

Numéro du document : M029/CHRON/2007/0082
Publication : Mélanges Favoreu 2007, p. 109
Type de document : Article de mélanges

Indexation

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS

- 1. Constitution
- 2. Contrôle de constitutionnalité
- 3. Juge ordinaire
- 1. Conseil constitutionnel
- 2. Cour suprême
- 3. Transformation

Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême

Denys de **Béchillon**, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Le présent article aurait probablement horripilé le doyen Louis Favoreu, ne serait-ce que par son sujet même. Mais, à bien y réfléchir, je ne trouve pas de meilleur hommage à rendre à sa mémoire que de continuer à agir avec lui comme il m'a toujours invité à le faire au cours des innombrables occasions où - toujours à mon plus grand profit - nos routes se sont croisées : dire le désaccord, argumenter, ferrailler, s'énerver au besoin, rester opposés, en reparler plus tard, concéder le moins possible, accorder un peu quand même, ferrailler à nouveau, avec de nouvelles armes, en rire, s'amuser du débat, s'amuser dans le débat, s'enrichir de cette joie en même temps que de son objet... Rien de tiède, rien de fuyant. On a souvent dépeint Louis Favoreu en croisé : têtu, combatif, parfois brutal... Il était cela. Avec les défauts et les qualités suprêmes de cette inclination : l'amour des belles joutes, le heaume levé, le courage, la droiture, et la disponibilité pour un combat loyal toujours offerte à qui entreprenait de relever le gant. On pouvait récolter quelques estafilades, au besoin excessives, à se frotter à ce bretteur, mais on avait le droit de le regarder dans le blanc des yeux. Tout le monde n'a pas cette élégance, ni ce même goût pour l'escrime et le genre de conversation franche qu'elle permet.

Je dirai donc ma conviction : il est temps de réfléchir à l'opportunité d'adopter, en France, un contrôle de constitutionnalité des lois diffusé dans l'ensemble du tissu juridictionnel et simplement chapeauté par un Conseil constitutionnel qui aurait, alors, vocation à devenir une sorte de Cour suprême¹.

Sur ces bases forcément très ouvertes², je m'avancerai à suggérer - pour les besoins de la discussion s'entend - que l'architecture globale d'un système de cet ordre pourrait, moyennant révision idoine de la Constitution, présenter les grands traits suivants :

1° maintien du contrôle *a priori* entre les mains du seul Conseil constitutionnel, en la forme et dans les conditions - notamment de saisine - où il existe aujourd'hui. On ne voit pas très bien pourquoi les acteurs politiques, notamment d'opposition, devraient perdre la prérogative - essentielle à l'exercice de leurs tâches et à la préservation de leur statut - qui consiste à faire juger de la constitutionnalité de la loi.

Autant, donc, la leur laisser ;

2° maintien de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel telle que prévue à l'article 62 de la Constitution. On prendrait seulement soin de contenir cette autorité dans la limite de ce qui est explicitement jugé. Cela n'emporterait rien d'autre qu'un léger renforcement de l'état actuel du droit, sous la forme d'une confirmation expresse de l'idée selon laquelle aucune conséquence juridique ne saurait jamais être tirée du silence gardé par le Conseil ni, *a fortiori* du fait qu'il n'aurait pas estimé utile de soulever une question ou un moyen d'office. Bref, ne devrait être tenu pour jugé que ce qui l'a vraiment été ;

3° investiture donnée à tous les juges ordinaires, de l'ordre judiciaire comme de l'ordre administratif, pour statuer eux-mêmes, par voie d'exception, sur la constitutionnalité de la disposition législative dont l'application est en cause dans le litige placé entre leurs mains. Bien entendu, la sentence d'inconstitutionnalité ainsi rendue n'emporterait jamais *annulation* de la disposition en question, mais simplement refus de lui donner application dans le litige pendant, et resterait enserrée dans les limites strictes de l'autorité relative de la chose jugée ;

4° limitation de cette possibilité de contrôle aux seules questions de fond, à l'exclusion de toute considération de procédure législative (et, par extension, budgétaire). Les autorités gouvernementales et parlementaires visées à l'article 61-2 de la Constitution peuvent, sans préjudice pour l'équilibre général du système, disposer d'un monopole en la matière : les droits en question sont très largement *leurs*. Et il n'est pas interdit de juger que la garantie qu'offre en la matière le contrôle de constitutionnalité a priori est à la fois nécessaire et suffisante. On peut donc admettre qu'il n'est pas nécessaire de doter le justiciable d'un pouvoir de contestation procédurale de la loi qui ne présenterait à peu de choses près, pour lui, qu'un intérêt un peu pervers, de nature obstructive ou dilatoire³ ;

5° soumission intégrale de la chose ainsi jugée aux voies de recours normales de l'appel et de la cassation. Sur la loi promulguée, cela emporterait l'absolue proscription - logique dans le cadre d'un système de contrôle de constitutionnalité diffus - de toute saisine du Conseil constitutionnel antérieure à l'épuisement des voies de recours ordinaires. Cela reviendrait à tourner le dos au modèle européen standard (à l'allemande ou à l'italienne, par exemple), pour se rapprocher du modèle nord-américain. L'idée est bien que les magistrats ordinaires soient juges de la constitutionnalité de la loi, au même titre, dans le même cadre, et dans les mêmes conditions qu'ils sont aujourd'hui juges de sa conventionnalité internationale ou de la situation juridique des protagonistes en conflit sur son application⁴.

6° possibilité offerte aux parties en litige, à l'issue de l'arrêt rendu en cassation, d'en appeler à la décision ultime du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la disposition législative en cause ;

7° extension de cette possibilité, aux mêmes conditions, à l'examen de la conformité de la loi aux conventions internationales, pour peu qu'elles soient indifférentes à la condition de réciprocité (conventions de protection des droits fondamentaux, traités multilatéraux, droit communautaire originaire et dérivé)⁵. L'office du Conseil constitutionnel, dans ses attributions de Cour suprême, serait donc étroitement cantonné à l'examen de la validité au fond de la disposition législative querellée, du point de vue constitutionnel *et* international, de la disposition législative querellée ;

8° entière latitude offerte au Conseil constitutionnel, dans un cas comme dans l'autre, pour n'accueillir cette ultime demande de réexamen de la validité de la loi que moyennant réalisation de certains critères, appréciés par lui et sous son seul contrôle, à l'instar de ce qui existe notamment devant la Cour suprême des Etats-Unis⁶.

L'ouverture de ce recours pourrait ainsi se voir limitée à quelques hypothèses. Par exemple : le caractère manifestement erroné de la position prise par le juge de cassation, la nécessité de régler une discordance de jurisprudences, le caractère nouveau de la question posée, l'incompatibilité de la solution adoptée par tel ou tel juge avec les termes d'une décision antérieure du Conseil constitutionnel, l'apparition de circonstances de fait ou de droit nouvelles appelant le réexamen de la validité de la loi.... En tout état de cause, la décision que le Conseil prendrait de se saisir ou de ne pas se saisir du dossier serait rendue en formation collégiale sur la base d'un rapport circonstancié. Elle serait surtout prononcée en dernier ressort et insusceptible de discussion devant quelque juge national que ce soit. On peut en outre concevoir d'imposer au Conseil un délai fixe pour rendre cette décision ;

9° autorité absolue, *erga omnes*, de la sentence ainsi rendue par le Conseil constitutionnel, qui recevrait le pouvoir de « dire pour droit » la validité ou la non validité de la disposition en cause. L'obligation corrélatrice serait faite à tous les juges de tenir pour applicable (ou inapplicable) ladite disposition dans tous les cas de figure⁷. Une exception - essentielle - à cette règle devrait être cependant posée, et de manière explicite, pour autoriser la réouverture d'un questionnement sur la validité d'une disposition législative jugée valide par le Conseil en cas de changement dans les circonstances de droit. A charge, bien évidemment, pour le juge ordinaire désireux de remettre l'ouvrage sur le métier, d'établir lui-même ce changement de circonstances, sous le contrôle des juges d'appel, de cassation, voire, finalement, du Conseil constitutionnel lui-même ;

10° écriture constitutionnelle de la règle selon laquelle l'épuisement des voies de recours internes nécessaire à la saisine individuelle de la Cour européenne des droits de l'homme doit s'entendre, soit à partir du jugement rendu en cassation après renvoi du Conseil constitutionnel, soit à partir de l'expiration du délai accordé audit Conseil pour décider d'accéder à la demande de règlement ultime d'une question d'invalidité de la loi ;

11° modification de la composition du Conseil constitutionnel en conséquence du lien procédural qui le relierait désormais aux juridictions ordinaires. On peut penser, par exemple, à élever le nombre des conseillers à douze, les trois nouveaux arrivants étant respectivement nommés par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour des comptes. Bien sûr, cette réforme pourrait n'être pas exclusive d'une modification plus profonde des règles de composition du Conseil si elle est jugée utile⁸, comme d'un renforcement significatif des moyens à lui allouer pour exercer ses tâches⁹.

Ces grandes lignes librement tracées - encore une fois comme cadre de travail et de débat autant que comme produit de conviction - je ne crois pas déraisonnable d'affirmer qu'une architecture de cet ordre pourrait, sans inconvénient majeur, présenter pour notre système juridique d'incalculables bénéfices en termes de cohérence (I), mais aussi de légitimité dans le paysage démocratique (II).

I. - Gagner en cohérence

Le paysage juridique dans lequel le contrôle de constitutionnalité des lois a été institué en France a disparu. - Et les bouleversements qu'il a connus sont tels et d'une telle ampleur qu'ils ont abouti à détruire à peu près complètement la logique du système.

On sait que la volonté de contenir le contrôle de constitutionnalité de la loi dans les limites d'un examen purement préventif et abstrait, entre les mains d'une juridiction constitutionnelle susceptible d'être exclusivement saisie par des autorités politiques repose sur un principe unique : la conviction selon laquelle toute brèche créée dans l'immunité de la loi promulguée remettrait en cause, dans des conditions contraires à

notre tradition républicaine, l'égalité et la prévisibilité d'application de la norme législative.

Or il faut être bien conscient que les développements du contrôle de la conventionnalité internationale depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo* ont démonétisé ce raisonnement de part en part. La réalité du droit positif a jeté tout cela à terre, et ce pour trois raisons :

- l'immunité de la loi promulguée est morte de sa belle mort, puisque tous les juges français, judiciaires et administratifs, ont désormais le pouvoir de statuer eux-mêmes, à tout moment, sans aucun filtre ni retenue de principe, sur sa conformité à une convention internationale ou à un acte de droit communautaire dérivé directement applicable,

- pour le moins, ce contrôle de conventionnalité internationale de la loi équivaut matériellement à un contrôle de sa constitutionnalité¹⁰, puisqu'il n'existe à peu près aucune règle constitutionnelle de fond qui ne possède au moins un équivalent international¹¹. De fait comme de droit, les juges ordinaires, lorsqu'ils écartent une loi contraire à une norme internationale protectrice de droits fondamentaux, font exactement la même chose que ce qu'ils feraient s'ils utilisaient la Constitution aux mêmes fins¹². Les normes dont ils assurent la protection sont, à d'insignifiants détails près, les mêmes¹³. *Ergo*, matériellement parlant, le juge « ordinaire » est un juge constitutionnel à part entière¹⁴. Il dispose, sur la loi, d'un pouvoir d'examen direct et de mise à l'écart dont l'équivalent le mieux approché, en contenu comme en intensité, est celui que l'on trouve aux Etats-Unis, pour la défense de la Constitution¹⁵. En vérité, l'action des cours et tribunaux français va même nettement plus loin qu'un contrôle de constitutionnalité matériel, dans la mesure où le corpus des règles internationales et européennes directement applicables dépasse de beaucoup, en volume et en périmètre, tout ce que l'on trouve dans notre Loi fondamentale¹⁶. Bref, dans les rets du contrôle « ordinaire » de conventionnalité, la loi est devenue incroyablement banale et le juge incroyablement puissant. Le statut effectif de l'un comme de l'autre n'a plus rien à voir avec celui auxquels pensaient les pères de la V^e République, fût-ce dans leurs pires cauchemars ;

- la possibilité pratique de faire renaître l'immunité de la loi promulguée n'existe tout simplement pas. De première part, ce serait à peu près unanimement perçu - et à juste titre - comme une régression gravissime dans le processus de développement de l'Etat de droit : l'immense majorité des « progrès » ou des « avancées » de ces vingt dernières années dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, y compris dans la sphère économique, sont à mettre directement ou indirectement au compte d'un contrôle ou d'une perspective de contrôle de conventionnalité des lois *a posteriori*. Et Dieu sait s'il s'est passé des choses importantes dans ce domaine au cours de cette période. De deuxième part, on ne peut exclure qu'une - hypothétique - interdiction faite aux juges ordinaires de connaître de la conventionnalité de la loi soit extrêmement mal perçue à Strasbourg comme à Luxembourg, tant ces deux cours ont fait de chaque juge national, fût-il du rang le plus modeste, le premier - et le plus important - rempart de l'ordre juridique européen contre les abus du législateur¹⁷. De troisième part, à supposer que cela ne soit pas le cas, il faut avoir conscience qu'une telle mesure emporterait un accroissement vertigineux des pouvoirs, du statut symbolique et de l'importance du juge européen, qui se verrait ainsi conférer un complet monopole du contrôle de la conventionnalité de la loi promulguée. Avec les conséquences que l'on imagine, tant du point de vue de la dévalorisation de la justice nationale que de l'engorgement - probablement fatal - des prétoires supranationaux (et tout particulièrement de celui de la CEDH).

Nous sommes donc parvenus à un point de paradoxe remarquable.- Au plan

technique, tout d'abord. D'un côté, la loi promulguée, comme aux premières heures du régime, est laissée hors d'atteinte de toute discussion constitutionnelle¹⁸. De l'autre, au nom de l'ordre juridique international, elle fait l'objet de toutes les remises en question possibles et imaginables, sous la férule du plus infime tribunal, pour la défense de motifs de nature matériellement constitutionnelle, ou non¹⁹.

Au plan politique, ensuite. Alors même qu'on a voulu, pour en arriver là, défendre les intérêts de notre ordre constitutionnel²⁰, on a abouti à faire en sorte que la Constitution soit moins - et moins bien - protégée que n'importe quelle directive communautaire ou accord international de seconde zone. Surtout, on a réussi à éloigner encore un peu plus la possibilité que le citoyen ordinaire se représente la Constitution comme le pôle véritable de la transcendance juridique, puisque :

- on lui interdit de se l'approprier, contre la loi, pour la défense de ses propres intérêts, alors même qu'on le conforte dans l'idée de n'être plus intimidé par cette même loi qu'il peut désormais combattre de plain-pied en invoquant - formellement - d'autres sources de droit ;

- on l'invite symétriquement à apprivoiser le droit international comme étant non seulement la seule arme disponible, mais encore comme étant, dans le combat juridique, la ressource première, normale, commode, plastique, proche de lui et finalement la plus propice à la défense de ses intérêts... ;

- on l'entretient dans une sorte de préconception irréfléchie du droit international comme ordre nécessairement juste et bon, plus riche et plus utile que le droit constitutionnel, même si cela suppose de démissionner de toute velléité critique *a priori* sur ce qu'est réellement ce droit international, ce qu'il contient, la manière dont il se forme, la charge démocratique dont il est ou non lesté ²¹... ;

- on le laisse, de loin en loin, se détourner de l'idée selon laquelle une Nation moderne peut difficilement vivre sans se reporter en fin de compte à la légitimité qu'elle a elle-même entendue fabriquer pour se *constituer*, au sens strict du terme ²².

Bref, le différentiel de traitement de la Constitution et du droit international dans le contentieux de la loi contribue chaque jour un peu plus à déprécier le débat constitutionnel, ou - ce qui revient peut-être au même - à le rejeter dans une sphère essentiellement politique - celle-là même, toutes choses égales par ailleurs, dont il avait été si difficile et en même temps si fécond de l'extraire au détour des années 1971-1974. Le bilan est décidément bien pauvre et bien peu satisfaisant pour une politique juridique dont l'ambition ouverte était - et demeure - de garantir au mieux le respect et la promotion des valeurs et des équilibres constitutionnels.

Les choses étant ce qu'elles sont, la seule question pertinente est celle qui consiste à s'interroger sur la meilleure manière de permettre aux justiciables de s'approprier leur Constitution comme une ressource effective et utile, contre la loi, dans leurs débats contentieux. - En pratique, il faut trancher entre deux options : l'adoption d'un mécanisme de question d'inconstitutionnalité dérivé du standard européen, tel que porté par exemple par les projets de 1990-1993, ou l'ouverture, au bénéfice du juge ordinaire, du pouvoir de contrôler lui-même la constitutionnalité de la loi en plus de sa conventionnalité.

Or trois catégories d'arguments de cohérence plaident en faveur du second modèle.

- un argument de cohérence théorique, tout d'abord. Par comparaison avec l'actuel contrôle - direct - de conventionnalité, l'examen de constitutionnalité par voie de question posée au seul Conseil constitutionnel resterait, dans son esprit, un procès *exceptionnel*, compliqué, filtré, lent, lourd, décourageant. Or il n'existe aucune justification convaincante à cela. Rien, absolument rien n'impose que le contrôle de constitutionnalité soit ainsi rendu moins attractif et finalement moins « normal » que

ne l'est aujourd'hui le contrôle de conventionnalité. L'adoption d'une « question d'inconstitutionnalité » ne réduirait donc pas la distance entre le justiciable et la Constitution. L'incohérence intrinsèque de la situation actuelle ne serait qu'écornée. Aucun des effets recherchés ne serait atteint ;

- avançons aussi un argument de cohérence technique. Il est souhaitable, eu égard à la similitude des droits fondamentaux d'origine constitutionnelle et internationale, que soit assurée de ces droits une certaine unité d'interprétation jurisprudentielle. Or, évidemment, cette unité ne sera jamais mieux trouvée qu'entre les mains d'un même juge. Si l'on postule que la très grande unification - celle qui consisterait à concentrer entre les mains du seul Conseil constitutionnel l'intégralité des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi - n'est probablement plus réalisable²³, il faut se résoudre à faire confiance au processus ordinaire de construction d'une *jurisprudence* pour fabriquer l'unité en question.

Cela, certes, suppose d'assumer l'existence de périodes, éventuellement longues, de diversité des approches entre des juges différents et/ou successifs, d'incertitude relative et de conflits potentiels. Mais nous vivons *déjà* dans ce doute et cet inconfort en ce qui concerne la conventionnalité des lois. Et nous avons *toujours* vécu avec eux pour ce qui relève de leur interprétation et de leur application en justice courante.

Par ailleurs, à bien y réfléchir, l'hypothèse d'une divergence d'appréciation sur la validité de la loi n'a rien d'un drame dans le contexte d'un contrôle a posteriori de la loi promulguée : c'est bien - et seulement - la mise à l'écart de son application dans un (voire quelques) cas isolé(s) qui est encourue ; pas sa nullité *erga omnes*. Le déficit d'homogénéité dans l'application des lois reste mineur et, pour le dire vite, tout à fait tolérable.

L'important, pour y mettre tout de même bon ordre, est que, de loin en loin, puisse se construire ce phénomène d'autorité qu'est la jurisprudence proprement dite : ce geste ultime par lequel un juge, en situation de souveraineté, tranche, avec le pouvoir de dernier mot qui n'appartient qu'à lui, dans la masse des appréciations possibles. Or, de nouveau, il va de soi que cela ne saurait mieux se faire qu'entre les mains d'un juge suprême, capable de dire, *finalement*, ce qu'il faut penser de la validité interne et internationale de tel ou tel aspect d'une loi, et habilité à clore la discussion au plan national.

Une architecture de type appel/cassation/Cour suprême permet de réaliser cela dans les conditions les meilleures, mais aussi les plus empreintes de maturité juridique. Cela se comprend bien. Dans un système politico juridique qui se veut moderne, établi sur la raison et le débat, il existe une vertu essentielle à ce qu'une certaine variété de points de vue se soit exprimée, à ce que des approches diverses aient été tentées, en première instance, puis le cas échéant en appel et en cassation, jusqu'à un point de cristallisation ultime. Des problèmes insoupçonnés ont pu émerger, des lectures inattendues, forgés par la vie du droit, l'expérience de la réalité et l'inventivité des plaideurs, ont pu se faire jour, des discussions nouvelles ont pu apparaître... Or rien mieux que ce bouillonnement ne peut favoriser une réflexion mûre, instruite, et, finalement, opérationnelle. L'essai, l'erreur, la conscience acquise à l'expérience des difficultés ou des arguments inattendus sont, qu'on le veuille ou non, porteurs des enseignements les plus précieux pour résoudre au mieux les problèmes de droit. Surtout lorsque ces problèmes sont d'épaisseur constitutionnelle, touchent à la validité de la loi et posent, bien souvent, ces « grandes questions de société » auxquelles il n'est jamais facile de répondre. Rien, ni dans la diversité possible des jugements au départ, ni dans le temps passé à les laisser se construire, n'est néfaste dans la perspective d'un *dictum* final, réputé exprimer une « vérité » du droit. Car - et c'est le propre de la modernité que de le savoir - cette « vérité » ne peut être donnée.

On ne peut, au mieux, que la construire, dans la confrontation des arguments.

S'ajoute à cela que rien n'est plus favorable au règlement des problèmes de conflit inexpugnable entre les normes constitutionnelle et internationale, que ce même principe de dernier mot final, dit à un niveau reconnu de tous comme étant le plus haut. S'il faut hiérarchiser ces normes, s'il n'existe aucune voie de conciliation, autant que cela se construise, et que l'on en décide *in fine*, fermement, au nom de tous et de chacun. Certes, cela n'empêchera pas que le conflit se reforme et se résolve autrement devant une juridiction internationale. Mais cette perspective ne peut, de toute manière, *jamais* être évitée. Autant se dire, alors, qu'un bénéfice est attaché à ce que les choses soient, à la fin des fins, exprimées sous la forme pure et binaire d'un affrontement (s'il doit y en avoir) entre une conception nationale, une et unique, et la vision toute autre d'un juge européen. Ces questions-là sont, de toute manière, de nature politique. Mieux vaut qu'elles puissent se présenter complètement comme telles. Une Cour suprême, effectivement installée au sommet de la hiérarchie des juges de la loi, serait la mieux à même d'exprimer cette voix du pays.

Avançons enfin un argument de cohérence pratique. Une chose, dans le présent débat, ne fait à peu près aucun doute : si les justiciables ont le choix entre la mise en jeu de la conventionnalité internationale de la loi devant un juge apte à vider lui-même la querelle, et la mise en cause de sa constitutionnalité devant un juge qui, lui, ne tranchera pas et lancera - peut-être - un processus filtré, complexe, long et possiblement très aléatoire de saisine du Conseil constitutionnel, ils n'hésiteront pas : ils iront, dans l'immense majorité des cas, là où la rentabilité maximale pourra être atteinte, et placeront leur débat sur le terrain du droit international. Et ils le feront d'autant plus volontiers que la promesse de pouvoir rouvrir le débat en cas de jugement défavorable à leurs vues en appel, puis en cassation, les y incitera en tant que de besoin.

Mais n'est-ce pas là qu'il faut voir la bonne raison de préférer un mécanisme de question d'inconstitutionnalité, qui aurait au moins la vertu d'empêcher que les chicaneries se reproduisent et perdurent, puisque tout s'arrêterait au jour où le Conseil constitutionnel aurait rendu sa sentence ? Pure illusion ! Ce résultat-là - en supposant qu'il soit nécessairement vertueux, ce dont on peut ne pas convenir pour les raisons que l'on a précédemment entrevues - ne saurait être atteint que dans l'hypothèse où le Conseil aurait vraiment le dernier mot. Or il ne *peut pas* l'avoir en pareil cas. On a vu plus haut qu'il était vraisemblablement impossible de retirer aux juges ordinaires la capacité de contrôler la conventionnalité des lois. *Ergo*, rien n'empêchera jamais le justiciable persévérant, frustré par une position défavorable à ses vues prise par le Conseil constitutionnel, de relancer sa quête sur la scène du droit international, même et surtout s'il s'agit de recommencer au fond la même bataille, devant le juge français, puis devant le juge européen²⁴. Les affaires liées au problème des validations législatives - et le point de culminance qu'elles ont pu trouver dans l'arrêt *Zielinski Pradal* sont là pour rappeler qu'il n'y a rien là qui relève de la science-fiction. L'engorgement croissant de la CEDH exprime en outre, avec une lisibilité suffisante, la belle vitalité de la quérulence européenne des plaideurs, y compris si cela leur impose de rester engagés dans le conflit sur la très longue durée.

Peut-on concevoir quelque échappatoire radicale, sous la forme, par exemple, d'une prohibition constitutionnelle faite au juge ordinaire de remettre matériellement ou indirectement en cause la chose jugée par le Conseil constitutionnel ? Cela - à le supposer imaginable, ce dont on peut une nouvelle fois douter - n'aurait à peu près aucun sens.

D'une part, on voit mal comment admettre de geler la validité de la loi, de lui conférer une sorte brevet de solidité définitive alors qu'une des richesses - et des

justifications - d'un système de contrôle de la loi promulguée réside dans sa faculté d'adaptation à l'évolutivité des normes de référence. Sur le plan de la cohérence, il est indéfendable d'empêcher un juge ordinaire de reconsidérer la validité de la loi en cas de changement de circonstances de droit constitutionnel ou, surtout, international. Si l'on entre dans la logique - quelle qu'elle soit - du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il faut en accepter la corollaire : *le concept même d'une loi définitivement rendue hors de portée de toute contestation n'est plus de saison*. On ne peut pas vouloir à la fois une chose et son contraire.

D'autre part, il n'est pas raisonnable d'espérer obtenir, par quelque moyen que ce soit, une protection *efficace* de la loi déclarée conforme par le Conseil constitutionnel. Le dynamisme de la vie juridique laissera toujours s'ouvrir une marge pour continuer le combat, que ce soit en invoquant une absence d'identité des causes juridiques, un *distinguishing* quelconque entre les aspects de la loi discutée, une difficulté d'interprétation sur le sens ou la portée exacts de la chose jugée... Ces protections, sur le long terme, n'ont aucune solidité.

L'ouverture au juge ordinaire, dans les limites que l'on a dites, du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois permettrait donc de redonner à notre système juridique la cohérence et l'efficacité d'ensemble qu'il a aujourd'hui perdues. Ce ne serait pas son seul intérêt.

II. - Gagner en légitimité

Au-delà des arguments techniques, les débats qu'appelle le choix d'un système juridictionnel de contrôle de la validité des lois parlementaires finissent toujours par cristalliser autour d'une interrogation, plus ou moins explicite, sur la légitimité que l'on reconnaît - ou non - au juge pour aller contre la volonté de la représentation nationale.

Sur un plan théorique, cette interrogation reçoit mille et une réponses de tous bords, graduées en sophistication comme en radicalité. Mais laissons cela, sur quoi il ne reste probablement plus grand chose à dire qui soit susceptible d'emporter l'adhésion de qui ne serait déjà convaincu.

Continuons plutôt sur la pente que nous avons suivie jusqu'ici, et considérons, autant que possible, les choses d'un point de vue pragmatique. Sur ces bases, il n'est pas déraisonnable d'observer que la question de la légitimité de tel ou tel juge à censurer les lois ne se pose plus - ne *peut plus* se poser - aujourd'hui dans les termes où elle se posait avant l'introduction du contrôle de conventionnalité internationale par les cours et tribunaux ordinaires. Et que, sous ce rapport aussi, une révolution a déjà eu lieu dont nous devons tirer les conséquences.

A l'issue de la longue histoire que l'on sait, le problème du titre reconnu au juge pour s'opposer à la loi a été résolu en France d'une manière tranchante : seul sera réputé revêtu de l'onction démocratique nécessaire le juge que la Constitution désigne comme tel, dans le contexte qu'elle définit. Ce sera donc l'apanage d'une cour unique, spéciale, spécialement composée et spécialement saisie en un moment très particulier de la vie de la loi et pas au-delà. *A contrario*, il n'est jamais légitime, pour quiconque et pour quelque motif que ce soit, de contrarier la volonté du législateur autrement que dans le cadre ainsi dessiné. Le contrôle juridictionnel n'est acceptable que parce qu'il est dévolu à un juge extra-ordinaire, et qu'il s'exerce avant l'entrée en vigueur de la loi. *Ergo* le reste, *tout* le reste, doit être tenu pour incompatible avec l'équilibre constitutionnel des pouvoirs publics.

Mais précisément, tout cela a volé en éclat sous les coups portés par les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo* : la loi promulguée est attaquantable, et le Conseil constitutionnel n'a plus de monopole. Dès lors, il faut en accepter la conséquence : l'office légitime des juges ne peut plus être défini dans, par et en référence à l'interdiction qui leur est

faite de connaître de la validité des lois. Il faut trouver - tout - autre chose. Et le choix n'est pas immense.

En vérité, si le principe est admis selon lequel la loi peut être contestée à l'occasion de son application, le plus sûr et le moins contestable, dans l'esprit de la modernité juridique, est de considérer que le juge est légitime à agir contre la loi : 1°) dès lors qu'il se borne à sanctionner une violation par elle des normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures et 2°) qu'il le fait sous les garanties procédurales qu'appelle la forme juridictionnelle définie et pratiquée selon les réquisits du standard moderne²⁵.

On peut le dire autrement. Les transformations de l'Etat de droit en France, notamment depuis l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, sont incompatibles avec l'idée que la seule source possible de la légitimité, en démocratie, soit celle qui procède de l'élection et de la représentation. Nous ne savons plus vivre avec cette seule doctrine, quelle que soit l'ampleur de notre dette historique à son endroit. Si l'on admet cela, au moins comme un fait, il faut accepter l'idée qu'une autre philosophie politique a désormais cours, et que la légitimité, à l'époque contemporaine, peut (aussi) d'établir autrement, en particulier pour ce qu'il en est d'apprécier les limites tolérables de l'office des cours de justice. Sur de telles bases, il n'est certainement pas inepte de poser qu'un juge n'est légitime, dans l'atmosphère de notre démocratie d'aujourd'hui et dans une perspective positiviste, que lorsqu'il « fait du droit », c'est-à-dire lorsqu'il tranche les litiges portés devant lui pour des motifs de légalité²⁶, expressément exposés et impartialement construits dans la contradiction loyale des arguments entre les parties. Il y a déjà beaucoup dans cette double limite, matérielle et procédurale. Et probablement assez pour combattre utilement le fameux « spectre » du « gouvernement des juges » - pour autant que cette notion ait un sens.

Tout cela posé, il n'est pas interdit de se convaincre qu'un système diffus de contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée serait de nature à ajouter à la légitimation des juges ordinaires, comme de la Cour suprême qui viendrait finalement les chapeauter.

- *Du côté du juge ordinaire.* Un des avantages essentiels du contrôle direct de la constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire réside en ceci qu'il emporte un vrai combat judiciaire sur son objet. Entendons surtout par là que, sur des aspects problématiques de la loi révélés par l'affrontement des intérêts réels des plaideurs, se déroule un affrontement réglé de la manière la plus propice à l'avènement d'une solution acceptable.

Diffuses ou concentrées entre les mains du seul juge constitutionnel, toutes les formes de contrôle concret présentent le même intérêt : c'est l'application de la loi - et donc l'expérience pratique - qui fait advenir et s'organiser le questionnement au sujet de sa validité. L'achoppement des normes n'y est pas seulement déduit de la confrontation des textes, comme dans le contrôle abstrait, mais révélé par l'atteinte qu'il porte à des intérêts effectifs, constitués. Or, dans la perspective d'une garantie optimale du respect de la hiérarchie des normes, cela présente le plus haut intérêt ; à la fois parce que cela laisse toute sa place à la mise en lumière de questionnements inattendus, voire invisibles de prime abord, mais surtout parce que cela permet que la discussion reste étroitement couplée à la réalité des choses et des situations. Bref, l'immense force du contrôle concret tient à ce que le débat au sujet de ce qu'il y a, ou non, de problématique dans la loi, ne se déroule pas seulement dans l'éther des idées pures, mais aussi dans la lumière de l'expérience : celle des gens et des entreprises réels, de leurs perceptions et de leurs manières d'appréhender la difficulté qui se présente à elles. Il est simplement faux que la seule lecture des textes permette de « tout » voir et de tout anticiper des difficultés qu'ils peuvent faire naître. Et tout aussi

faux qu'il n'existe pas de bénéfice à entendre ce que les sujets des règles en cause ont à dire du trouble qu'une norme leur crée. C'est donc la même infirmité - celle dont est atteint le contrôle de constitutionnalité français en sa forme actuelle - que combattent tant le modèle du jugement de la loi à l'américaine, que le modèle à l'allemande ou à l'italienne. Mais cela ne veut pas dire qu'ils la guérissent aussi bien, et avec autant de bénéfices.

A bien y réfléchir, l'examen de constitutionnalité direct, par le juge ordinaire, présente ici deux points de supériorité.

En premier lieu, il *demeure* d'un bout à l'autre, placé sous la pression du dossier, et donc des éléments de réalité qui structurent ce dossier. La question d'inconstitutionnalité posée par le juge du fond à la Cour constitutionnelle, elle, a forcément pour effet - voire pour objet - de découpler le problème constitutionnel de son substrat empirique. Elle tend à l'abstraire, à le cliver, et donc, en quelque chose, à lui faire perdre le surplus d'information voire de compréhension que les données du litige de base lui avaient fait acquérir.

Certes, cet écueil peut être évité dans une certaine mesure, si la Cour constitutionnelle est mise en état de ne pas perdre de vue ce litige et continue de se laisser imprégner par lui. Mais cela ne peut se faire qu'au prix d'un renoncement à la pureté du modèle, par la reconnaissance, au profit de la Cour constitutionnelle, d'un pouvoir à peu près illimité d'évocation au fond. Laquelle ne peut se concevoir qu'en acceptant le principe selon lequel la Cour est juge de la *situation juridique* des plaideurs et pas vraiment de la seule constitutionnalité objective de tel article de la loi. Or cela suppose un sacrifice de taille : il ne sera décidément pas possible d'arrêter efficacement, *erga omnes*, la discussion constitutionnelle pour l'avenir. La portée de la sentence sera trop limitée par sa dette à l'égard la singularité du cas. L'effet de limitation, en nombre et en fréquence, des questionnements constitutionnels ne sera pas atteint. Il fournissait pourtant l'une des justifications les plus courantes au choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité concentré, et donc l'un des arguments réputés habiles à écarter la perspective d'un contrôle direct par le juge ordinaire... Décidément, il vaudrait mieux abandonner le projet d'atteindre un jour à la sérénité législative. Par où qu'on prenne le problème, les lois d'airain ne sont plus de ce monde.

En second lieu, l'examen direct de la constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire s'opère dans le cadre et selon les contraintes du procès. Il s'ensuit que la discussion constitutionnelle proprement dite - comme aujourd'hui la discussion conventionnelle - s'opère dans la forme et selon les contraintes du procès ordinaire. Or, pour ce qui importe ici, cette processualisation présente l'intérêt de garantir, depuis le début, un degré élevé de contradiction dans l'échange des arguments, ainsi qu'une possibilité de les reprendre et de les prolonger dans l'exercice des voies de recours puisque chaque strate du processus donne à juger un dossier déjà armé et instruit par les échanges auxquels il a donné lieu en même temps qu'il pousse à les dépasser à chaque fois.

S'agissant de la validité - constitutionnelle ou internationale - des lois, et si contradictoire que cela paraisse en regard des vues traditionnelles françaises, c'est cette répliquabilité, cette longueur, cette constructibilité et donc cette amélioration graduelle d'un débat contradictoire qui présentent le plus grand bénéfice en termes de légitimité. Car ces caractéristiques sont les meilleures garantes d'une pesée progressive et réfléchie des arguments, d'une place laissée aux essais et aux erreurs, d'une prise en compte mieux éclairée de ce à quoi l'on avait pu ne pas penser. Bref, d'une considérable densification du *débat*.

Là est sans doute l'essentiel. A la fois parce que les questions constitutionnelles sont - comme au demeurant toutes les questions juridiques - délicates, controversées,

et par là même insusceptibles de se voir apporter des réponses satisfaisantes autrement que dans la recherche la plus poussée et la plus authentique d'une contradiction longue, transparente et assumée comme telle. Et parce qu'il n'est peut-être pas de moyen pratique plus intelligent de se confronter à la question du déficit démocratique lié au principe même d'un jugement de la loi que celui qui consiste à injecter, à la plus haute dose possible, du débat au coeur même du processus de ce jugement²⁷. Or cela ne sera jamais plus réel, plus avancé et plus crédible que dans le contexte répété de « vrais » procès, au cours desquelles de « vraies » personnes sont en situation de pouvoir venir dire les raisons pour lesquelles elles estiment que la loi porte atteinte à leurs droits, et où d'autres, qui ne sont pas du même avis, peuvent le dire avec les mêmes chances d'être entendues. Le débat processuel, sous ce rapport, n'est pas une métaphore de la démocratie, mais bien plutôt une autre manière - hypermoderne - de la pratiquer.

Si l'on admet qu'aucune voie n'existe et n'existera jamais, qui soit susceptible d'abolir l'inconfort dans lequel le pouvoir, inexorable, du juge laisse nos systèmes politiques, il faut l'accepter. Et chercher le plus possible à faire de ce même juge un outil de la démocratie en acte dans l'esprit des citoyens. L'ouverture des prétoires à leur débat constitutionnel ne peut qu'y aider, comme elle ne peut qu'aider à rendre moins confiscatoire et plus légitime la prétention des cours, quelles qu'elles soient, à remplir leur office, c'est-à-dire à trancher, finalement, la question qu'on leur pose.

- *Du côté de la Cour suprême.* Au sommet du système de contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel, devenu Cour suprême dans cette attribution, serait-il, lui aussi, plus légitime - et perçu comme tel - à censurer la loi promulguée ? On peut le penser.

Des arguments contigus à ceux qui viennent d'être exposés plaident en ce sens et notamment ceux liés à l'existence d'un lien étroit entre l'instruction, par le Conseil, du dossier constitutionnel, et les phases antérieures d'examen de ce même dossier par les autres juges dans les conditions que l'on a dites. N'y insistons pas.

Au-delà, avançons que les conditions dans lesquelles le Conseil pourrait être amené à statuer permettraient facilement d'améliorer la perception générale de l'action du juge comme légitime.

On a suggéré (*supra* n° 8) que le Conseil pourrait se voir reconnaître le pouvoir - absolument souverain - d'accueillir, ou non, la requête ultime d'un justiciable défait en cassation ²⁸. Ajoutons-y que la latitude pourrait être symétriquement offerte aux membres du Conseil de faire connaître leur opinion individuelle, dissidente ou non, tant sur le sens de la chose jugée que - pourquoi pas ? - sur la décision de ne pas accueillir une demande d'examen ultime de la validité de la loi²⁹. Et n'oublions évidemment pas de prévoir la publicité des audiences sans laquelle la processualisation du contrôle de la loi n'aurait guère de sens.

La vertu de ce type de mesure ? De montrer en pleine lumière que la vérité juridique n'existe pas comme telle. Qu'elle se construit - autant que possible - dans un affrontement réglé des arguments, pour des motifs rationnels et exprimables, et s'établit ainsi, comme une décision politique, dans un processus de décision.

Cela manifesterait peut-être l'essentiel, en termes de légitimité, à savoir que l'action du juge contre la loi n'est pas anti-démocratique en son principe, dans le système qui est devenu le nôtre, si - et pour autant que - elle repose sur les réquisits les plus vitaux de philosophie démocratique d'aujourd'hui à savoir : 1) l'idée que l'on ne doit se déterminer que sur des arguments de raison, 2) l'idée que ce sont les procédures qui garantissent au mieux le bien public et non pas la vertu naturelle des Hommes qui décident, 3) l'idée que c'est dans la contradiction et dans le débat qu'il faut trouver matière à trancher.

La relation du citoyen à la loi a radicalement changé. Le contrôle de conventionnalité internationale y est pour beaucoup. Il faut en prendre acte. Nous n'avons guère le choix, de toute manière. Autant saisir ce moment pour tenter d'ajouter à notre système politico-juridique les surplus de cohérence et de maturité qui lui manque. L'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême pourraient n'être pas la pire manière d'y parvenir. Reste tout de même une interrogation, lancinante, qu'il faut aborder en guise de conclusion.

Il a beaucoup été question de cohérence dans les lignes qui précèdent. Et cela ne va pas sans difficulté. La raison en est simple.

Le présupposé le plus fondamental et le plus structurant de la thèse ici défendue réside dans l'idée que le juge ordinaire est aujourd'hui le mieux placé, à maints égards, pour contrôler la constitutionnalité des lois, et qu'il ne faudrait donc pas hésiter à lui faire confiance pour exercer cette tâche.

N'est-il pas contradictoire, alors, de vouloir à tout prix chapeauter son action sous l'adjonction d'une Cour suprême ? Ne vaudrait-il pas mieux pousser jusqu'à son terme la logique de la confiance mise en la justice ordinaire ? Et ce d'autant plus qu'elle montre déjà, quotidiennement, son aptitude à remplir très bien cette même fonction dans le cadre du contrôle de conventionnalité ? Ne serait-il pas, dès lors, préférable, d'élargir, par exemple, le champ de compétence du Tribunal des conflits pour lui permettre d'arbitrer, de manière paritaire, les éventuelles divergences d'approche sur la constitutionnalité (ou la conventionnalité) de la loi par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, ou d'imaginer quoi que ce soit d'autre, dans un esprit approchant ?

Cela pourrait très sérieusement se défendre. Il n'est pas indispensable, sur un plan de pure logique, d'installer une Cour suprême en haut des pyramides judiciaire et administrative de contrôle de la validité de la loi. Et comme cela complique évidemment les choses d'établir ce nouvel étage en haut de la fusée, le doute à ce propos est des plus légitimes.

Tout bien pesé, un argument important vient quand même, me semble-t-il, défendre le principe d'une faveur pour cette architecture lourde. Il tient à l'idée suivante. A partir du moment où le Conseil constitutionnel est appelé à (continuer à) connaître, en amont, de la constitutionnalité de la loi votée, il serait non seulement étrange, mais encore dysfonctionnel, pour sa crédibilité et donc son existence même, de le priver de toute possibilité de reprendre la main *in fine*, surtout si c'est pour harmoniser un état hétérogène de la jurisprudence forgée ultérieurement sur les lois mêmes dont elle avait eu à connaître abstraitement, avant leur entrée en vigueur.

Mais n'est-ce pas, alors, qu'il vaudrait mieux supprimer le Conseil constitutionnel, purement et simplement, et avec le lui le contrôle a priori de la loi, pour épouser jusqu'au bout le modèle américain ? On peut ne pas le penser. L'office du Conseil constitutionnel a été d'abord et avant tout pensé comme un outil de régulation de la vie politique - notamment dans les relations entre le gouvernement et le Parlement -, puis comme l'instrument inattendu de la défense des libertés, puis comme un accessoire vital du statut de l'opposition parlementaire. Or il n'existe aucune raison de penser que le juge du pavillon Montpensier ait échoué dans ces tâches, ni qu'elles seraient devenues inutiles. Dès lors, si l'on admet que le Conseil, en la forme actuelle de ses attributions, rend de grands et considérables services à la République, il faut non seulement le conserver, mais aussi se soucier de protéger et sa crédibilité et son éminence.

L'issue, dès lors, ne peut être facilement trouvée ailleurs que dans sa

transformation en Cour suprême. De nouveau, il y a là une question de cohérence.

De légitimité, aussi. Car, de loin en loin, dans notre tradition, et malgré tout ce qui a pu être dit, ici même, de l'abandon progressif de la représentation nationale comme source et critère unique de la légitimité démocratique, il ne reste pas inutile, pour asseoir fermement son titre à agir, que la Cour appelée à statuer en dernier ressort sur la constitutionnalité des lois, garde, de par sa composition, un certain lien organique avec l'autorité politique, exécutive et parlementaire. Au demeurant, cette idée n'est elle-même tenable que dans la mesure où elle trouve un contrepoids suffisant dans la hauteur des garanties de compétence technique et d'indépendance partisane présentées par chaque juge. C'est la raison pour laquelle la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême imposerait sans aucun doute que de très sérieuses améliorations soient apportées aux conditions et modalités de nomination de ses membres, ainsi qu'au fonctionnement de l'institution (sur ces thèmes, v. *supra*, point n° 11). Mais, quoi qu'il en soit, il ne sera jamais assez dit que le sentiment d'inconfort accompagne les démocraties dès l'instant mêmes où elles donnent à un juge le pouvoir de contrecarrer la loi. On ne contrarie pas légèrement le souverain³⁰. Autant, donc, faire en sorte que ce sentiment de malaise soit le plus léger possible. Et que la Cour placée en haut de l'édifice garde en elle, comme une denrée précieuse plus que comme une honte, quelque chose d'un petit peu politique dans sa composition, voire dans son identité.

Notes

¹ La présente étude peut être lue comme issue d'une évolution de son auteur en regard de divers états de sa réflexion, dont les trois principales étapes successives sont identifiables dans les publications suivantes : 1°) « De quelques incidences du contrôle ordinaire de la conventionnalité internationale des lois sur la structure du système juridique français (Malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998. 225 ; 2°) « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs, Les cours européennes* 2000. 106 ; 3°) « Elargir la saisine du Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs, Le Conseil constitutionnel* 2003. 101. Il n'est pas inexact d'y voir, en de nombreux points, une remise en cause tout à fait radicale de certaines de ces vues antérieures, lesquelles étaient marquées (bien que de moins en moins fermement) par la volonté de conserver au Conseil constitutionnel un monopole dans le jugement de la loi parlementaire.

² Pour l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, v. également E. Piwnica, « N'est-il pas temps de s'interroger à nouveau sur le contrôle de la constitutionnalité de la loi promulguée ? », *LPA* 28 déc. 2004. 259. 3 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 540 s.

³ Les choses sont évidemment différentes en matière budgétaire, mais l'on peut tout de même admettre, dans ce domaine particulier, que l'idée d'une *représentation* de la nation par le truchement de ses députés et sénateurs s'accommode particulièrement bien d'une sorte de délégation, un peu plus profonde et un peu plus complète que dans les autres registres.

⁴ On aura donc compris que le système ici mis en discussion procède d'une logique tout autre que celle qui anime les diverses propositions d'instauration d'une question d'inconstitutionnalité posée au Conseil constitutionnel par les juges ordinaires, telles qu'on les trouve notamment dans les projets de révision élaborés en 1990-1993.

⁵ On sait d'ailleurs que le Conseil s'est lui-même doté d'une capacité de contrôle de conventionnalité en ce qui concerne la conformité des lois de transposition aux directives qui leur tiennent lieu de support depuis sa décision du 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (sur cette jurisprudence, v. D. de Béchillon, « Bilan et perspectives 2006, le conseil constitutionnel et les autres juges. Sur quelques questions d'ajustement dans la hiérarchie », *Les Cahiers de l'actualité, Rép. Dalloz Contentieux administratif et Responsabilité de la puissance publique*, 2007-1). Soit dit par parenthèse, on comprend que, dans le contexte actuel, une évolution, limitée ou non, de la jurisprudence *IVG* (sur laquelle, v. l'étude de G. Carcassonne, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cah. Cons. const.* 1999. 7. 93) n'aurait probablement pas l'effet d'une véritable révolution structurelle (au sens des questions ici débattues). Elle ne pourrait l'avoir que dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel serait mis par là en situation de monopoliser le contrôle de validité juridique de la loi, sur le plan constitutionnel et sur le plan international. Or, pour les raisons sur lesquelles on

reviendra plus avant (*infra*, p. 7-8), cela n'est probablement plus possible. En outre, il n'est pas interdit de penser que l'introduction, aujourd'hui, d'un contrôle de conventionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel pourrait présenter aussi des aspects problématiques. Car elle pose la question de savoir si, et jusqu'où, le juge ordinaire doit être considéré comme lié - avec quelle efficacité et dans quelle limites ? - par une déclaration de conformité de la loi à telle ou telle norme internationale. *A fortiori* si l'on considère la - plausible - entrée en scène d'un juge européen sur la même question.

6 Plus largement, sur ce sujet, v. S. Nicot, *Contribution à l'étude de la sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne, Etats-Unis)*, thèse Aix-en-Provence, 2005 (dact.).

7 On pourrait, au demeurant, préférer à cette solution celle consistant à considérer, comme l'avaient fait les rédacteurs du 2^e alinéa du projet de loi constitutionnelle du 29 mars 1990 (Ass. nat. n° 1203), qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle dans le cadre du contrôle *a posteriori* « cesse d'être applicable et ne peut plus être appliquée aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation ». Le débat à ce sujet mérite assurément d'être mené en profondeur.

8 Il faudrait penser notamment à l'instauration de procédures (peut-être publiques) de confirmation des nominations, au moins pour ce qui concerne les personnes désignées par des autorités politiques. Au demeurant, pareille évolution appelle en amont une réflexion approfondie, sur les critères et modalités de la confirmation comme sur la détermination de l'instance appelée à l'exercer.

9 Outre la question quantitative des moyens matériels et humains, il pourrait n'être pas inintéressant de réfléchir à la possibilité d'offrir, comme aux Etats-unis, à chaque membre du Conseil, une petite équipe affectée d'assistants librement choisie moyennant, par exemple, condition de diplôme juridique ou d'appartenance à un grand corps de l'Etat. On pourrait également songer à instituer une fonction nouvelle, de type commissaire de la constitution, afin d'offrir toutes garanties dans la présentation au Conseil des demandes individuelles de règlement ultime d'une question de validité de la loi.

10 Cela s'entend sous la seule réserve que ce contrôle porte sur le respect des seuls droits de fond. Les questions de procédure législative - « purement » constitutionnelles par hypothèse même - en sont bien évidemment exclues.

11 La liste des droits fondamentaux protégés est - on peut s'éviter d'ergoter à ce propos - globalement équivalente ici et là. En tant que de besoin, on s'en convainc facilement à la lecture de F. Sudre, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 7^e éd., PUF, 2005.

12 Tout au plus peut-on peut-être réserver le cas du principe de laïcité, du principe de libre administration des collectivités locales ainsi que - dans une mesure d'ailleurs toute relative - certaines dimensions de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Autant dire - quantitativement - peu de choses.

13 S'il est question d'insignifiance, réservons tout de même le cas du principe de laïcité.

14 L'avocat général Jéol évoquait même, avec esprit, le contrôle de constitutionnalité « honteux » auquel l'examen de constitutionnalité permet de procéder, in « Les techniques de substitution » in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69, spéc. p. 71. V. également N. Molfessis, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, *Le Conseil constitutionnel*, p. 89 s. ; « La dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux » in R. Cabrillac, M. Frison-Roche et T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2005, p. 77.

15 Les travaux d'E. Zoller permettent d'accéder, en langue française, à une connaissance approfondie du système américain de justice constitutionnelle. V. not., *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999 ; *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000 ; *Le droit des Etats-Unis*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, n° 1159 ; « Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cah. Cons. const.* 1998. 5.

16 Comme chacun sait, le droit communautaire fournit un réservoir normatif infiniment plus vaste que celui qui se circonscrit au champ *lato sensu* des droits de l'Homme. Quant au droit européen des Droits de l'homme, il ne peut plus être dissocié de la jurisprudence - considérable et souvent très constructive - dont il a fait l'objet. Ajouté à la masse des traités de tous ordres, dont l'applicabilité sur le sol français n'est pas douteuse, tout cela fait beaucoup.

17 Sur la question, v. not. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001 ; pour la CEDH, v. par ex. F. Sudre, *op. cit.*, note 11, p. 197, etc.

18 Cela s'entend, bien sûr, sous réserve des - rares - cas d'application de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*.

19 N'échappe en fait à la discussion que ce qui ressortit au registre de la procédure législative, puisque l'on ne connaît pas d'équivalent international aux règles constitutionnelles qui la définissent.

20 Il est assez dit que le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, ont mis en place leur capacité de contrôle de la conventionnalité des lois au nom et pour le compte de l'article 55 de la Constitution et de rien d'autre. L'idée de fonder cette prérogative dans la spécificité de l'ordre juridique communautaire a bien été évoquée comme une hypothèse, bien sûr, au moment d'adopter les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*, mais pour être très fermement rejetée. Quant au crédit particulier que le Conseil constitutionnel accorde désormais à l'ordre juridique européen, il repose, lui aussi, sur une base entièrement constitutionnelle, largement issue des révisions entreprises depuis 1992. L'article 88-1, comme on le sait, a ainsi revêtu une importance singulière.

21 On concédera - je l'espère - que, si vertueuses soient-elles du point de vue du droit constitutionnel, ni la jurisprudence *Frayssse* de la Cour de cassation, ni la jurisprudence *Kone, Sarran* du Conseil d'Etat, ni la jurisprudence « confiance en l'économie numérique » *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du Conseil constitutionnel ne sont en soi suffisantes pour renverser cette préconception. Il faudrait déjà qu'elles aient de quoi convaincre tout un chacun de ce que l'application du droit international et communautaire par les juridictions nationales ne s'opère toujours et pour de bon que sous bénéfice d'un inventaire serré de sa compatibilité avec la Constitution. Il faudrait aussi et surtout que les difficultés inhérentes au statut respectif du droit constitutionnel et du droit international dans l'imaginaire du moment puissent effectivement se résumer en un simple problème de hiérarchie des normes et se résoudre en sa solution exprimée. Or de tout cela, il y a lieu de sérieusement douter.

22 Sauf à considérer, bien sûr, que l'ordre international *suffit*, désormais, à satisfaire à tous les besoins de légitimation d'un peuple. Le saut serait immense. Mais rien ne prouve encore qu'il soit accompli. Ni que l'on doive forcément juger souhaitable qu'il s'accomplisse - pour le moins sans y avoir abondamment réfléchi.

23 V. *supra*.

24 On ne perd pas de vue qu'il existe, dans l'arsenal international et européen, un équivalent utilisable de la plupart des droits constitutionnels de fond.

25 Il est bien entendu que ce standard est aujourd'hui défini, pour ce qui nous concerne, d'une manière très complète sous l'effet conjugué - et globalement convergent - des jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

26 Ou, si l'on préfère, pour des motifs rationnellement présentables comme relevant de la seule légalité.

27 Cela se comprend, non pas parce que les protagonistes de ce débat auraient, par leur nature, vocation à articuler une parole singulièrement « démocratique » - elles ne seront jamais que des parties à un procès, défenderesses de leurs intérêts particuliers, et dépourvues de tout titre pour prétendre incarner le « peuple » supposé porteur de l'intérêt général - mais, comme on l'a vu, parce que le principe même d'un débat contradictoire, sur des questions de légalité, entre les mains d'un juge tiers, désintéressé et impartial est peut-être le seul outil qui permette de faire vivre l'idéal moderne et fondamentalement rationaliste de la démocratie dans un système qui a *renoncé*, sans retour, à laisser le législateur souverain.

28 Outre son - immense - intérêt pratique dans la gestion des flux contentieux, l'acceptation de l'idée selon laquelle la Cour suprême ne juge que les affaires qu'elle estime en dernier ressort répondre à certains critères (au besoin très restrictifs) ne contredirait pas l'image de la justice comme d'un lieu de délibération contradictoire, sur la base d'arguments complètement exposés. La Cour suprême des Etats-Unis jouit d'un prestige immense sur le sol américain, alors même qu'elle ne tranche qu'une petite centaine de dossiers par an sur les milliers - voire dizaine de milliers - qui lui sont adressés. S'il est visible que le filtrage s'opère collégialement, sur la base d'un examen raisonnablement approfondi des demandes, et en réponse à des

critères dicibles, cela n'obère rien de la crédibilité ni de l'acceptabilité d'ensemble du système. Dans un tel contexte, on peut également penser que la mise en scène, par là, d'un intérêt général supérieur associé à l'idée de ne pas ouvrir inconditionnellement un triple degré de juridiction (avec l'encombrement, et donc la stérilisation que cela suppose) n'aurait, lui non plus, rien de toxique. De nouveau, l'expérience américaine renseigne utilement : c'est sans doute aussi parce qu'elle s'est très bien protégée contre l'étouffement que la Cour suprême a pu conquérir le statut qui est le sien dans l'imaginaire juridique de la population.

29 Il faut cependant admettre que le débat sur les opinions dissidentes reste tout de même très difficile à trancher, notamment lorsque l'on est en présence de juges nommés par des autorités politiques et/ou nommés autrement qu'à vie. Car il faut ne pas méconnaître le risque de politisation (voire, plus largement de perte d'indépendance) associé à la possibilité offerte à un juge de dévoiler publiquement du sens de son vote. Et ce d'autant plus que cette possibilité peut aisément se transformer en quasi-obligation posturale, notamment pour un juge politiquement minoritaire. Là encore, le bilan coût/avantage n'est ni simple ni clairement objectif.

30 Mieux vaut cependant ne pas perdre de vue qu'on le contraire seulement dans ses éventuelles prétentions à s'affranchir de la règle de droit supérieure, constitutionnelle et internationale, ce qui n'est ni regrettable en soi, ni attentatoire à la liberté politique qui est, en droit, la sienne. Mais surtout, à maints égards, il y a bénéfice à se dire que la majoration du niveau de la contrainte juridique ambiante contribue aussi à *raffermir* cette liberté politique, par cela même qu'elle en rend l'usage moins discutable.

- Fin du document -