

La Constitution de la V^e République, 50 ans après

L'exception d'inconstitutionnalité : une aventure institutionnelle

Une aventure : entreprise hasardeuse qui attire ceux qui ont le goût du risque, selon Anatole France. Ce n'est certes pas ainsi que les promoteurs de l'exception d'inconstitutionnalité ont voulu la réforme désormais inscrite au nouvel article 61-1 de la Constitution : *« lorsqu'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 »*. Et pourtant

Et pourtant l'irruption de l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit du contrôle de constitutionnalité des lois à la française a tous les caractères d'une aventure ; une aventure que la loi organique prévue pour en assurer la mise en œuvre aura sans doute bien de la peine à transformer en processus viable. L'exception d'inconstitutionnalité de la loi n'était pas nécessaire ; les difficultés de sa coexistence avec le contrôle préventif de l'article 61 de la Constitution n'ont pas été mesurées ; elle imposera une réforme complète du conseil constitutionnel, de sa composition et de la procédure suivie devant lui, se traduisant vraisemblablement par une minoration du rôle de cette instance et la montée en puissance d'un contrôle de constitutionnalité de la loi éclaté entre le conseil d'Etat et la cour de cassation.

Une aventure inutile

Sans doute n'y-t-il pas lieu de revenir, pour le regretter, sur ce qui, désormais – et, il faut le reconnaître, avec bien peu d'objections doctrinales ou au sein du Comité Balladur – est inscrit dans la Constitution. Simplement, au moment d'en prendre acte, il faut dire une nouvelle et dernière fois que la voie est ainsi ouverte à d'inutiles procédures, devant toutes les juridictions, qui affaibliront le crédit - déjà bien diminué – de la loi et qui ne vont pas dans le sens de la sécurité juridique ; tandis que l'exception d'inconstitutionnalité n'ajoutera rien – ou si peu - à l'état de droit suffisamment couvert aujourd'hui par le droit conventionnel dont la prévalence sur le droit interne est assurée par tous les tribunaux et (en principe) par l'administration elle-même.

Il suffisait de s'inscrire dans la tradition française d'un contrôle préventif de la constitutionnalité de la loi, bien antérieure à la Constitution de 1958 et à l'institution du conseil constitutionnel, confortée par le pouvoir de sanction reconnu à celui-ci en 1958 et l'élargissement de sa saisine en 1974 ; ce contrôle préventif exercé systématiquement par le conseil d'Etat sur tous les projets de loi pouvait être encore renforcé, notamment par une nouvelle extension de la compétence de saisine du conseil constitutionnel, telle par exemple qu'un moment envisagée par le Comité Balladur au bénéfice du nouveau Défenseur des droits chargé précisément, par le nouvel article 71-1, de veiller au respect des droits et libérés.

Bref on pouvait compléter le contrôle préventif, si on l'estimait lacunaire, plutôt que rompre avec la tradition constitutionnelle française qui laisse le juge, serviteur de la loi, en dehors du contrôle de constitutionnalité de la loi. Car le conseil constitutionnel, à ce jour – et quoiqu'on ait pu dire -, n'est pas une juridiction lorsqu'il se prononce sur la conformité de la loi à la Constitution. L'aventure était, pensons-nous, inutile ; elle risque de se révéler hasardeuse.

Une aventure hasardeuse

L'exception d'inconstitutionnalité, désormais disponible, ne chasse pas le contrôle préventif ; elle s'y superpose. Les problèmes de coexistence seront nombreux.

Et d'abord le champ de l'exception d'inconstitutionnalité est limité aux « dispositions législatives qui portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », selon un schéma qu'on retrouve dans d'autres systèmes constitutionnels. Tandis que le contrôle préventif est plus large et inclut, à côté du respect des droits et libertés garantis par la Constitution, des aspects organiques, formels ou tirés d'objectifs ou de principes qui n'ont pas rang de libertés. Identifier, au sien de la loi, ce qui porte atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis sera une première difficulté qui ne sera pas surmontée sans hésitations ni incertitudes.

Dans cette limite, le contrôle par voie d'exception peut porter sur toutes les dispositions législatives existantes, les lois antérieures à 1958 comme celles adoptées depuis (contrairement à ce que prévoyait le projet du gouvernement), les dispositions de lois soumises au conseil constitutionnel avant leur promulgation au titre du contrôle préventif comme celles qui n'ont pas été déférées. S'agissant de lois qui ont été soumises au conseil constitutionnel avant leur promulgation, on pourrait penser que l'exception d'inconstitutionnalité se heurte à l'autorité absolue que l'article 62 de la Constitution reconnaît aux décisions du conseil constitutionnel. Mais la réponse est trop courte. Outre que cette autorité ne s'attache qu'au dispositif déclarant une loi non compatible avec la Constitution et pas aux décisions de conformité, qu'en sera-t-il des hypothèses - nombreuses – dans lesquelles le contrôle préventif a débouché sur une validation sous réserve d'interprétation de la loi ou sur un refus d'abrogation de dispositions législatives existantes ? Qu'en sera-t-il encore lorsqu'une disposition d'une loi en vigueur est contestée au titre de l'exception d'inconstitutionnalité alors que la loi ne l'a pas été, relativement à cette disposition, lors de la saisine préventive et que la

question n'est pas davantage évoquée dans la décision du conseil intervenue à ce stade ? Sans doute le conseil constitutionnel, saisi de la loi votée avant sa promulgation est censé faire un examen complet de celle-ci, au delà des termes de la saisine (« une troisième lecture de la loi du point de vue de sa constitutionnalité », disait le Doyen Vedel) ; mais on sait qu'il a déjà pris ses distances avec cette position de principe, notamment pour des lois composites et bavardes.

Bref – et même sans évoquer l'évolution nécessaire de la jurisprudence constitutionnelle – on ne peut pas affirmer que les lois déferées au conseil constitutionnel avant leur promulgation sont, pour l'ensemble de leurs dispositions, à l'abri du contrôle par voie d'exception ; ce qui est susceptible de mettre le conseil constitutionnel en contradiction avec lui-même... et avec les cours suprêmes dans leur rôle de « filtrage » des recours.

Car ce n'est pas là la moindre singularité de la réforme : le rôle de filtrage dévolu aux cours suprêmes en fait encore une aventure risquée.

Une aventure risquée

Une aventure risquée car, au-delà des mots et de l'affichage, c'est d'une certaine façon l'avenir du conseil constitutionnel qui est en jeu. Le conseil sera mécaniquement conduit, du fait de son insertion dans un processus proprement juridictionnel, à se réformer profondément, y compris dans sa composition.

L'exception d'inconstitutionnalité s'inscrit dans le cadre d'un procès, comme un moyen invoqué par l'une ou l'autre partie (ou qui pourrait être soulevé d'office ?). Amené à connaître de ce moyen et invité à y faire droit ou à le rejeter s'il en est saisi par le conseil d'Etat ou par la cour de cassation, le conseil constitutionnel remplit un office qui est celui du juge : il est à proprement parler, une juridiction constitutionnelle ; ce qu'il n'est pas actuellement dans sa fonction de contrôle préventif. Appelé désormais à un

office juridictionnel, il devra donc présenter tous les caractères de la juridiction, au moins pour le contentieux de l'exception d'illégalité. Or ces critères de la juridiction sont largement déterminés en dehors du droit français, notamment par la convention européenne des droits de l'homme et son article 6§1 dont on sait les exigences : impartialité de la juridiction (alors que le conseil ou certains de ses membres ont pu avoir part à l'élaboration et à l'adoption de la loi en cause), contradiction (ce qui conduira à adopter des règles de procédure actuellement inexistantes et amènera les avocats à la barre du conseil constitutionnel...), sans parler du délai raisonnable qu'il faudra concilier avec le « filtrage » des recours par les cours suprêmes.

C'est un nouveau conseil constitutionnel qu'il faut mettre en place, une juridiction dont la composition et les règles de procédure satisfassent aux exigences de la convention européenne et – plus simplement - aux principes qui gouvernent toute juridiction selon le droit français, principes dont la réforme serait mal venue de s'affranchir alors qu'elle prétend « rapatrier » le contrôle de conventionalité au bénéfice de la Constitution nationale. On ne voit pas que la loi organique puisse opérer cette réforme fondamentale du conseil constitutionnel qui, - pour valoir été entrevue un moment lors de débats au Sénat - ne trouve aucun appui, même implicite, dans le texte du nouvel article 61-1 de la Constitution.

Une aventure paradoxale

Venons-en enfin à ce paradoxe de la réforme qui, à travers le mécanisme du filtrage des recours, risque d'aboutir à une certaine dépossession du conseil constitutionnel de sa fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois alors qu'on voudrait ajouter à celle-ci. A supposer même que l'on parvienne à mettre en place cette juridiction constitutionnelle rénovée destinataire de l'exception d'inconstitutionnalité, le mécanisme du filtrage finalement retenu entraînera vraisemblablement le glissement du contrôle de constitutionnalité vers les cours suprêmes et singulièrement le conseil d'Etat

où – selon l’expression d’un de ses anciens vice-présidents – «l’on vit la Constitution à la main ».

Ce système du filtrage – déjà imaginé lors de la réforme inaboutie des années 90 – nous singularise parmi tous les pays européens qui pratiquent l’exception d’inconstitutionnalité : un moment pratiqué en Allemagne, il a été abandonné dès 1956 et n’existe ni en Italie ni en Belgique ni en Espagne. ; ce sont les cours constitutionnelles elles-mêmes qui statuent sur la recevabilité des recours, selon des procédures qui leur sont propres.

En adoptant au contraire le système du filtrage la réforme française risque de confisquer en fait le nouveau contrôle de constitutionnalité par voie d’exception pour en confier la réalité aux cours suprêmes. En appréciant le sérieux de la question de constitutionnalité qui leur est transmise, la cour de cassation et le conseil d’Etat se font *de facto* juges de la constitutionnalité de la loi (même s’ils n’en ont pas la sanction). La première retrouve là un rôle qu’elle a répugné à exercer au XIX^{ième} siècle lorsqu’elle a systématiquement cassé les décisions de cours d’appel qui faisaient un contrôle de constitutionnalité de la loi. Le second, au contraire, ajoute ainsi à sa fonction traditionnelle de contrôle de la constitutionnalité de la loi au stade du projet de loi (et par des avis qui seront désormais publics) une fonction juridictionnelle de même objet sur la loi votée. La configuration déjà réalisée historiquement au bénéfice du conseil d’Etat à l’égard des règlements se retrouvera demain à l’égard de la loi. C’est beaucoup, trop peut-être si l’on veut bien considérer que la dualité des fonctions consultative et contentieuse reste exposée au regard du droit conventionnel, comme en témoignent encore de récentes réformes au sein du conseil d’Etat inspirées par le souci de prévenir ces critiques.

Yves Gaudemet

*Professeur à la Faculté de droit de Paris
(Panthéon-Assas)*