

Recueil Dalloz 2008 p. 2089

Droit au juge et prééminence du droit

Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité

Pascal Mbongo, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers, Visiting research scholar à la New York University

L'essentiel

De l'« exception d'inconstitutionnalité », il a été dit, par les uns, qu'elle favoriserait une protection effective des droits garantis par la Constitution, et, par les autres, que, loin d'ajouter quelque chose au libéralisme institutionnel français, elle serait une source de « désordre » juridictionnel. L'on voudra plutôt partir ici de cette idée que nul ne peut rationnellement prévoir ce que peut « produire » cette procédure dans le contexte français pour une raison qui tient à sa nature même. En effet, l'exception d'inconstitutionnalité n'est ni une procédure pour les constitutionnalistes, ni une procédure pour « les citoyens » : il s'agit d'abord et avant tout d'une ressource procédurale et argumentative nouvelle pour les avocats. On s'en réjouira évidemment si l'on prend au sérieux la vocation libérale de l'avocat, ce qui est loin d'être le cas dans une culture juridico-politique où l'on accorde plus volontiers aux juges qu'aux avocats le label de « gardiens des libertés » et où l'anti-juridisme a la vie dure. Surtout, on s'étonnera de voir naître en France un nouvel élément de droit processuel sans que les premiers intéressés, les avocats (qu'il s'agisse de leurs organes professionnels ou des écoles d'avocats), n'aient été consultés ni même seulement informés.

L'idée de créer en France une procédure dite d'« exception d'inconstitutionnalité » (1) ou une « question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative » n'est certes pas nouvelle puisqu'elle avait déjà été formée en 1990 puis renouvelée en 1993 par la commission Vedel (2), ces deux moments ayant définitivement élaboré les principes (principes démocratiques, exigences de la prééminence du droit) constitutifs du contre-champ idéologique de cette procédure, ainsi d'ailleurs que sa justification en termes de cohérence de l'ordre juridique ou de « nationalisme juridique » (3). Tout au plus peut-on insister sur une ambiguïté du libéralisme porteur en France de ce projet. « L'effectivité des droits fondamentaux », avons-nous soutenu, « dépend également de la culture politique à laquelle ces droits sont adossés. Et la culture politique considérée comme étant la plus favorable à cette effectivité est celle qui présuppose ou suppose une société capable de s'autoréguler (...). Or, si l'on admet l'hypothèse qu'en France nous sommes plutôt dans une culture politique caractéristique d'une société régulée par l'Etat, l'on peut se demander si la conception des droits fondamentaux se dégageant du Rapport de la commission Balladur s'inscrit bien dans cette culture - auquel cas serait-on en présence d'une conception élitiste, pour ne pas dire « aristocratique » des droits fondamentaux - ou si elle relève d'une tentative de dépassement de cette culture politique. Cette question (...) semble devoir être posée dans la mesure où l'un des repoussoirs les plus prégnants du discours politique et doctrinal [français] est la « juridicisation » et la « judiciarisation » des rapports sociaux. Comment concilier dès lors le nouveau catalogue des droits fondamentaux envisagé - c'est-à-dire par hypothèse de nouveaux « objets contentieux » - avec, d'une part, l'exception d'inconstitutionnalité confiée aux juges ordinaires et au Conseil constitutionnel, et, d'autre part, cette prévention que [la culture politique française] a par ailleurs contre une société judiciarisée ? » (4).

L'on voudra plutôt envisager ici l'ingénierie formelle de l'*exception d'inconstitutionnalité* ou de la *question préjudicielle de constitutionnalité* (pour parler comme les puristes), sa consistance

exacte du point de vue du droit processuel, telle qu'elle découle de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (5). L'introduction de cette procédure dans le droit français découle donc de l'adjonction d'un article 61-1 nouveau dans la Constitution et en l'adjonction subséquente d'un alinéa 2 à l'article 62 de la Constitution (6) dont la compréhension exacte peut être organisée autour de quatre questions. Quelles dispositions législatives sont susceptibles d'être contestées dans cette procédure (I) ? Quel(le)s libertés et droits fondamentaux seront garantis dans ce nouveau contexte procédural (II) ? Qui soulève concrètement l'exception d'inconstitutionnalité (III) ? Que fait le Conseil constitutionnel, une fois saisi (IV) ?

I - Quelle(s) disposition(s) législative(s) ?

L'exception d'inconstitutionnalité doit permettre au Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité aux libertés et droits fondamentaux garantis par la Constitution de dispositions législatives. De quelles dispositions législatives s'agira-t-il ?

La question initiale posée au gouvernement et aux parlementaires sur ce point se rapportait au fait de savoir s'il devait s'agir des seules dispositions législatives promulguées sous l'empire de la Constitution de 1958 ou s'il devait encore s'agir de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Le projet gouvernemental avait tranché dans le premier sens et le Parlement a, pour sa part, préféré la deuxième solution consistant à intégrer dans le champ d'application de l'exception d'inconstitutionnalité les dispositions législatives *promulguées avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958* et non expressément abrogées entre-temps. Deux catégories de textes antérieurs à la Constitution de 1958 sont ainsi visées. Il s'agit en premier lieu de tous les textes adoptés selon les formes de la procédure législative en vigueur au moment de leur élaboration, sans considération du point de savoir s'ils entreraient ou non dans le domaine législatif tel qu'il est aujourd'hui défini. Il s'agit également des textes de l'ancien droit encore en vigueur - ordonnances royales, édits, arrêts du conseil du Roi, décrets des assemblées révolutionnaires, sénatus-consultes impériaux, décisions des gouvernements provisoires de 1848, de 1870-1871 et de 1940-1944 (7) etc. (8).

La deuxième question qu'il fallait au gouvernement et au Parlement trancher portait sur le fait de savoir si, s'agissant des lois intervenues depuis 1958, il fallait circonscrire l'exception d'inconstitutionnalité aux seules lois qui n'avaient pas été déférées au Conseil constitutionnel ou s'il fallait étendre l'exception d'inconstitutionnalité, y compris à des lois déjà jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Après avoir envisagé dans un premier temps la première option, le gouvernement a finalement proposé le second terme de cette alternative, suivi dans cette voie par le Parlement.

La circonscription de l'exception d'inconstitutionnalité aux seules lois n'ayant pas été soumises au Conseil constitutionnel pouvait se justifier par deux arguments : le fait que le Conseil constitutionnel ait pris l'habitude de « soulever d'office » des moyens d'inconstitutionnalité autres que ceux avancés par les requérants ; l'autorité de chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution. La limitation de l'exception d'inconstitutionnalité aux seules lois n'ayant pas été déférées au Conseil constitutionnel se prête néanmoins à des critiques auxquelles le gouvernement et le Parlement - comme les auteurs des précédents projets d'exception d'inconstitutionnalité - n'ont pas été insensibles. En premier lieu, l'on peut faire valoir que cette limitation ne tient pas compte de ce que le Conseil constitutionnel n'a pas toujours pratiqué et ne pratique pas toujours la technique du « soulèvement d'office de moyens d'inconstitutionnalité » (9). D'autre part, l'on sait que la technique du « considérant-balai » pratiquée par le Conseil constitutionnel signifie précisément que le Conseil constitutionnel « n'accorde aucun « brevet de constitutionnalité » aux dispositions ni critiquées par les saisines, ni soulevées d'office » (10). En troisième lieu, une exclusion du champ d'application de l'exception d'inconstitutionnalité des lois déjà déférées au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution présuppose que le Conseil constitutionnel procède nécessairement à un examen intégral, systématique et rigoureux des lois qui lui sont ainsi déférées. Or, l'on peut faire l'hypothèse - recommandée notamment par des témoignages d'anciens membres du Conseil - que la Haute juridiction ne tend à satisfaire à ces exigences que pour des lois « importantes » au regard de considérations

politiques ou juridiques. Ce à quoi il convient d'ajouter que l'effectivité de ces exigences de systématicité, d'exhaustivité, de rigorisme est matériellement compromise par le délai (un mois) dans lequel le Conseil constitutionnel statue (11).

Il faudra encore à la loi organique, et le cas échéant aux juges, dire le statut de certains textes au regard de la nouvelle procédure. Il en va ainsi des ordonnances de l'article 92 (ancien) de la Constitution. Bien que cet article de la Constitution ait été abrogé, les ordonnances prises sur son fondement ne continuent pas moins d'exister. Relèveront-elles de la notion de « dispositions législatives » prévue par le texte de la réforme ? Dans le sens d'une réponse affirmative, il y a le fait que ces ordonnances ont eu force de loi dès leur publication (12) et que nombre d'entre elles ont précisément été modifiées selon la procédure législative ordinaire depuis l'expiration de la période transitoire de mise en application de la Constitution du 4 octobre 1958. De même, l'on peut s'interroger sur le statut des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, dès lors évidemment qu'elles auraient fait l'objet d'une ratification explicite ou implicite par la loi. L'on peut ici raisonnablement répondre de la même manière que pour les ordonnances de l'article 92 (ancien) de la Constitution.

Le statut, au sein de l'exception d'inconstitutionnalité, des dispositions de lois organiques ou de lois adoptées par référendum ne demandera pas moins à être précisé. S'agissant d'abord des dispositions de lois organiques, il serait logique qu'elles échappent au contrôle par voie d'exception, non pas tant en raison de leur hypothétique appartenance au « bloc de constitutionnalité », mais plus sûrement parce qu'elles font l'objet d'un contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel en application des dispositions de l'article 61, alinéa 1er, de la Constitution. En même temps, dès lors que le gouvernement s'est approprié l'idée que des dispositions de lois ordinaires déjà jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel peuvent elles aussi se prêter à une exception d'inconstitutionnalité, il y aurait quelque chose de logique à admettre que des dispositions de lois organiques rentrent elles aussi dans le champ d'application de la procédure envisagée. Quant aux dispositions de lois référendaires, deux thèses sont envisageables à leur propos : ou bien considère-t-on que le Conseil constitutionnel est « enfermé » dans sa décision du 6 novembre 1962 (13) par laquelle il s'interdit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi référendaire ; ou bien considère-t-on qu'un contrôle par voie d'exception des dispositions de lois référendaires est possible à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de contestations portant sur des dispositions d'une loi d'origine parlementaire modifiant une loi référendaire. La deuxième inclination serait conséquente avec la décision du 9 janvier 1990 par laquelle le Conseil a reconnu au Parlement le pouvoir de modifier par voie législative « ordinaire » une loi référendaire.

Quant aux mesures prises par le président de la République en application de l'article 16 de la Constitution et rentrant dans le domaine de la loi - puisque, en effet, ces dispositions ont valeur législative -, le silence de la révision constitutionnelle sur ce point peut être interprété de deux manières : soit - hypothèse 1 - dans le sens d'un contrôle par voie d'exception de celles des mesures prises par le président de la République en application de l'article 16 et entrant dans le domaine de la loi. Cette analyse serait en cohérence avec le contrôle de légalité exercé par le Conseil d'Etat sur celles des mesures prises par le président de la République en application du même article 16 et n'entrant pas dans le domaine de la loi ; soit - hypothèse 2 - dans le sens d'un non-contrôle du Conseil constitutionnel sur de telles mesures, compte tenu de ce qu'un tel contrôle de la part du Conseil modifierait la rationalité de l'article 16 (14).

Il est remarquable par ailleurs que la révision constitutionnelle dispose que le Conseil appréciera la conformité d'une « disposition législative » et non la conformité d'une *loi*, comme envisagé par la commission Ballardur. La référence à une « disposition législative » a en effet l'avantage de bien faire ressortir que l'exception d'inconstitutionnalité ne serait pas invocable contre un *article de loi* ou contre une *loi entière* mais plutôt contre un énoncé normateur *et* de valeur législative. Il est de fait que le juge administratif et le juge judiciaire, dans l'exercice de leurs compétences respectives, n'ont quasiment jamais à appliquer une loi entière mais seulement des « dispositions » de telle ou telle loi applicables au litige X, Y ou Z dont ces juridictions sont saisies. Il faut encore voir que la référence aux « disposition(s) législative(s) » est opportune pour désigner les énoncés législatifs normateurs et pour exclure les énoncés non

normateurs. Cette solution est logique, entre autres choses, avec d'une part la jurisprudence aux termes de laquelle tout énoncé contenu dans une loi (15) ou annexé à une loi (16) n'est pas nécessairement normateur (17), et d'autre part avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'intelligibilité et à l'accessibilité de la loi, laquelle tend notamment à proscrire les énoncés législatifs non normateurs (18).

II - Quelles normes constitutionnelles de référence : les « droits et libertés garantis par la Constitution »

Cette référence aux « droits et libertés garantis par la Constitution » (rédaction du gouvernement) ou « aux droits et libertés que la Constitution garantit » (rédaction des parlementaires) est à la fois claire et obscure (19). Elle est claire en tant qu'elle a été préférée à celle de « Constitution » (ou à celle de « bloc de constitutionnalité » dont on sait qu'elle n'est pas une catégorie juridique mais une catégorie doctrinale). Ainsi, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut servir à la mise en cause de la régularité externe d'un texte ou à la contestation de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. D'autre part, l'exception d'inconstitutionnalité n'engage pas à une confrontation d'une disposition législative à l'ensemble du « bloc de constitutionnalité » mais seulement aux « droits et libertés garantis par la Constitution ». Enfin, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne dit mot du contrôle par voie d'exception de la constitutionnalité des traités et des accords internationaux engageant la France. Cette question pouvait d'autant plus se poser que le Conseil constitutionnel considère que, saisi de la constitutionnalité d'une loi de ratification d'un traité ou d'une convention internationale sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, son contrôle pouvait consister en pareille occasion en un examen de la conformité à la Constitution de l'engagement international lui-même, tel que ce dernier contrôle aurait pu se faire sur le fondement de l'article 54 de la Constitution (20). Dans cette mesure, l'on peut concevoir que la constitutionnalité d'un engagement international puisse être mise en cause à l'occasion de la contestation par voie d'exception de sa loi de ratification. L'hypothèse peut néanmoins être jugée théorique, tant il est vrai que les lois de ratification ou d'approbation ne contiennent pas grand-chose en dehors de l'énoncé autorisant la ratification ou l'approbation par le pouvoir exécutif.

La référence aux « droits et libertés garantis par la Constitution » (ou « aux droits et libertés que la Constitution garantit ») est cependant obscure à plusieurs égards. En réalité, la loi constitutionnelle vise les droits et libertés *consacrés par l'ensemble des textes et principes de valeur constitutionnelle*, puisque, en effet, la Constitution n'épuise pas le « bloc de constitutionnalité » et que, précisément, des droits et des libertés figurent ailleurs que dans la Constitution *stricto sensu* (il en existe dans la Déclaration des droits de l'homme, parmi les « Principes de valeur constitutionnelle », parmi les « Objectifs de valeur constitutionnelle »).

D'autre part, la rédaction retenue repose sur le présupposé selon lequel la distinction entre les éléments constitutionnels relatifs aux « droits et libertés » et ceux qui ne se rapportent pas aux « droits et libertés » est évidente. Or, il s'agit d'une fausse évidence pour diverses raisons. En effet, certaines dispositions constitutionnelles se rapportent moins, à proprement parler, aux libertés et aux droits (21) qu'à des *garanties fondamentales* ou à des *garanties essentielles* des droits et des libertés. Par ailleurs, certaines dispositions constitutionnelles (ex. : le principe de précaution, la parité entre hommes et femmes, etc.), sans contenir « en elles-mêmes » une liberté ou un droit, ont néanmoins vocation à rejaillir sur le régime des droits et des libertés. On rappellera également que toutes les dispositions de la Déclaration de 1789 ou du Préambule de la Constitution de 1946 ne se rapportent pas aux droits et aux libertés ; qu'ainsi une lecture stricte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 demande précisément de distinguer entre les dispositions de ces textes constitutionnels selon qu'elles se rapportent aux libertés et aux droits ou qu'elles ne s'y rapportent pas.

En troisième lieu, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne dit mot du statut des engagements de la France au sein des Communautés européennes et de l'Union européenne dans le contexte de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité. La question ne se pose à vrai dire que pour les directives européennes, et plus précisément dans l'hypothèse où leur transposition en droit interne prend la forme d'une loi. Les dispositions de cette loi de

transposition peuvent-elles être l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité ? En 1990, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale (Michel Sapin) répondait par l'affirmative : « Cette loi devrait pouvoir donner lieu à exception d'inconstitutionnalité, car elle ne constitue pas une catégorie juridique spéciale. Si cette exception aboutissait elle-même à une déclaration d'inconstitutionnalité, il conviendrait [alors] soit d'adopter une nouvelle législation qui concilierait les impératifs constitutionnels et ceux de la directive - ce qui n'est pas nécessairement exclu -, soit, pour la France, de négocier avec les instances communautaires une nouvelle directive ; le problème sortirait alors du domaine du droit constitutionnel pour entrer dans celui du droit international public, avec une éventuelle mise en cause de la responsabilité nationale au regard de l'exécution des engagements internationaux ». Sans doute est-ce en raison de la difficulté à réviser la Constitution de la Ve République que M. Sapin n'avait pas cité, entre autres moyens de résoudre un tel problème, celui consistant à modifier la Constitution sur le point litigieux.

En tout cas, la présence de lois de transposition des directives dans le champ d'application de l'exception d'inconstitutionnalité serait cohérente avec la jurisprudence par laquelle le Conseil constitutionnel a récemment défini les conditions dans lesquelles il peut exercer son contrôle sur les lois de transposition des directives (22). Il reste qu'afin de conjurer notamment le risque de voir l'exception d'inconstitutionnalité servir trop souvent à une contestation dans l'ordre juridique interne des directives européennes, la loi organique pourrait vouloir donner aux lois de transposition des directives européennes une originalité statutaire au sein de la nouvelle procédure, par exemple en n'admettant de contestation par voie d'exception que des seules dispositions législatives de transposition de directives européennes qui n'auraient pas été déférées au Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution.

III - Qui soulève l'exception d'inconstitutionnalité ?

En droit, et contrairement à la présentation qui en est faite par les médias, la procédure proposée par le gouvernement ne consiste donc pas en « l'ouverture aux citoyens d'un recours direct devant le Conseil constitutionnel pour violation des droits fondamentaux » mais en une procédure de question préjudicielle en inconstitutionnalité d'une disposition législative déjà promulguée. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 se caractérise ici à la fois par des choix clairs et par des choix-obscurs que doit éventuellement préciser la loi organique sur deux séries d'enjeux : le soulèvement proprement dit de l'exception ; le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

A - Le soulèvement proprement dit de l'exception d'inconstitutionnalité : la médiation des avocats et des juges « de base » ou d'appel

Du texte de la révision, il ressort que l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, les tribunaux de proximité, les tribunaux de police, les juridictions prud'homales, les tribunaux de grande instance, les cours d'appel, la Cour de justice de la République (23), le Conseil d'État et la Cour de cassation. En revanche, le texte de la révision ne retient pas la proposition de la commission Balladur - celle-ci reprenait d'ailleurs elle-même une idée déjà proposée en 1990 - d'envisager le soulèvement de l'exception d'inconstitutionnalité devant « toute autre juridiction française ne relevant ni de l'un ni de l'autre », c'est-à-dire ne relevant ni de la Cour de cassation, ni du Conseil d'État, ce qui est le cas du Tribunal des conflits ou de la Haute Cour.

Les questions que ne tranche pas la révision constitutionnelle sont assez nombreuses. La première de ces questions porte sur le fait de savoir si l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être invoquée que par un justiciable ou si elle peut l'être par ailleurs *par la juridiction elle-même*. Le texte présenté pour avis au Conseil d'État se prononçait en faveur d'une circonscription de la faculté de soulever l'exception d'inconstitutionnalité au justiciable seul, par la voix de son conseil (24).

L'exception d'inconstitutionnalité peut-elle être soulevée dans la phase de mise en état d'une affaire (et même, en matière pénale en particulier, dès la phase de l'enquête préliminaire et de l'enquête de flagrance, puis dans le cadre de l'instruction) ou seulement dans la phase de

jugement ? En 1990, le projet de loi organique préparé par le gouvernement prévoyait qu'un justiciable aurait pu soulever l'exception aussi bien devant toute juridiction relevant du Conseil d'Etat, devant toute *juridiction de jugement* relevant de la Cour de cassation - à l'exception de la cour d'assises (25) - et même devant toute *juridiction d'instruction* relevant de la Cour de cassation. Cette définition extensive des juridictions devant lesquelles l'exception d'inconstitutionnalité aurait pu être invoquée avait été jugée « éminemment souhaitable dès lors que l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a pour objectif essentiel de renforcer la protection juridique des droits fondamentaux ».

Pour ce qui est des juridictions d'instruction relevant de la Cour de cassation, leur incorporation en 1990 dans la procédure alors envisagée avait été jugée nécessaire dans la mesure où « les mesures d'instruction prises en application des textes de procédure pénale sont, par nature, susceptibles de porter atteinte à la liberté des personnes », qu'ainsi, au regard de l'objectif poursuivi par la réforme constitutionnelle, « exclure les juridictions d'instruction de son champ d'application eût ôté à [la] réforme une part de sa portée pratique ». En même temps, l'on avait conçu en 1990 des règles permettant de concilier la protection de l'ordre public avec la protection des droits des personnes détenues. Il était ainsi prévu que lorsque la personne soulevant l'exception était en détention, la juridiction d'instruction aurait statué dans les trente jours du dépôt à son greffe de la requête écrite soulevant l'exception. D'autre part, le projet de loi organique qui accompagnait en 1990 le projet de loi constitutionnelle avait spécifié que la transmission de la question d'inconstitutionnalité à la Cour de cassation par la juridiction d'instruction (ou par le ministère public) ne pouvait avoir pour effet de suspendre le cours de l'information judiciaire. En troisième lieu, le projet de loi organique prévoyait qu'en matière contraventionnelle ou délictuelle, la décision par laquelle une juridiction eût refusé de transmettre la question à la Cour de cassation n'eût pas été susceptible de recours mais que la question eût néanmoins pu être à nouveau soulevée devant la juridiction de jugement. Enfin, en matière criminelle, la décision par laquelle la juridiction d'instruction du second degré - c'est-à-dire la chambre d'accusation [aujourd'hui la chambre de l'instruction] de la cour d'appel - aurait refusé de transmettre la question d'inconstitutionnalité n'aurait pas pu faire l'objet d'un pourvoi en cassation indépendamment de l'arrêt ordonnant le renvoi devant la juridiction de jugement.

Que doivent faire les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, les tribunaux de proximité, les tribunaux de police, les juridictions prud'homales, les tribunaux de grande instance et les cours d'appel lorsqu'ils sont saisis d'une exception d'inconstitutionnalité, puisque le texte gouvernemental prévoit que seuls le Conseil d'Etat et la Cour de cassation pourront saisir le Conseil constitutionnel ? Deux possibilités étaient ici envisageables.

La première solution aurait voulu que la juridiction administrative ou judiciaire de premier niveau ou de deuxième niveau initialement saisie prenne simplement acte de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant elle et invite le justiciable à la soulever lorsque son affaire se présenterait devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Cette solution a été écartée par le gouvernement et par les députés, sinon le texte de la révision eût-il prévu qu'une exception d'inconstitutionnalité est susceptible d'être « soulevée par un justiciable devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour de cassation ». La deuxième solution - celle qui a fait consensus - veut que la juridiction administrative ou judiciaire subordonnée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation et initialement saisie, après avoir considéré que l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant elle est légitime, pertinente ou sérieuse, sursoit à statuer sur le litige à l'occasion duquel l'exception a été soulevée ; cette juridiction saisit alors le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation qui décide ensuite de la pertinence d'une saisine du Conseil constitutionnel. Ainsi, l'on a en réalité ici un double filtre : celui du juge administratif ou judiciaire de « rang inférieur » sur la pertinence ou le sérieux de la question posée ; celui du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation sur l'opportunité de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. En 1990, et c'est vraisemblablement le même dispositif que voudra retenir cette fois-ci encore le législateur organique, il était prévu que les juges ordinaires ne transmettent la question aux juridictions suprêmes de leurs ordres respectifs qu'à une triple condition : que la disposition contestée commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou le fondement des poursuites ; qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel « dans les motifs et le dispositif de sa décision » ; qu'enfin, la

question ne soit pas « manifestement infondée ».

Outre le respect de la tradition juridique voulant que les juridictions administratives et judiciaires s'interdisent de se prononcer par voie d'exception sur des questions de conformité à la Constitution de dispositions législatives, ces trois conditions étaient supposées répondre à certaines préoccupations : empêcher l'encombrement des deux juridictions supérieures de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, encombrement qui aurait pu résulter de leur saisine automatique par des juridictions inférieures ; éviter « la multiplication d'exceptions n'ayant pas d'autre but que de retarder l'issue de la procédure » ; préserver l'autorité de chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel.

Ainsi, l'allongement des procédures susceptible d'être provoqué par l'exception d'inconstitutionnalité - critique ordinairement faite à cette procédure - dépend en réalité de la manière dont ce double filtre sera pratiqué par les juridictions administratives et judiciaires (les juridictions subordonnées au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et, *in fine*, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation).

B - Le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel : la médiation de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat

Une fois saisi d'une exception d'inconstitutionnalité par une juridiction inférieure, que doivent faire le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ? Le texte de la révision n'est guère prolix sur ce point. En 1990, le projet de loi organique préparé par le gouvernement précisait les choses à plusieurs égards. Ainsi, aux termes de ce texte, les deux juridictions supérieures auraient été tenues de décider dans un délai de trois mois de saisir ou non le Conseil constitutionnel à la condition que la question présentât un « caractère sérieux ». Et, dans l'hypothèse où l'exception aurait été soulevée pour la première fois devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou devant la Cour de cassation, les deux juridictions supérieures n'auraient plus été tenues par une condition de délai mais devaient néanmoins s'assurer en cette occasion du « caractère sérieux » de la question.

D'autre part, l'on s'était interrogé en 1990 sur d'éventuels conflits de jurisprudences au sein de la Cour de cassation. Le projet de loi organique prévoyait alors que la gestion de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité au sein de la Haute juridiction judiciaire soit confiée à une formation nouvelle comprenant le premier président de la Cour de cassation et les présidents de chambres. Sur les conclusions du procureur général près la Cour, cette formation aurait décidé du renvoi de la question d'inconstitutionnalité au Conseil constitutionnel.

L'hypothèse d'une contradiction de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, saisi chacun d'un litige à l'occasion duquel une exception eût été soulevée contre une même disposition, avait également été envisagée en 1990 sans être traitée dans le projet de loi organique lui-même. Le gouvernement s'était dit convaincu qu'en pratique « une harmonisation serait recherchée par les deux juridictions supérieures ». Au demeurant, il avait été dit qu'il importait peu de savoir par qui (Conseil d'Etat ou Cour de cassation) le Conseil constitutionnel serait saisi ponctuellement à partir du moment où il le serait effectivement et que sa décision, en application de l'article 62 de la Constitution, se serait imposée « à toutes les autorités juridictionnelles pour l'avenir et pour l'ensemble des procédures ».

IV - Que fait le Conseil constitutionnel ?

Plusieurs questions sont à distinguer.

Quelles formalités le Conseil constitutionnel est-il susceptible d'accomplir une fois qu'il est saisi ? Le texte de la révision ne le précise guère (26). C'est donc la loi organique qui en déciderait. Le projet de loi organique de 1990 prévoyait ainsi que le Conseil constitutionnel devait aviser immédiatement le président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées parlementaires de chacune de ses saisines par voie d'exception. Le projet de loi organique de 1990 prévoyait encore que le Conseil constitutionnel pouvait statuer dans un délai de trois mois à compter de la saisine et ce « après avoir mis les parties à même de

présenter leurs observations ».

Il était encore dit que le Conseil constitutionnel devait rendre une décision motivée qui, publiée au *Journal officiel*, aurait également été notifiée au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation. Enfin, il était dit que la décision du Conseil constitutionnel n'eût pris effet qu'à compter de la date de sa publication au *Journal officiel*.

Le Conseil constitutionnel ne devrait statuer sur une question préjudicielle de constitutionnalité qu'après avoir pris connaissance *à la fois* : des arguments des avocats qui, devant le juge ordinaire, ont soulevé le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ; des arguments des avocats de la partie adverse dans ce litige. Cette « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel se recommande autant de la logique que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui veut que les prescriptions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme soient exigibles dans les procédures des juridictions constitutionnelles dont le résultat peut retentir sur l'issue d'un litige débattu devant les juridictions ordinaires (27).

Que devien(nent) la disposition ou les dispositions législatives déclarée(s) contraire(s) à la Constitution ? La loi constitutionnelle prévoit qu'elles sont « abrogée(s) à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision » (texte du gouvernement amendé par l'Assemblée nationale). Cette référence à « l'abrogation » permet de bien faire comprendre que la décision du Conseil constitutionnel emporte sortie de vigueur de la disposition litigieuse. L'on peut néanmoins discuter de la question de savoir si la notion d'*abrogation* est heureuse dans cette hypothèse où la disposition législative litigieuse disparaît de l'ordre juridique non pas par la volonté d'une autorité de rang égal à celle qui l'a édictée. La portée de cette « abrogation » devra néanmoins être précisée pour chaque cas par le Conseil constitutionnel, notamment dans les cas où une disposition législative n'est pas « détachable » d'autres dispositions législatives. En 1990, cette disparition de vigueur était prévue simplement par la mention selon laquelle les dispositions législatives censurées par le Conseil constitutionnel ne pouvaient pas s'appliquer « aux procédures postérieures à leur condamnation par le Conseil constitutionnel ».

Quelle est la portée de la décision du Conseil sur le procès en cours ? Alors que le texte soumis pour avis au Conseil d'Etat prévoyait que la disposition législative déclarée contraire à la Constitution « ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours », le gouvernement, suivi en cela par le Parlement, a renoncé à reprendre cet énoncé. Sans doute est-ce la loi organique qui reprendra cet énoncé à son compte. Quant à savoir enfin si les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur le fondement du futur article 61-1 pourront avoir un caractère rétroactif, la loi constitutionnelle l'envisage - à la différence de ce qui était envisagé en 1990 - tout en laissant le soin au Conseil constitutionnel d'en décider souverainement puisqu'il revient au Conseil de « détermine[r] les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition [législative litigieuse] a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Conclusion

La procédure d'exception d'inconstitutionnalité suppose de la part des juridictions administratives et judiciaires - et donc nécessairement des avocats - une familiarité accrue à la jurisprudence contemporaine et hypothétique du Conseil constitutionnel, et spécialement à la jurisprudence relative aux droits et aux libertés puisque, peu ou prou, évaluer le caractère « manifestement infondé » (les juridictions administratives et judiciaires subordonnées au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation) ou le « sérieux » (Conseil d'Etat et Cour de cassation) de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par un justiciable revient pour le juge « ordinaire » à faire un calcul de probabilités sur une censure par le Conseil constitutionnel de la disposition législative litigieuse. Autrement dit encore, la nouvelle procédure signifie *rationnellement* que si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation refusaient de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, c'est que l'un ou l'autre aura *nécessairement* considéré que la disposition législative contestée n'est pas contraire aux « droits et libertés garantis par la Constitution » tels qu'ils ressortent immédiatement du « bloc de constitutionnalité » et

médiatement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Encore ne faut-il pas surestimer le travail d'appropriation des normes constitutionnelles par les juridictions administratives et judiciaires qu'exige l'exception d'inconstitutionnalité.

D'abord, parce qu'il y avait des raisons objectives à certaines formes « d'indifférence » ou « d'éloignement » des juridictions administratives ou judiciaires (et donc des avocats plaissant devant elles) au travail du Conseil constitutionnel (caractère préventif du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, impossibilité pour les juridictions administratives ou judiciaires d'écarter la loi au bénéfice de normes constitutionnelles, écran législatif). Ensuite, parce que dans les cas où les juridictions administratives et judiciaires sont immédiatement soumises à une contrainte de constitutionnalité définie par le Conseil constitutionnel - c'est le cas des réserves d'interprétation au prix desquelles la conformité à la Constitution de certaines dispositions de loi est admise -, ces juridictions sont habituées à s'approprier cette interprétation (28). Enfin, parce que le travail herméneutique initial que devront faire les *avocats* et les *juges* avant de mettre en oeuvre l'exception d'inconstitutionnalité - autrement dit le calcul de probabilités sur la décision que pourrait rendre le Conseil constitutionnel sur la disposition législative - n'est pas substantiellement différent de celui qu'ils font déjà dans le cadre de l'examen de la « conventionnalité » d'une disposition de droit interne, que cette disposition soit d'ailleurs législative ou « infra-législative » (29).

Ce que l'appréhension « publiciste » de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité perçoit moins - peut-être à force de trop en attendre une « constitutionnalisation des branches du droit » (30) - c'est que l'institution d'une telle procédure exigera également du Conseil constitutionnel deux mutations importantes. La première de ces mutations 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. Parmi les décisions les plus récentes du Conseil constitutionnel, celle qui réunit de la manière la plus remarquable ces « pathologies » que n'autorisera plus la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, c'est la décision n° 2007-557 DC rendue le 15 novembre 2007 à propos de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, plus précisément aux dispositions de cette loi relatives aux « statistiques ethniques ». En effet, le Conseil constitutionnel y soutient que « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ». L'on reste sur sa faim dans la mesure où la lecture de la décision du Conseil constitutionnel ne dit nullement dans quelle mesure l'article 1er de la Constitution s'oppose aux statistiques ethniques. Et le président du Conseil constitutionnel le montre, en quelque sorte à son corps défendant, dans une explication de texte accordée au *Monde*. A la question de savoir pourquoi le Conseil s'est opposé aux statistiques ethniques, le président Debré a répondu : « Pour deux raisons. Cela n'avait rien à faire dans une loi sur l'immigration. Et nous avons voulu rappeler au législateur, s'il souhaite légiférer dans ce domaine, des règles de base : il est possible de se fonder sur des données objectives, comme le lieu de naissance ou la nationalité, mais certainement pas sur l'origine ethnique, ni sur la race. C'est inscrit dans l'article 1er de notre Constitution » (31). L'on n'était certes pas plus avancé sur le type d'interprétation (interprétation grammaticale, historique, fonctionnelle, etc.) de l'article 1er de la Constitution - soit une disposition rédigée dans un contexte où la question ne se posait guère et où la culture politique française était moins défiante à l'égard de la taxinomie ethno-raciale - dont le Conseil a inféré l'inconstitutionnalité des statistiques ethniques (32). Or, les commentaires doctrinaux qui font valoir que le Conseil constitutionnel a ainsi voulu défendre « l'universalisme républicain » français ne résolvent pas le problème de la justification constitutionnelle de l'incompétence législative pour instituer des statistiques ethniques (33). Tout au plus ces commentaires renseignent-ils sur la *signification politique* de la décision du Conseil constitutionnel, signification politique d'autant plus discutable d'ailleurs que l'on peut avoir une conception libérale (ou « républicaine » comme l'on dit en France) des différences et de l'espace public et être favorable aux statistiques ethniques.

L'autre mutation du Conseil constitutionnel qu'induit une procédure d'exception d'inconstitutionnalité consiste en une plus grande disponibilité intellectuelle à l'égard du « droit des juges et des avocats » (privatistes ou pénalistes) puisque, du fait même de sa composition par d'anciens acteurs gouvernementaux ou parlementaires et par des conseillers principalement porteurs d'une culture « publiciste », le Conseil constitutionnel a structurellement été plus habitué au « droit des parlementaires » et au « droit des professeurs de droit public ». Ce paramètre nous a toujours paru plus éclairant de certaines des approximations les plus notoires du Conseil constitutionnel sur des questions de « droit privé », de « droit pénal » ou de « procédure pénale », comme celle qui a consisté pour le Conseil constitutionnel en 1999 à penser la question de la responsabilité pénale du président de la République à partir d'une focale exclusivement « constitutionnaliste » au détriment d'une focale de droit processuel pénal - ce que fera la Cour de cassation dans l'arrêt *Breisacher* du 10 octobre 2001 (34) - qui lui aurait permis d'intégrer à son analyse les temporalités (poursuite, instruction, jugement) de la procédure pénale.

Mots clés :

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Contrôle de constitutionnalité * Exception d'inconstitutionnalité * Loi du 23 juillet 2008 * Bréviaire processualiste

(1) Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (« commission Balladur »), *Une Ve République plus démocratique*, La Doc. fr. - Fayard, 2007, 288 p.

(2) Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution. Rapport au président de la République*, La Doc. fr., 1993.

(3) Ce nationalisme se mesure dans cette idée que l'enracinement du contrôle de conventionnalité des actes infra-constitutionnels conduit le justiciable français « à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même » (rapport Balladur, *op. cit.*, p. 89).

(4) Intervention à la Journée de réflexion sur le rapport Balladur organisée à Paris le 17 janv. 2008 par l'Association française de droit constitutionnel.

(5) Loi n° 2008-724, JO 24 juill., p. 11890.

(6) L'art. 29 de la loi constitutionnelle introduit dans la Constitution un art. 61-1 ainsi rédigé :

« 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 détermine les conditions et réserves d'application du présent article ».

L'art. 30 de la loi constitutionnelle remplace le premier alinéa de l'art. 62 de la Constitution par deux alinéas ainsi rédigés : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

« 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 ».

(7) Il s'agit des actes dits de Vichy non abrogés à la Libération et les ordonnances prises par les gouvernements de la Libération.

(8) Il convient de se rappeler que pour ces textes, la détermination de leur caractère législatif ne dépend pas d'un critère formel ; qu'ainsi l'on détermine, au cas par cas, leur éventuel caractère législatif en fonction de critères déjà largement contenus dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de contentieux de la légalité.

(9) Note du Service juridique du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/portee.htm).

(10) *Ibid.*

(11) V. à ce sujet G. Carcassonne, L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel, in La qualité des décisions de justice, Editions du Conseil de l'Europe, Cahiers de la CEPEJ, n° 4, 2008. 139.

(12) CE 12 févr. 1960, *Sté Eky*, Lebon 101 ; S. 1960. 131, concl. Kahn ; D. 1960. 263, note Lhuillier ; JCP 1960. II. 11629 *bis*, note Vedel.

(13) Cons. const., n° 62-20 DC du 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Rec. Cons. const. 27.

(14) Cette interprétation a pour elle le fait que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas subverti la rationalité de l'art. 16 de la Constitution puisqu'elle prévoit seulement - ce qui n'est pas peu de chose il est vrai - de faire statuer le Conseil constitutionnel sur l'opportunité d'une levée des pouvoirs exceptionnels après trente jours d'exercice de ces pouvoirs et après soixante jours.

(15) Cons. const., n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. Cons. const. 170.

(16) CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, AJDA 1999. 462 , et 420, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D. 1999. IR. 111 ; RFDA 1999. 357 , obs. C. Maugüé, et 372 , obs. D. de Béchillon.

(17) V. not. J.-B. Auby, Prescription juridique et production juridique, RD publ. 1988. 674 ; D. de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Ed. Odile Jacob, 1997, spéc. p. 165 s. et 281 s.

(18) V. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000. Chron. 363 .

(19) En retenant la notion de « droits et libertés garantis par la Constitution » plutôt que celle de « libertés et droits fondamentaux » garantis ou reconnus par la Constitution, la révision constitutionnelle suggère qu'il y a quelque chose de tautologique à dire de droits et de libertés constitutionnels qu'ils sont « fondamentaux ». Cette démarche est donc étrangère aux débats doctrinaux sur la « fondamentalité » supposée de certains droits ; des débats qui, il est vrai, ont durablement surdéterminé les occurrences des notions de « libertés fondamentales » ou de « droits fondamentaux » dans la rhétorique des juges, pour inférer de ces occurrences une hypothétique « hiérarchisation » par les juges des droits et des libertés. Or, non seulement le Conseil constitutionnel ne croit plus devoir éprouver cette référence à la « fondamentalité » mais, en plus, une appréhension plus réaliste de ces références à la « fondamentalité » dans la rhétorique des juges administratifs et judiciaires insiste désormais davantage sur leur dimension instrumentale, soit qu'elles permettent au juge « d'activer (une) procédure ou (un) régime juridique particuliers », soit qu'elles permettent au juge de « régler un conflit de droits entre les parties au procès » (X. Dupré de Boulois, Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, JCP G 2007. I. 211, p. 13).

(20) Cons. const. n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, Rec. Cons. const. 36.

(21) Du moins si l'on définit un droit ou une liberté comme il se doit : une prérogative reconnue par un ordre juridique (droit) ou une faculté de faire ou de ne pas faire (liberté), étant admis par ailleurs que si toute liberté est un droit, l'inverse est moins vrai. Armé de cette définition, l'on conçoit aisément qu'il peut y avoir des libertés et des droits reconnus par des actes administratifs, qu'il peut y en avoir qui soient reconnus par des actes législatifs (l'avortement, le droit de réponse, etc.), qu'il peut encore y en avoir qui soient reconnus par des actes juridiques d'origine externe, qu'il peut enfin y en avoir qui soient reconnus par des actes ou des normes constitutionnels. Dans cette mesure, une « codification » des libertés et des droits constitutionnels n'a pour avantage hypothétique que de mettre de l'ordre dans les libertés et les droits constitutionnels sans pouvoir faire disparaître la production de libertés et de droits dans les strates infra-constitutionnelles de l'ordre juridique.

(22) Cons. const., n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. Cons. const. 101 ; D. 2005. Jur. 199 , note Mouton, et Pan. 1125, obs. Ogier-Bernaud et Severino ; AJDA 2004. 1534 , note Arrighi de Casanova, et 1937 , note Chamussy ; RFDA 2004. 651 , obs. Genevois ; RTD civ. 2004. 605 , obs. Encinas de Munagorri ; et n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. Cons. const. 88 ; C. Castets-Renard, D. 2006. Dossier 2157 .

(23) Cette juridiction doit en effet être considérée comme « relevant de la Cour de cassation » dès lors que ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant la Cour de cassation.

(24) « Le Conseil constitutionnel est, à la *demande du justiciable*, saisi dans les conditions fixées par une loi organique sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation... ».

(25) L'exclusion des cours d'assises du champ d'application de l'exception d'inconstitutionnalité avait discutablement été justifiée en 1990 par le caractère temporaire de ces juridictions et par le fait qu'elles sont réputées exprimer la souveraineté de la nation.

(26) V. *supra*, note 6.

(27) V. notamment CEDH 26 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne* M029CHRON20070156.

(28) V. B. de Lamy, Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ?, RD publ. 2000. 1412 ; G. Drago (dir.), L'application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation, Dalloz, 2007, 234 p. ; P. Drai et P. Truche (dir.), La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9 et 10 décembre 1994, PUAM-La Doc. fr., 1995 ; X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 11-19.

(29) Nous ne partageons pas l'analyse selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme « est plus adaptée à l'activité juridictionnelle que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 », ni cette autre idée que la Convention européenne des droits de l'homme « a le mérite de fournir un véritable *vade mecum* des restrictions régulières aux droits qu'elle proclame alors que nos textes constitutionnels se contentent souvent de déclarer et laissent à la loi le soin d'en déterminer le régime juridique » (X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 16). La vérité est que : a) la généralité des termes de la Convention européenne des droits de l'homme est comparable à celle des textes constitutionnels français, et spécialement des dispositions de ces textes touchant aux droits et aux libertés ; b) cette généralité et cette imprécision avaient précisément été voulues au moment de l'élaboration de la Convention afin notamment de ne pas en compromettre l'acceptation par certains Etats ; c) la Convention européenne des droits de l'homme ne renvoie pas moins au droit interne pour sa mise en oeuvre (soit explicitement lorsque certaines dispositions de la Convention renvoient au droit interne, soit implicitement à travers la « marge nationale d'appréciation » reconnue aux Etats sur certaines questions) que les textes

constitutionnels français ne renvoient à des actes infra-constitutionnels pour leur mise en oeuvre ; d) que la substance normative du régime de limitation des droits et libertés défini par les § 2 des art. 8, 9, 10, 11 de la Convention n'est guère dans ces énoncés eux-mêmes mais dans les nombreuses interprétations dont ils ont fait l'objet de la part de la Cour européenne des droits de l'homme.

(30) Sur ce paradigme d'une partie de la doctrine constitutionnaliste française, V. M. Verpeaux (dir.), "<http://www.priceminister.com/navigation/se/category/sa/kw/la+constitutionnalisation+des+branches+du+droit+-+actes+de+l%27atelier+du+3%e8me+congr%e8s+de+l%27association+fran%e7aise+des+constitutionnalistes>", *Economica*, coll. Droit public positif, 1998, 204 p.

(31) *Le Monde*, 16 nov. 2007.

(32) Sur ces questions, V. Pap Ndiaye, *La condition noire. Essai sur une minorité française*, Calmann-Lévy, 2008, spéc. p. 245-304.

(33) Sur cette décision du Conseil constitutionnel, V. Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions, *Dr. social* 2008. 166, comm. C. Willmann ; M. Verpeaux, *Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007*, *JCP G* 2008. I. 101 ; F. Mélin-Soucramanien, *Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les « classifications suspectes »*, *D.* 2007. Point de vue 3017 ; D. Turpin, *La décision n° 2007-557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau*, *D.* 2008. Chron. 1638 ; F. Chaltiel, *Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel*, *LPA*, 26 nov. 2007. 4. A tout prendre, l'on eût préféré, sur un plan strictement juridique, que le Conseil constitutionnel reprît à son compte l'authentique justification constitutionnelle de l'incompétence du législateur pour instituer des statistiques ethniques en l'état de la Constitution française élaborée par le professeur G. Calvès, *Il n'y a pas de race ici. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne*, *Critique internationale*, n° 17, oct. 2002. 173, spéc. 174.

(34) *D.* 2002. Jur. 237, note Debbasch, et 674, note Pradel ; *D.* 2001. Chron. 3365, par L. Favoreu ; *RFDA* 2001. 1169, note Jouanjan et Wachsmann, et 1187, note Beaud ; *RSC* 2002. 128, obs. Giudicelli, 676 et 678, obs. Bück ; *RTD civ.* 2002. 169, obs. Molfessis .