

La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité

Guy CANIVET - Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid, 2-4 avril 2009, 1ère séance de travail : Les modes de saisine.

Introduction

On sait que, pour des raisons qui tiennent à son histoire constitutionnelle, jusqu'en 1958, la France s'est refusée à l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité des lois qui soit externe au pouvoir législatif. La place centrale de la loi, expression de la volonté générale, dans notre ordre juridique est l'explication principale de cette réticence des constituants successifs depuis 1791.

Rompant avec cette tradition, essentiellement dans le but de faire assurer le respect de la répartition instaurée entre le domaine de la loi et celui du règlement, les auteurs de la Constitution de 1958¹ ont institué le Conseil constitutionnel dont le statut, la composition et les pouvoirs sont principalement fixés par le titre VII de la Constitution, aux articles 56 à 63².

S'agissant précisément de la constitutionnalité des lois³, ces dispositions prévoient, à l'article 61, dans les compétences du Conseil constitutionnel, un contrôle préalable à leur promulgation, systématique en ce qui concerne les lois organiques et sur saisine de certaines autorités politiques pour les lois ordinaires⁴.

Ce dispositif s'insère dans un ensemble de moyens, préventifs ou contentieux, de vérification de la constitutionnalité des normes. D'une part, préalablement au dépôt des projets de loi au Parlement, le Conseil d'Etat, nécessairement saisi par le Gouvernement, donne un avis sur leur conformité à la Constitution⁵; il procède au même contrôle sur certains décrets⁶ ou sur certaines ordonnances⁷. D'autre part, statuant au contentieux sur la légalité de tous les actes administratifs, il en apprécie la conformité à la constitution. Le juge pénal a, de son côté, des pouvoirs plus limités de contrôler la conformité à la constitution des décrets à l'occasion des affaires dont il est saisi.

À partir de ce dispositif s'est progressivement renforcé l'examen préalable de constitutionnalité des lois (I) en même temps que s'est peu à peu imposée la nécessité d'instaurer une forme de contrôle de la loi promulguée qui s'est finalement réalisé par la réforme constitutionnelle du 28 juillet 2008 (II)

I – Le renforcement : L'aménagement et l'extension du contrôle préalable de la constitutionnalité des lois.

Depuis la mise en application de la Constitution de 1958 et l'institution du Conseil constitutionnel, le système a évolué dans quatre directions : l'introduction dans le bloc de constitutionnalité, par voie jurisprudentielle de garanties fondamentales (1), l'extension du champ du contrôle (2), l'ouverture de l'accès au juge constitutionnel (3), enfin l'aménagement des moyens de s'exprimer devant lui et la mise en place d'un minimum de contradictoire (4).

I – 1. La construction du « bloc de constitutionnalité »

Telle qu'elle se présente formellement, la Constitution de 1958 n'est précédée que d'un bref Préambule et ne comprend aucune Déclaration des droits. Elle n'énonce que des dispositions relatives au fonctionnement des institutions. Le Conseil constitutionnel a, toutefois par sa jurisprudence, étendu son pouvoir au respect de garanties fondamentales. A partir de l'article 1^{er} du Préambule de la Constitution qui dispose : « *Le peuple français proclame son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789* ⁸, confirmée par le Préambule de la Constitution de 1946 » , il a étendu le fondement du contrôle à ces deux textes, l'un, la déclaration de 1789, instaurant des droits civils et politiques, l'autre, le préambule de 1946, des droits économiques et sociaux⁹. Le Préambule de la Constitution de 1946 réaffirmant, en outre, les « *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »¹⁰, le Conseil constitutionnel les a recherchés dans l'histoire juridique de la République et ajoutés aux normes de référence.

En outre, une loi constitutionnelle de 2005¹¹, a adossé à la Constitution une Charte de l'environnement. De sorte que notre bloc de constitutionnalité comprend désormais un dispositif complet de droits fondamentaux, civils, politiques, économiques, sociaux et

environnementaux dont le Conseil constitutionnel assure le respect.

Je laisse de côté la question de la compatibilité de la loi avec les conventions internationales qui seront abordées cet après midi par mon collègue Olivier Dutheillet de Lamothe.

I – 2. L'extension du champ du contrôle de constitutionnalité

En fonction des modalités particulières de la saisine du Conseil constitutionnel, il arrive que, pour des raisons diverses, essentiellement politiques, certaines lois ne sont pas soumises à son contrôle. A cette restriction, le Conseil constitutionnel a apporté un correctif, en jugeant que, lorsqu'il est saisi d'une loi modificative il peut étendre son examen à la loi modifiée. Par ce biais, il fait porter son contrôle sur des lois déjà promulguées¹².

I – 3. L'ouverture de l'accès au Conseil constitutionnel

Réservé à l'origine aux seules autorités politiques : Président de la République, Premier ministre, Président de l'Assemblée nationale et Président du Sénat¹³, le droit de saisir le Conseil constitutionnel a été élargi à l'opposition parlementaire par une réforme constitutionnelle de 1974¹⁴ qui permet à soixante députés ou sénateur de soumettre au Conseil des moyens d'inconstitutionnalité de la loi votée avant sa promulgation. Comme on pouvait le prévoir, les saisines de l'opposition constituent aujourd'hui l'essentiel de l'activité du Conseil constitutionnel.

I – 4. La mise en place d'une procédure contradictoire

En outre, la procédure du Conseil constitutionnel s'est « juridictionnalisée ». De sa propre initiative, autant que le permet le court délai dans lequel il doit statuer (1 mois ou seulement 8 jours en cas d'urgence¹⁵), il procède à un échange contradictoire des mémoires entre les auteurs de la saisine, qui contestent la conformité de la loi à la Constitution et le Gouvernement qui la défend. Le cas échéant, le rapporteur désigné entend les observations orales des représentants des groupes de parlementaires qui l'ont saisi. Le Conseil constitutionnel accepte en outre, d'examiner les écrits informels qui lui sont spontanément adressés par toute personne, institution ou groupe d'intérêts, lorsque ces lettres exposent des arguments pertinents et substantiels. Cette ouverture est rendue possible par le pouvoir de soulever d'office des questions de constitutionnalité non invoquées par les requérants que s'est reconnu le Conseil constitutionnel.

De tout ce qui précède, on comprend qu'avant même la récente réforme, le contrôle de constitutionnalité est en France déjà substantiel. Il comprend en effet :

- **Sur des normes infra-législatives** : un contrôle *a priori* de certains décrets et ordonnances ; un contrôle *a posteriori* complet et sans réserve de la conformité à la Constitution des actes administratifs, effectué par le Conseil d'Etat et les juridictions administratives,
- **Sur des actes législatifs** : un contrôle *a priori* de la conformité de la loi à la Constitution auquel procède, d'abord le Conseil d'État, avant dépôt du projet de loi au Parlement, ensuite le Conseil constitutionnel, après son vote et avant sa promulgation,
- **Sur les traités** : un contrôle *a priori*, avant ratification, de leur conformité à la Constitution, par le Conseil constitutionnel, complété d'un autre *a priori* du Conseil d'État sur les projets de loi de ratification, enfin éventuellement, du contrôle *a priori* dont peut être saisi le Conseil constitutionnel avant la promulgation de ces lois.

En outre, ainsi que le développera tout à l'heure M. de Lamothe, ce contrôle de conformité aux droits et libertés fondamentaux contenus dans la Constitution se cumule avec un autre, général et sans limite, de la compatibilité des lois et des règlements avec les garanties contenues dans les conventions internationales d'effet direct, opéré par les juridictions ordinaires, judiciaires ou administratives.

II – La transformation : La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008

En dépit des aménagements importants apportés par la pratique, sur un point au moins, en comparaison de ses homologues européens, le modèle français de contrôle de constitutionnalité, restait insuffisant. Depuis longtemps on estimait qu'il n'était plus en harmonie avec la conception française et européenne de l'État de droit, notamment par l'impossibilité d'accès du citoyen à la justice constitutionnelle. Un projet permettant de remédier à cette carence, élaboré en 1990 par le Gouvernement n'a pas abouti. Ses dispositions ont été reprises, en 1993, dans le rapport d'un groupe de travail institué pour faire des propositions de rénovation des institutions de la V^e République, dont le processus a une fois de plus été interrompu. Finalement ces propositions ont été réitérées par une nouvelle commission, mise en place en 2007, pour préparer ce qui allait devenir la loi constitutionnelle de 2008.

Au terme de ce processus, notre dispositif de contrôle de constitutionnalité a en effet été rénové par d'importantes modifications introduites par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, dite de modernisation des institutions de la V^e République¹⁶. La réforme introduit des innovations à

deux points de vue : d'une part, elle instaure un contrôle de la constitutionnalité de la loi promulguée, d'autre part, et de ce fait, elle crée les conditions d'un véritable procès de constitutionnalité.

A – L'ouverture d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi promulguée

L'innovation la plus importante de la réforme de 2008 est sans aucun doute l'extension du contrôle de constitutionnalité à la loi promulguée ¹⁷. Cette ouverture introduite dans un nouvel article 61-1 de la Constitution, est toutefois assortie d'importantes limites. Il doit, en outre, être précisé, que votée au mois de juillet dernier, cette réforme n'est pas encore effective, puisque son application est subordonnée à la promulgation d'une loi organique qui en précisera les modalités. Cette loi organique est en cours de préparation ; les développements qui suivent tiennent compte dans son état actuel de préparation, avec l'aléa des modifications du texte finalement voté par le Parlement.

La Constitution prévoit désormais¹⁸ que lorsque, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, quelle qu'elle soit, administrative ou judiciaire, civile ou pénale, et à quelque niveau que ce soit, première instance, appel ou cassation, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi par voie préjudicielle.

De l'énoncé même de la Constitution se déduit une première limite : Le modèle français n'introduit pas un recours de constitutionnalité direct du citoyen - tel que le recours

« d'amparo » dans le système espagnol – c'est un recours dit incident, à l'occasion et dans le cadre d'un procès judiciaire ou administratif ¹⁹. Il n'existe par ailleurs en France aucun moyen de faire contrôler par le Conseil constitutionnel la conformité aux garanties fondamentales des jugements, notamment des arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation lesquels ne sont soumis à aucun recours.

Deuxième limite, à l'inverse du recours similaire existant devant le Tribunal constitutionnel espagnol, ce contrôle ne se fait pas au regard de l'ensemble de la Constitution mais au regard des droits et libertés qu'elle contient. Ce qui signifie d'une part, que ne peuvent pas être invoquées au moyen de cette procédure les garanties fondamentales contenues dans des Conventions internationales, d'autre part, que le citoyen ne peut pas à l'occasion d'un procès prétendre que la loi applicable n'a pas été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution. La procédure parlementaire échappe à ce contrôle.

Troisième limite, aux termes mêmes de la Constitution²⁰, le renvoi au Conseil constitutionnel doit être demandé au juge. A priori, il ne semble pas que la juridiction puisse soulever d'office la question de conformité de la loi applicable au litige aux droits et libertés constitutionnelles.

Quatrième limite, qui distingue également, sur un point fondamental, la procédure préjudicielle de constitutionnalité espagnole de celle qui est instaurée en France, le renvoi est filtré par chacune des juridictions supérieures des ordres administratif ou judiciaire ²¹. Le juge qui entend soumettre au Conseil constitutionnel une question de constitutionnalité doit d'abord l'adresser, selon l'ordre juridictionnel dont elle relève, soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation, lesquels, avant de la transmettre au Conseil constitutionnel, en vérifieront la recevabilité.

Selon ce qui est envisagé par le projet de loi organique, il sera examiné, d'un point de vue formel, outre les questions générales de recevabilité, que la question est écrite et motivée, ce que l'on peut supposer puisqu'elle fera l'objet d'un jugement et, d'un point de vue substantiel, qu'elle n'a pas déjà été jugée par le Conseil constitutionnel, qu'elle est sérieuse, qu'elle pose une question nouvelle et qu'elle est nécessaire à la solution du litige.

La loi organique en cours de préparation fixera également les modalités pratiques, et notamment les délais, de cette procédure. L'idée générale est d'éviter d'encombrer le Conseil constitutionnel de recours inutiles, d'écarter les stratégies dilatoires et de ne pas retarder inutilement l'issue du procès, de sorte que dans son ensemble la procédure ne devra pas excéder six mois (3 mois pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat – 3 mois pour le Conseil constitutionnel).

La juridiction qui pose la question de conformité à la Constitution sursoit à statuer jusqu'à la réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, en cas de non renvoi au Conseil constitutionnel, ou de la décision de celui-ci s'il a été saisi. L'instance n'est, en revanche, pas suspendue, lorsque la juridiction doit se prononcer dans un délai légal ou lorsque, en matière pénale, une personne est privée de liberté. En tout état de cause, l'instruction du procès n'est pas interrompue et des mesures conservatoires peuvent être prononcées. Des dispositions particulières sont en outre prévues pour tenir compte de la spécificité de la procédure criminelle. Enfin les modalités d'examen préalable de la question par l'une et l'autre des juridictions supérieures, judiciaire ou administrative, seront adaptées à leur organisation propre.

B – L'instauration d'un contrôle contentieux de la constitutionnalité de la loi – Le procès de constitutionnalité

En dépit de limites qui viennent d'être exposées, la récente modification de la Constitution est d'une portée considérable car elle instaure un véritable procès de constitutionnalité. Le débat devant le Conseil constitutionnel sera en effet contradictoire et permettra de vérifier, sur requête d'un citoyen, dans une situation contentieuse, la conformité de la loi à la Constitution.

1 – Le procès de constitutionnalité

De l'arrêt Ruiz-Matéos c. Espagne, du 26 juin 1993, on a déduit, que s'insérant dans un procès dont il déterminera la solution, le recours de constitutionnalité devra, devant le Conseil constitutionnel, respecter les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : contradiction des débats, respect des droits de la défense, égalité des armes et publicité des audiences...

Ainsi est-il prévu que, dès réception du dossier, le Conseil constitutionnel avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat qui peuvent adresser au Conseil leurs observations sur la question de constitutionnalité qui lui est soumise. Pour le reste le règlement intérieur du Conseil constitutionnel fixera les modalités de l'instruction de la question de constitutionnalité, il déterminera les conditions dans lesquelles les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations et les cas exceptionnels dans lesquels l'audience ne sera pas publique. C'est donc bien un véritable procès qui est organisé.

2 – La décision du Conseil constitutionnel

Prononcée à l'issue de cette procédure juridictionnelle, la décision du Conseil constitutionnel sera évidemment motivée, notifiée à toutes les parties concernées et publiée au journal officiel.

Aux termes mêmes de la Constitution 22, une disposition légale déclarée inconstitutionnelle dans le cadre de cette procédure est abrogée à compter de la publication de la décision. Toutefois, par souci de protection de la sécurité juridique, le Conseil constitutionnel a le pouvoir de différer l'effet de l'abrogation. Il peut aussi déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. La sanction du défaut de conformité de la loi à la Constitution est donc radicale et objective, elle produit un effet *ergo omnes* en retirant la disposition litigieuse de l'ordre juridique. Elle est différente du constat de non compatibilité de la loi interne avec une Convention internationale d'effet direct, auquel peut procéder le juge ordinaire, puisque, en ce cas, ce juge ne peut qu'écarter l'application de la disposition légale concernée au litige dont il est saisi. En principe l'effet de ce constat est limité aux parties en la cause même si, en fonction de l'autorité de la juridiction qui la prononce, le jugement crée jurisprudence. Il en résulte que la question préalable d'inconstitutionnalité est procédure particulière qui a un objet propre, différent du moyen tiré de l'incompatibilité de la loi interne à une convention internationale, elle vise spécifiquement à l'abrogation de la disposition législative contraire. Elle confère au citoyen le droit, jusqu'alors inexistant, de demander, selon une procédure ouverte par la Constitution, l'abrogation de la loi non conforme à la Constitution. C'est un recours préalable en abrogation.

Comme toutes les autres décisions du Conseil, celles qui statuent dans le cadre de cette procédure ont l'autorité de la chose jugée 23. Elles ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Conclusion

Le moment est maintenant venu de conclure sur quelques interrogations dont certaines pourront lancer notre discussion.

La procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois promulguées devra prendre sa place en marge des moyens de contrôle de la compatibilité des normes internes par rapport aux textes fondamentaux d'ordre international, directement applicable en France. En particulier ce recours préalable en appréciation de conformité des dispositions législatives avec les droits et libertés que la Constitution garantit, centralisé dans les pouvoirs du Conseil constitutionnel, doit se situer par rapport au le contrôle de compatibilité diffus que tous les juges pratiquent sur les normes internes à partir de conventions internationales. Ayant des procédures et des objets différents, les deux voies de droit ne peuvent se confondre. La question de constitutionnalité sera par conséquent traitée séparément, préalablement au moyen tiré de l'incompatibilité de la loi interne à une convention internationale. Il sera intéressant de comparer ce point avec votre propre pratique de la question d'inconstitutionnalité prévue par l'article 163. 1 de la Constitution espagnole.

La seconde question est celle de la nature du contrôle exercé par voie préjudicielle. Est-il abstrait, identique à celui que nous pratiquons dans le cadre d'un contrôle préalable ou bien s'agit il au contraire d'un contrôle concret, se lequel influe la situation de fait qui sous-tend le litige principal ?

Enfin, dernière question. Comment concilier le recours a priori avec le recours a posteriori, s'excluent-ils, s'ajoutent-ils, se combinent-ils et comment ?

1 - Articles 34 et 37 de la constitution.

2 - D'autres pouvoirs sont prévus dans d'autres dispositions de la Constitution : avis sur la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du Président de la République en cas de menace sur les institutions de la République (article 16), arbitrage entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans la procédure d'élaboration de la loi (article 37 et 41), contrôle de la conformité à la Constitution des accords internationaux avant leur promulgation (article 54) contrôle des pouvoirs normatifs des collectivités d'outre mer (article 74). L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel sont prévus par une ordonnance portant loi organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958. Le statut des membres est précisé par le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel. En l'état le Conseil n'a pas adopté de règlement intérieur.

3 - Le Titre VII de la Constitution confère en outre au Conseil constitutionnel des pouvoirs de contrôle de la régularité de certaines élections nationales (Président de la République, députés et sénateurs) ou des référendums (articles 58, 59 et 60)

4 - Art. 61. - Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

5 - Art. 39, alinéa 2

6 - Art. L 112-1 du Code administratif

7 - Art. 38, alinéa 2.

8 - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (articles 1^{er} à 17).

9 - Al. 2 du Préambule de la Constitution de 1946 proclament, comme particulièrement nécessaire à notre temps des principes politiques, économiques et sociaux.

10 - Al. 1^{er}, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

11 - Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 (JO du 2 mars 2005)

12 Décision n° 85-187 DC, Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie, 25 janvier 1985 ; 464-02 DC, Loi de finance pour 2003, 27 décembre 2003.

13 - Art. 61, al. 2, de la Constitution.

14 - Loi constitutionnelle du 29 octobre 1974.

15 - Art. 61, alinéa 3.

16 - Art. 28, 29 et 30 de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

17 - Art. 29 de Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

18 - Article 61-1 : « 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'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

19 - « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction... »

20 - « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu... »

21. « ...le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

22 -Article 62, alinéa 2.

23 -Article 62, alinéa 3.