécanisme sur le Conseil constitutionnel (II).

I - La reconnaissance du rôle constitutionnel du juge ordinaire

Le Conseil constitutionnel sera interrogé par la Cour de cassation - pour ne parler que de l'ordre judiciaire -, laquelle sera saisie par les juges du fond d'une question de constitutionnalité. La pratique qu'instaurera la Haute cour de l'ordre judiciaire sera essentielle dans l'équilibre des institutions : soit elle se place sous la coupe du Conseil constitutionnel, soit elle décide, avec raison, d'assurer un rôle actif dans ce contrôle de constitutionnalité.

L'article 61-1 de la Constitution, même s'il n'est pas particulièrement précis, permet ce dernier choix : il laisse, certes, planer des interrogations sur les modalités du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (A), mais laisse bien entrevoir que le contrôle confié aux juges ordinaires peut être d'une véritable nature constitutionnelle (B).

A - Les modalités du contrôle du juge ordinaire

La réforme ne permet pas au plaideur de poser directement la question préjudicielle au Conseil constitutionnel. Le texte met, en effet, en place un filtre porteur de plusieurs inconvénients qui pourrait limiter l'intérêt et l'efficacité du contrôle. Se pose, notamment, la question des juridictions intervenant dans le nouveau mécanisme et du type de dispositions constitutionnelles auxquelles ces juridictions pourront confronter la loi mise en cause.

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que la procédure de la question préjudicielle de constitutionnalité est déclenchée lorsqu'« il est soutenu » qu'une disposition législative est constitutionnellement discutée. On peut penser que non seulement les parties au procès - personne poursuivie et parties civiles - auront la possibilité de soulever la question, mais également que les juges pourront l'invoquer d'office.

En ce qui concerne les juridictions pénales, deux points seront à éclaircir par la loi organique. Tout d'abord, les juridictions d'instruction pourront-elles soulever la question de constitutionnalité ? Les projets constitutionnels de 1990 et de 1993 qui prévoyaient, en des termes voisins de la loi de 2008, d'instaurer la question préjudicielle, optaient pour l'exclusion des juridictions d'instruction (5). Le problème est ici délicat : soit le débat sur l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est renvoyé à la seule juridiction du fond, mais alors le dossier peut être considérablement fragilisé si un texte mis en oeuvre s'avère finalement inconstitutionnel. Soit, compte tenu des risques encourus par les libertés lors de cette phase, la question préjudicielle a sa place, mais il serait préférable alors qu'elle soit tranchée directement par la chambre de l'instruction sans que le filtre de son président puisse s'exercer. En revanche, pour éviter une perte de temps pouvant ruiner l'instruction, il n'est pas opportun, dans ce dernier cas, que l'instruction soit suspendue et il serait nécessaire que la loi organique prévoie des délais de réponse extrêmement brefs (6). La possibilité d'invoquer la question préjudicielle durant la phase d'instruction paraît, donc, préférable, tant il serait paradoxal d'éviter ce mécanisme dans l'hypothèse où les libertés qu'il vient protéger sont le plus facilement compromises.

Ensuite, la question préjudicielle pourra-t-elle être soulevée devant la cour d'assises compte tenu de sa composition ? (7) En 1993 (8), il avait été envisagé de soumettre la question à la seule chambre de l'instruction mais non à la juridiction criminelle. Cependant, là encore, les enjeux qui se déroulent devant cette dernière poussent à adopter la solution inverse, mais, sans doute, faut-il que cette question soit examinée par la Cour au sens strict, à l'exclusion des jurés, afin que la réponse soit motivée.

Seule la Cour de justice de la République est exclue du mécanisme (9).

Pour éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel, il a donc été prévu que celui-ci ne puisse être saisi que par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, alors que le Comité de réflexion envisageait une saisine directe par les juges du fond. Si, par l'intervention *in fine* du Conseil constitutionnel, on a voulu parer à un éclatement de l'interprétation de la norme supérieure, rien ne garantit, en revanche, que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat filtreront la question de la même façon. Des différences d'appréciation sont, par conséquent, parfaitement concevables. Au sein même de la Cour de cassation, il serait bon d'éviter d'éventuelles discordances entre les chambres. Ainsi, en 1990 (10), il était envisagé de confier l'examen de

la question de constitutionnalité à une formation comprenant le premier président de la Cour de cassation et les présidents de chambre. Sur conclusion du procureur général, cette formation pourrait décider du renvoi au Conseil constitutionnel. Dans le même souci, afin d'éviter les divergences des juges du fond, il serait bon que leurs décisions en matière de constitutionnalité soient motivées et susceptibles d'un pourvoi en cassation.

Quels que soient les aménagements, ce double filtre est de nature à décourager le justiciable d'invoquer un argument constitutionnel dont la solution reste éloignée, alors qu'il peut demander au même juge d'opérer directement un contrôle de conventionnalité de la loi. Les promoteurs de cette lourde réforme de 2008 ont eu davantage pour souci d'éviter les bouleversements du Conseil constitutionnel que de mettre en place un contrôle simple, efficace et pratique susceptible de rivaliser avec le contrôle de conventionnalité.

La question préjudicielle de constitutionnalité risque également d'allonger les procédures. Il faudra, en effet, que le juge du fond, qui considérera comme sérieux le grief d'inconstitutionnalité soulevé contre la loi applicable au litige, saisisse de ce point la Cour de cassation qui, seule, pourra renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Ce double filtre trouvera un intérêt si les juges saisissent le pouvoir d'appréciation qui leur est donné pour entrer dans le contrôle de constitutionnalité.

La loi organique devrait ici formuler des délais d'examen, à l'égard de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, pour éviter que ce mécanisme de protection des droits fondamentaux ne fasse encourir à la France les remontrances de la Cour européenne sur le terrain du respect du délai raisonnable.

S'il est souhaitable que le plus grand nombre de juridictions, notamment pénales, puissent connaître de la question préjudicielle, on peut aussi espérer que le champ soit ouvert du point de vue des normes concernées par ce nouveau mécanisme.

La généralité de la lettre de l'article 61-1 de la Constitution ne permet pas d'introduire de distinction chronologique entre les lois susceptibles d'être contrôlées : seront donc concernées celles antérieures comme postérieures à 1958.

Quant aux dispositions constitutionnelles auxquelles ces lois peuvent être confrontées, là encore, l'article 61-1 est assez large puisqu'il vise « les droits et libertés que la Constitution garantit », ce qui est susceptible de permettre aux juges ordinaires d'exercer un contrôle d'une nature véritablement constitutionnelle.

B - La nature du contrôle du juge ordinaire

La mise en place du double filtre montre la volonté des auteurs de la réforme d'éviter l'engorgement du Conseil. Les travaux relatifs aux projets de réformes de 1990 et 1993 (11) dégageaient trois conditions qui auraient dû être cumulativement réunies pour le saisir. En premier lieu, la disposition litigieuse doit conditionner l'issue du litige ; en second lieu, elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution; en dernier lieu, elle ne doit pas être manifestement infondée. La première condition appelle la prudence : une disposition de procédure, par exemple relative aux modalités d'une perquisition, peut parfaitement poser un problème grave de constitutionnalité sans, à proprement parler, conditionner l'issue du litige si d'autres éléments de preuve alimentent le dossier.

La deuxième condition doit être bien circonscrite : d'une part, un changement de circonstances de droit devrait permettre d'examiner sous un nouvel angle des dispositions déjà contrôlées (12) ; d'autre part, seules les dispositions explicitement validées par le Conseil sont à l'abri d'une critique identique à la précédente (13).

Enfin, la dernière condition ouvre une importante marge de manoeuvre aux juges qui doivent se prononcer sur l'existence d'un doute sérieux quant à la constitutionnalité de la loi applicable au litige qui leur est soumis.

Si les juges du fond considèrent que la constitutionnalité de la loi n'est pas en cause, un pourvoi contre cette décision de refus paraît nécessaire pour assurer l'unité des questions constitutionnelles (14). Mais si la Cour de cassation trouve que la question est infondée et ne saisit pas le Conseil, aucun recours n'est ici possible ; comme aucun recours n'est envisageable contre une décision de renvoi devant le Conseil. Lorsque la question ne sera pas renvoyée à la rue de Montpensier, on pourra considérer que la loi est constitutionnelle (15). Il serait, évidemment, souhaitable que l'ensemble des juges motivent leur décision de renvoi (16) comme de refus de renvoi.

On peut aussi penser que les juges décident eux-mêmes d'une inconstitutionnalité lorsque celle-ci ne pose pas de difficulté particulière, par exemple, parce que la loi a un objet analogue à celui de dispositions législatives déclarées, par le Conseil, contraires à la Constitution, cette hypothèse de contrôle n'étant, finalement, qu'une application de sa jurisprudence (17). L'article 61-1 pose bien que la question « peut » être renvoyée au Conseil et non qu'elle « doit » lui être soumise. C'est dans l'appréciation de la nécessité de ce renvoi que pourra s'exercer de façon plus éclatante le rôle constitutionnel de la Cour de cassation.

Si la lettre de l'article 61-1 n'interdit pas de penser que la Cour de cassation peut, elle-même, déclarer inconstitutionnelle une loi lorsque cette solution relève de l'évidence, on se heurte, cependant, à l'article 62 qui n'envisage de décision d'inconstitutionnalité que de la part du Conseil. A moins de considérer que la décision d'inconstitutionnalité de la Cour de cassation opère de la même manière que la déclaration d'inconstitutionnalité..., l'article 62 s'expliquant par la nature singulière du Conseil et la portée particulière de ses décisions.

Autrement dit, l'article 61-1 de la Constitution reconnaît le rôle constitutionnel des juges judiciaires et on peut espérer qu'ils saisissent cette occasion pour participer activement à la construction d'une jurisprudence constitutionnelle qui doit être en phase avec les préoccupations des justiciables (18). La Cour de cassation et le Conseil d'Etat seront les véritables acteurs de cette réforme et ont le choix suivant. Soit ils se placent sous l'autorité du Conseil qui deviendra ainsi un juge suprême des deux ordres juridiques, mais ces deux Hautes juridictions abdiquent alors leur souveraineté sur les questions constitutionnelles qui ramifient le droit qu'elles ont à appliquer. Soit - et cela est souhaitable - elles jouent un rôle de gardien de la Constitution grâce au filtre qu'elles opèrent. L'article 61-1 de la Constitution encourage cette dernière position puisqu'il prévoit que la loi discutée doit être confrontée avec « les droits et libertés que la Constitution garantit » et non avec les droits et libertés proclamés par le Conseil. Par conséquent, les Hautes juridictions, des deux ordres, peuvent assurer cette garantie en interprétant la Constitution, en dégagant des droits et libertés et en précisant leurs limites.

Dans tous les cas, la loi doit pouvoir être confrontée avec l'ensemble des garanties constitutionnelles, y compris celles fixant les domaines de compétence des autorités normatives puisque la compétence participe directement des garanties. Un auteur (19) exclut pourtant cette dernière hypothèse, comme il exclut la possibilité, pour les juges, de confronter la loi avec les objectifs à valeur constitutionnelle qui s'adressent au législateur. Ces objectifs sont présentés comme « l'intérêt général en situation » (20), ils relèvent de la « recherche de l'intérêt général, décliné en préservation de l'ordre public en matière pénale » (21).

Outre la sauvegarde de l'ordre public, figure dans cette catégorie l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ces objectifs à valeur constitutionnelle trouveraient, au contraire, un nouvel élan dans une approche plus concrète du contrôle de constitutionnalité. En effet, l'application de la loi révélera mieux si celle-ci a atteint lesdits objectifs.

Reste que l'une des curiosités du système mis en place réside dans la possibilité qu'auront les juges ordinaires de reconnaître la conformité d'une loi à la Constitution mais non, dans toutes les hypothèses, son inconstitutionnalité. Cette limite s'expliquerait par le principe de la séparation des pouvoirs et l'impossibilité dans laquelle se trouvent les juges ordinaires de faire disparaître de l'ordre juridique une loi constitutionnellement discréditée. D'où l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution qui prévoit que, à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil, la loi sera abrogée sans rétroactivité. Il n'empêche que, d'une part, une loi

déclarée inconstitutionnelle, par le juge ordinaire, demeure dans le système juridique et, d'autre part, qu'un véritable respect du principe de la séparation des pouvoirs militait pour que l'abrogation de la loi soit l'oeuvre du Parlement. Que se passera-t-il lorsque la disposition déclarée inconstitutionnelle est une pièce d'un mécanisme plus large ? Celui-ci sera-t-il inopérant, privé d'un de ses rouages, dans l'attente du vote d'une pièce législative de rechange ? Non seulement le système retenu créera des trous noirs dans notre ordre juridique, alors que le législateur pouvait corriger autant qu'abroger le mécanisme concerné, mais encore cette nouveauté brouille davantage la nature juridique du Conseil.

Le système adopté est donc loin d'avoir résolu toutes les difficultés et chausse-trapes. On peut espérer que les juridictions ordinaires alimenteront véritablement la jurisprudence constitutionnelle, même si cela peut être l'occasion de certains décalages avec les interprétations du Conseil. On se souvient ici de sa décision à propos de la responsabilité pénale du président de la République (22) et de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (23) sur le même sujet rétablissant une approche conforme aux principes du droit pénal. Egalement, rien n'empêchera, si elles le souhaitent, les juridictions ordinaires de conserver l'entière maîtrise des questions touchant aux droits fondamentaux grâce au contrôle de conventionnalité : il leur suffira de placer la discussion sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme. Rien n'empêchera, non plus, un plaideur mécontent de la réponse apportée par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a déjà précisé qu'une décision de constitutionnalité ne suffit pas à établir la conformité d'une disposition législative avec la Convention et la France a été condamnée dans l'hypothèse où la loi en cause avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité passé avec succès (24).

Ce sont donc les juridictions administratives et judiciaires qui sont les pierres angulaires du nouveau dispositif dont on peut souhaiter, à la fois qu'il permette de retrouver, à certains égards, une maîtrise nationale des droits fondamentaux, sans se détourner pour autant du système européen de Strasbourg, et qu'il ait une incidence sur le Conseil constitutionnel.

II - L'incidence de la question préjudicielle sur le Conseil constitutionnel

La réforme de 2008 va dans le sens d'une juridictionnalisation du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel mais n'a pas réalisé la mutation que l'on pouvait attendre tant il est vrai que la profonde évolution du rôle du Conseil, par l'avènement de ce contrôle *a posteriori*, aurait dû se traduire sur l'institution elle-même.

Si la réforme n'est pas allée jusqu'au bout de sa logique en n'apportant pas les modifications nécessaires à la composition et à la procédure du Conseil (B), on peut, malgré tout, espérer que la pratique de la question préjudicielle ait une incidence sur la façon dont le Conseil opère l'examen des textes (A).

A - L'incidence attendue sur les décisions du Conseil : manifestation de la juridictionnalisation
L'avènement d'une question préjudicielle de constitutionnalité devrait avoir une répercussion sur la manière dont le Conseil aborde et réalise son contrôle. Le point de départ de sa saisine ne sera plus seulement, en effet, un texte en préparation mais une loi appliquée ; la saisine ne sera plus seulement politique puisque la question sera soulevée par un plaideur ou le juge lui-même. On peut donc penser que l'argumentaire de la saisine sera différent et que la motivation de la décision du Conseil le sera également. Un risque apparaît alors : que les motivations des décisions du Conseil soient différentes selon qu'il se prononce *a priori* ou *a posteriori*, ce qui nuirait à l'unité constitutionnelle ; on aurait ainsi une approche macro constitutionnelle et une approche micro constitutionnelle qui se juxtaposeraient plus qu'elles ne se complèteraient. La réforme de 2008 doit amener le Conseil à s'inspirer davantage des positions des juges judiciaires selon la doctrine du « droit vivant » (25), et à livrer une motivation plus circonstanciée.

Une modification du type de motivation des décisions du Conseil est, en effet, souhaitable. La question préjudicielle de constitutionnalité, même posée par la Cour de cassation, permettra

la communication au Conseil des éléments factuels susceptibles d'infléchir sa technique d'appréciation et la rédaction de ses décisions. Si la Haute Cour de l'ordre judiciaire ne connaît pas directement des faits, elle prête néanmoins attention à ceux constatés par les juges du fond. C'est alors par cet intermédiaire que les considérations factuelles pourront entrer dans le contrôle de constitutionnalité pour y introduire davantage de plasticité. L'énoncé d'une exception à un principe proclamé, la précision de ses limites, la conciliation concrète d'un droit avec un autre droit auquel il peut se heurter, ses conditions de mise en oeuvre seront autant d'éléments contribuant à rendre le principe constitutionnel opérationnel (26). Un auteur a parfaitement exposé que cette première mutation « consistera en une plus grande « juridictionnalisation » du Conseil, qui passe, notamment, par un nouveau protocole argumentatif (moins axiomatique, moins caractérisé par des formes de « circularité herméneutique », moins paralogique) de nature à légitimer auprès des « juges du quotidien » les décisions du Conseil dans le contexte procédural à venir » (27).

L'enjeu est de taille : si les praticiens n'ont pas, aujourd'hui, le réflexe constitutionnel - alors qu'ils ont le réflexe conventionnel, notamment européen - cela tient, en bonne part, aux sentences trop abstraites du Conseil (28). Rapprocher les principes constitutionnels du citoyen peut être le bienfait essentiel de la question préjudicielle de constitutionnalité, ce qui permettrait à la France de retrouver, lorsque cela est nécessaire et encore possible, une maîtrise interne des droits fondamentaux. Un mécanisme efficace de protection constitutionnelle entraîne, semble-t-il, une diminution des recours devant la juridiction européenne (29). Cette efficacité postule une prise en compte des soucis des justiciables et une adéquation de la formulation des principes constitutionnels avec la justice du quotidien.

La juridictionnalisation se traduira donc, peut-être, dans la pratique à venir ; il est bien regrettable, cependant, que la loi constitutionnelle de 2008 n'ait pas voulu la réaliser pleinement en réformant l'institution elle-même.

B - L'absence d'incidence sur l'institution : une juridictionnalisation inachevée

La question préjudicielle, instrument privilégié de dialogue entre les juges, confère plus clairement un rôle juridictionnel au Conseil. Or, ce rôle ne pourra être correctement rempli et parfaitement légitimé qu'à la condition d'une réforme du Conseil lui-même. Ce sont sa composition (30), le mode de désignation de ses membres et la procédure du contrôle de constitutionnalité qui devraient être révisés.

En ce qui concerne la composition, la présence d'anciens présidents de la République, intervenant épisodiquement dans la vie politique, devrait être exclue (31). Les modalités de désignation des membres devraient être revues ; à ce propos, la présence de spécialistes du droit privé et du droit pénal, en particulier, est une nécessité pour réorienter la motivation des décisions à venir, à la fois, comme cela a déjà été dit, pour prendre en compte des données factuelles, mais aussi pour assurer une motivation techniquement plus précise au regard des questions de droit privé et de droit pénal qui seront à aborder.

Mais la mue paraît difficile, comme l'illustre le refus, lors de la réforme de juillet 2008, d'être rebaptisé « Cour constitutionnelle » (32).

Une procédure plus teintée de contradictoire devrait voir le jour. Certes, le Conseil, même saisi *a posteriori*, ne connaîtra qu'indirectement des faits, mais la juridictionnalisation devrait tout de même conduire à ce que les différentes parties au litige lui soumettent un mémoire exposant les arguments constitutionnels et leurs implications pratiques. Ces parties ne devraient pas, seulement, être celles qui soulèvent l'inconstitutionnalité d'une loi, mais l'ensemble de celles qui sont intéressées par la solution du litige. Un auteur (33) envisage même l'instauration d'une audience publique devant le Conseil au cours de laquelle seraient entendues les parties et assurée la représentation du Parlement pour formuler ses observations sur la disposition législative contestée. Mais ne risque-t-on pas, alors, un mélange des genres conduisant à politiser le débat ?

Dans tous les cas, cette amélioration procédurale contribuerait, évidemment, à l'évolution de

la motivation des décisions.

Ces transformations du Conseil ne sont pas seulement opportunes, elles sont essentielles lorsqu'on sait que la Cour européenne des droits de l'homme peut contrôler la procédure d'une Cour constitutionnelle dès lors que la décision de celle-ci peut influencer sur l'issue d'un litige débattu devant les juridictions ordinaires (34).

En guise de conclusion : si les juges, judiciaires et administratifs, décidaient de s'effacer devant le Conseil constitutionnel pour lui faire jouer seul le rôle d'interprète de la Constitution, celui-ci « se transformerait alors en cour suprême, située nécessairement au sommet de l'édifice juridictionnel » (35). Non seulement il jouirait d'un monopole dans l'interprétation de la Constitution qui, pourtant, a vocation à s'appliquer dans les contentieux concrets, mais encore ses décisions *a posteriori* auront un effet direct et obligatoire sur la procédure juridictionnelle en cours. « Cet effet substantiel sur la décision du juge du fond aurait en réalité une incidence majeure sur l'organisation juridictionnelle » (36). Il appartient, plutôt, aux Hautes cours des deux ordres de conserver leur souveraineté en s'assurant une part active dans ce contrôle de constitutionnalité dont l'efficacité, dans l'intérêt du justiciable, repose, en premier lieu, sur leurs épaules.

Mots clés :

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * Exception d'inconstitutionnalité * Question préjudicielle * Juge ordinaire * Rôle

(1) L'auteur remercie la *Revue de sciences criminelles* d'avoir autorisé la publication de ce texte extrait de la chronique de Droit pénal constitutionnel, à paraître dans son n° 1 de 2009.

(2) Par exemple : M. Fromont, La justice constitutionnelle en France ou l'exception française, *in* Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges G. Conac, Economica, 2001, p 167 s. ; A.-M. Le Pourhiet, Le Conseil constitutionnel et sa réforme, LPA, 10 juill. 2008. 69. Pour des éléments de droit comparé : L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : droit, pratique, politique, études réunies par O. Pfersmann, *in* Les Cahiers du conseil constitutionnel, n° 10, 2001. 110 s.

(3) A.-M. Le Pourhiet, L'injustice constitutionnelle, *in* Mélanges L. Favoreu, Dalloz, 2007, p. 223, spéc. p. 226 : « La majeure partie de la doctrine constitutionnaliste française, peut-être encore dans la foulée de l'école aixoise et de son engouement pour le Conseil constitutionnel, semble cependant incapable d'envisager une dissociation entre ledit Conseil et le contrôle de constitutionnalité des lois. Le seul remède envisagé aux lacunes de notre système est donc le sempiternel renvoi préjudiciel des juges ordinaires au Conseil constitutionnel, comme s'il était encore inconcevable que les juges judiciaire et administratif appliquent et interprètent la Constitution française ».

(4) On lira avec intérêt : P. Mbongo, Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception de constitutionnalité, D. 2008. Chron. 2089 . La présente étude était rédigée lorsque est paru l'article très riche de G. Drago, Exception d'inconstitutionnalité. Prolègomènes d'une pratique contentieuse, JCP G 2008. I. 217.

(5) T. Renoux et M. de Villiers, Code constitutionnel, Litec, 2005, p. 1499 et spéc. p. 1525 : Rapport du comité consultatif pour la révision de la Constitution, remis au président de la République le 15 févr. 1993.

(6) Faut-il accorder la possibilité d'invoquer à nouveau la question préjudicielle devant la juridiction de jugement si elle a été rejetée ? G. Drago, Contentieux constitutionnel français, PUF, 2006, 2e éd., n° 631. Cette hypothèse paraît inutilement alourdir la procédure si lors de l'instruction la réponse a été apportée par la chambre de l'instruction et qu'un pourvoi en cassation est possible, à moins, évidemment, que la question posée soit différente.

(7) G. Drago, *op. cit.*, exclut que la question préjudicielle soit posée à la cour d'assises puisqu'elle l'aura été lors de l'instruction. Mais l'on peut opposer que la nature de la question peut être différente.

(8) T. Renoux et M. de Villiers, *op. cit.*, p. 1525.

(9) Art. 68-2 de la Constitution. V. P. Cassia, Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité ?, RFDA 2008. 877 . L'exclusion concerne également la Haute Cour (art. 67 et 68 Const.).

(10) P. Mbongo, *op. cit.*

(11) G. Drago, *op. cit.*, n° 632.

(12) Une loi pourrait ainsi être à nouveau contrôlée au regard d'un principe dont la proclamation constitutionnelle est postérieure au contrôle de la loi. Le Conseil lui-même semble admettre cette hypothèse (Cons. const. 15 mars 1999, n° 99-410 DC, AJDA 1999. 324 , note J.-E. Schoettl ; D. 2000. Somm. 116 , obs. G. Roujou de Boubée, et 199, obs. J.-C. Car.

(13) Se pose la question de la signification du considérant balai, ainsi rédigé : « il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ». Cela signifie-t-il que l'ensemble de la loi est désormais à l'abri des critiques ? La réponse est apportée par un membre du Conseil : « Quant il dit, il n'y a pas lieu de soulever aucune question de conformité à la Constitution, il veut simplement dire qu'il n'a pas relevé en l'espèce d'office une disposition pour reconnaître son inconstitutionnalité. Mais ceci ne vaut en aucun cas brevet de constitutionnalité de toutes les autres dispositions » (intervention de M. Dutheillet de Lamothe, *in* L'application de la Constitution par les cours suprêmes, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 202).

(14) P. Cassia, *op. cit.*

(15) A. Roux, Le nouveau Conseil constitutionnel - Vers la fin de l'exception française ?, JCP G 2008. I. 175, spéc. n° 36.

(16) Une décision de renvoi de la question au Conseil constitutionnel ne sera pas susceptible de recours et s'analyse en une mesure d'administration judiciaire : P. Cassia, *op. cit.*

(17) Cons. const. 8 juill. 1989, n° 89-258 DC (D. 1990. Somm. 138 , obs. D. Chelle et X. Prétot) : « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont en substance un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ».

(18) G. Drago, Le Conseil constitutionnel à la croisée des chemins, *in* Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008, p. 315 ; R Badinter, L'exception d'inconstitutionnalité, garantie nécessaire du citoyen, JCP G 1992. I. 3584, « (...) tous les participants au procès pourront soulever l'exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi dont la constitutionnalité n'aurait pas été antérieurement vérifiée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, les questions de constitutionnalité cesseront d'être exclusivement des thèmes réservés aux spécialistes et aux colloques académiques. Elles seront l'enjeu de débats judiciaires effectifs. Et cela me paraît capital pour l'institution judiciaire elle-même, puisque la défense des droits fondamentaux des justiciables est au coeur de la mission du juge ».

(19) A. Roux, *op. cit.*, spéc. n° 29.

(20) N. Molfessis, *Justices*, n° 3/1996. 330.

(21) G. Drago, *op. cit.*, n° 325.

(22) Cons. const. 22 janv. 1999, déc. n° 98-408 DC, D. 1999. Jur. 285 , note P. Chrestia, 2000. Somm. 111, obs. M.-H. Gozzi, Somm 196, obs. S. Sciortino-Bayart, et 2001. Chron. 949, par P.-H. Prélot ; AJDA 1999. 230 , note J.-E. Schoettl ; RFDA 1999. 285 et 717 , obs. B. Genevois, 715 , obs. P. Avril ; RSC 1999. 353 , obs. J.-F. Seuvic, 497 , obs. E. Dezeuze, et 614 , obs. A. Giudicelli.

(23) Cass., ass. plén., 10 oct. 2001, Bull. n° 11 ; D. 2002. Jur. 237 , note C. Debbasch, et 674, note J. Pradel ; D. 2001. Chron. 3365, par L. Favoreu ; RFDA 2001. 1169 , note O. Jouanjan et P. Wachsmann, et 1187 , étude O. Beaud ; RTD civ. 2002. 169 , obs. N. Molfessis ; RSC 2002. 128 , obs. A. Giudicelli, et 676 , obs. V. Bück.

(24) CEDH 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzalez c/ France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, D. 2000. Somm.184 , obs. N. Fricero ; RFDA 2000. 289 , obs. B. Mathieu, et 1254 , obs. S. Bolle ; RTD civ. 2000. 436 et 439 , obs. J.-P. Marguénaud, et 629 , obs. R. Perrot.

(25) T. di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, *Economica-PUAM*, 1997, p. 125 ; Réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* La constitutionnalisation des branches du droit, Actes du IIIe congrès de l'Association française des constitutionnalites, sous la dir. de M. Verpeaux et B. Mathieu, *Economica-PUAM*, 1998, p. 27. Selon la théorie du « droit vivant », le droit appliqué a vocation à passer dans la jurisprudence constitutionnelle pour assurer plus de cohérence.

(26) V. les observations particulièrement intéressantes de Me Capron, La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation, *in* La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Economica*, Etudes juridiques, t. 8, 1999, p. 175.

(27) P. Mbongo, *op. cit.*

(28) Me Capron, *op. cit.*

(29) J.-P. Costa, Les débuts de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme, *in* La France et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, XXVe anniversaire de la ratification de la Convention, Europe, hors série, 1999. 8 : « On peut d'ailleurs observer qu'il y a à Strasbourg moins de recours contre l'Allemagne ou l'Espagne, car il existe dans ces pays des recours constitutionnels ouverts aux citoyens. Leur existence même rend moins indispensables et en tout cas moins fréquentes les requêtes dirigées contre ces deux pays devant la Cour européenne des droits de l'homme ».

(30) La réforme de juillet 2008 a très timidement encadré la nomination des membres du Conseil : A Roux, *op. cit.*

(31) R. Badinter, Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel, *in* Mélanges Favoreu, Dalloz, 2007, p. 513.

(32) L'Assemblée nationale a refusé ce changement proposé par le Sénat à l'initiative de R. Badinter : Assemblée nationale, rapport au nom de la Commission des lois n° 1009, par J.-L. Warsmann ; Sénat, rapport au nom de la commission des lois n° 463, par J.-J. Hyest.

(33) P. Cassia, *op. cit.*

(34) CEDH 29 mars 1989, *Bock c/ Allemagne*, § 37, à propos du respect du délai raisonnable de jugement garanti par l'art. 6 de la Convention : « (...) une procédure devant la Cour constitutionnelle d'un Etat entre en ligne de compte dans certaines situations pour délimiter la période pertinente. Il en va ainsi lorsque la décision d'une telle cour pouvait influencer sur l'issue du litige débattu devant les juridictions ordinaires. L'applicabilité de l'article 6 § 1 (art. 6-1) à

l'examen d'un recours constitutionnel dépend donc du fond et de l'ensemble des données de chaque cas d'espèce » ; 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, § 35 : « D'après une jurisprudence bien établie de la Cour, une instance devant une cour constitutionnelle entre en ligne de compte pour calculer la période à examiner lorsque son résultat peut influencer sur l'issue du litige débattu devant les juridictions ordinaires ». Quant à savoir si, outre la question du délai raisonnable, l'article 6 s'applique de façon générale, notamment en ce qui concerne le caractère équitable de la procédure, il semble que la Cour européenne soit prudente, prenant en compte les spécificités des juridictions constitutionnelles, mais ne refuse pas, par principe, une applicabilité générale des garanties européennes. V. P. Tavernier, *Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ?*, in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges G. Conac, Economica, 2001, p. 255.

(35) G. Drago, *op. cit.*, n° 665.

(36) *Idem.*