

## Essai de stratégie constitutionnelle : quelle politique jurisprudentielle pour sauver la question préjudicielle de constitutionnalité ?

« Perspectives jurisprudentielles : faire évoluer les contrôles ? ». Pour le *Robert*, dans l'abstrait, selon un premier sens, le terme de « perspective » désigne un « évènement ou une succession d'évènements, qui se présente comme probable ou possible » ; selon un troisième sens, il est un « aspect sous lequel une chose se présente ; [une] manière de considérer quelque chose ». C'est d'abord en ce troisième sens que le terme de perspective sera retenu. Appréhender l'objet « perspectives jurisprudentielles » revient à adopter un point de vue qui porte sur la doctrine des juges ou doctrine jurisprudentielle, plus communément appelée jurisprudence. Ce point de vue sera confronté à une autre perspective, dans le premier sens cette fois : la mise en place d'une question préjudicielle de constitutionnalité. Plus précisément, le thème proposé invite à une interrogation sur l'opportunité de faire évoluer la doctrine des juges alors que l'on s'achemine vers une coexistence problématique d'un contrôle de conventionnalité diffus et d'un contrôle de constitutionnalité concentré exercé par la voie préjudicielle<sup>1</sup>.

Les perspectives, dans le premier sens, d'une telle coexistence ne sont pas des plus radieuses. L'existence et la concurrence d'un contrôle de conventionnalité semblent annihiler tout intérêt pratique à la mise en place d'une question préjudicielle de constitutionnalité<sup>2</sup>. La réforme<sup>3</sup>, tant retardée et tant attendue de la question préjudicielle de constitutionnalité, arrive trop tard. En l'état, futur et probable, « l'examen de constitutionnalité par voie de question posée au seul Conseil constitutionnel [sera] (...) un procès *exceptionnel*, compliqué, filtré, lent, lourd, décourageant »<sup>4</sup>.

Quel plaideur de bonne fois aura intérêt à invoquer l'inconstitutionnalité de la loi, qui implique un allongement considérable de la durée du procès, alors qu'il est possible de soulever une exception d'inconventionnalité avec une réponse immédiate du juge saisi au fond<sup>5</sup> ? Certes, les effets du

---

<sup>1</sup> Le contrôle de constitutionnalité n'est certes pas exercé seulement par la voie préjudicielle puisqu'il existe également un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Toutefois, c'est seulement celui exercé par l'intermédiaire de la question préjudicielle qui est « menacé » par le contrôle de conventionnalité diffus.

<sup>2</sup> Difficulté qui n'a d'ailleurs pas été omise par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, même si aucune mesure n'a été explicitement et spécialement retenue pour la résoudre. Voir, le rapport, *Une V<sup>ème</sup> République plus démocratique*, p. 89 et s.

Voir d'une manière générale sur la réforme du contrôle de constitutionnalité préconisée par le « Comité BALLADUR » : V. BERNAUD, M. FATIN-ROUGE STEPHANINI, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », *R.F.D.C., Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008 ?*, numéro hors-série, 2008, pp. 169-195.

<sup>3</sup> Loi de révision constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République, introduisant un article 61-1 à la Constitution et substituant au premier alinéa de l'article 62 deux nouveaux alinéas.

<sup>4</sup> D. DE BECHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 118.

<sup>5</sup> Voir en particulier sur cette évidence : G. ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *A.J.D.A.*, 2008, p. 967 ; P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Contrôle de

contrôle de constitutionnalité sur la loi seront absolus, contrairement à l'effet relatif du contrôle de conventionnalité ; mais seuls les plaideurs qui auront un intérêt à obtenir la disparition de la loi, au-delà du procès immédiat qui les concerne, préféreront la question préjudicielle de constitutionnalité. Il y aura vraisemblablement des décisions du Conseil constitutionnel, rendues par la voie préjudicielle, *France nature environnement*, *G.I.S.T.I.* ou *Association ornithologique et mammologique*, certainement des décisions *Hauchemaille* et/ou *Meyet*, mais pour d'autres raisons, moins de décisions *Lamotte*, *Fraisse* ou *Boisvert*. Pour réduire encore les illusions qu'auraient encore d'idéalistes constitutionnalistes, d'autres difficultés s'ajoutent à la question de la durée du procès.

Le double filtrage fait peser une double incertitude sur le résultat de la question préjudicielle de constitutionnalité. Le coût du procès, souvent éludé de la réflexion mais qui s'inscrit dans une lecture stratégique, sera croissant. Le ministère d'avocat obligatoire, accompagné selon toute vraisemblance du privilège, de ceux qui n'ont pas été abolis, des avocats aux conseils contribuera à « alourdir » la procédure.

Au-delà du plaideur enfin, l'attitude même du juge de première instance, qui devrait être libre de renvoyer ou de ne pas renvoyer la question de constitutionnalité aux juridictions suprêmes, est également susceptible de faire obstacle à ce renvoi. Saisi à la fois de moyens tirés de l'inconventionnalité et de l'inconstitutionnalité de la loi, quel intérêt aura-t-il à renvoyer la résolution d'une question de constitutionnalité à d'autres juges, avec le caractère aléatoire du résultat, alors qu'il est possible de régler directement la question à partir d'un contrôle de conventionnalité substantiellement équivalent<sup>6</sup> ? Après un petit déjeuner *bacon and eggs, a full breakfast*, il sera difficile pour le juge de première instance de ne pas user de l'étendue du pouvoir qui est le sien, c'est-à-dire de ne pas juger lui-même de la régularité de la loi et de renvoyer cette question à d'autres juges. En outre, quant on connaît le « syndrome hiérarchique », pour le moins schizophrénique, du juge de première instance, hanté par le risque de se faire désavouer par les juridictions « supérieures », on peut supposer qu'il ne procédera au renvoi par la voie préjudicielle que s'il est certain qu'il existe une difficulté sérieuse de constitutionnalité, quelles que soient par ailleurs les conditions qui lui seront imposées par la loi organique.

Dans un tel contexte, quelles perspectives jurisprudentielles, dans le sens premier, sont-elles possibles ? L'interrogation posée par le sujet n'est plus de mise. Il ne s'agit pas de s'interroger sur l'opportunité de modifier les doctrines des juges. Si l'on souhaite sauver la question préjudicielle de constitutionnalité, la modification s'impose. Cette perspective invite à quitter le postulat méthodologique premier du normativiste : le discours descriptif. Elle implique de tenir un discours prescriptif, en indiquant comment les doctrines des juges doivent être modifiées pour que la question préjudicielle de constitutionnalité puisse exister face à l'omniprésent contrôle de

---

constitutionnalité *a posteriori* et contrôle de conventionnalité de la loi : une coexistence impossible ? », *Dalloz*, 2008, n° 3, p. 166 et s.

<sup>6</sup> Voir sur cette question G. ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *A.J.D.A.*, 2008, p. 967.

conventionnalité diffus. A s'engager dans une telle voie, c'est une *stratégie jurisprudentielle* qui sera proposée, en assumant tout le cynisme qu'une telle démarche peut parfois emporter et le caractère iconoclaste du propos. Profitons de cette occasion pour expérimenter une attitude de *marketing constitutionnel* qui sera peut-être bientôt plus familière aux constitutionnalistes dans leurs nouvelles fonctions de conseil, impliquées par la mise en place d'une question préjudicielle.

Quelle(s) stratégie(s) jurisprudentielles sont-elles susceptibles d'être mises en œuvre afin de préserver une concurrence honnête et loyale entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité ? Une solution sera écartée : la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité diffus<sup>7</sup>. Elle s'inscrit dans la logique du « tout ou rien » défendu par le Président du Conseil constitutionnel, Pierre MAZEAUD : « les deux contrôles [de conventionnalité et de constitutionnalité] à tous les juges ou les deux contrôles au Conseil constitutionnel »<sup>8</sup>. Elle ne semble pas relever d'une perspective jurisprudentielle mais plutôt d'une perspective textuelle, dans le troisième sens. Si l'on s'en tient à la première, dans le premier sens, la doctrine des juges doit s'inscrire dans un double mouvement : d'une part, le contrôle de conventionnalité de loi doit être réorganisé (§ I) et, d'autre part, le contrôle de constitutionnalité doit être optimisé (§ II).

## I – Un contrôle de conventionnalité à réorganiser

Dans la perspective concurrentielle retenue, afin de rendre viable la question préjudicielle de constitutionnalité, l'intérêt comme l'opportunité de soulever l'inconventionnalité de la loi devront être réduits. Le contrôle de conventionnalité doit perdre son avantage concurrentiel. Pour se faire, le contrôle de conventionnalité tel qu'il est exercé par le juge de droit commun doit être verrouillé (A). En outre, le juge constitutionnel doit ouvrir son prétoire au droit international conventionnel et au droit communautaire dans son ensemble en renonçant à la jurisprudence *I.V.G.* (B).

### *A – Verrouiller le contrôle de conventionnalité devant le juge de droit commun*

Sans préjuger du caractère plus ou moins favorable de la jurisprudence administrative ou judiciaire vis-à-vis du droit international et du droit communautaire, il n'en reste pas moins que le « verrouillage » du contrôle de conventionnalité devant le juge de droit commun peut s'appuyer sur l'existant et/ou emprunter des voies nouvelles.

<sup>7</sup> Voir en particulier plaidant en ce sens, en s'appuyant sur la coexistence discutée d'un contrôle des lois antérieures à la Constitution de la compétence du juge administratif, et d'un contrôle des lois postérieures qui n'en relève pas : E. CARPENTIER, J. TREMEAU, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire. Qu'en pensez-vous ? A propos de C.E., ordo. réf., 21 nov. 2005, *Boisvert* et C.E., Ass., 16 déc. 2005, *Syndicat national des buissiers de justice* », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, *op. cit.*, p. 553.

<sup>8</sup> P. MAZEAUD, « L'exception d'inconstitutionnalité », *Dalloz*, 2008, p. 64.

L'article 55 de la Constitution offre en premier lieu un certain nombre de verrous susceptibles de limiter l'exercice du contrôle de conventionnalité. Les conditions posées à l'applicabilité et/ou à la primauté des traités ou accords sont autant d'obstacles à l'exercice du contrôle de conventionnalité : que ce soit l'existence d'une publication<sup>9</sup> et d'une ratification<sup>10</sup>, l'appréciation de la condition de réciprocité<sup>11</sup> ou le contrôle de la régularité de la publication<sup>12</sup> ou de la procédure de ratification d'un engagement international<sup>13</sup>. Pour garantir un verrouillage efficace, le juge de droit commun doit examiner d'office de tels moyens<sup>14</sup>.

Les conditions posées à l'invocabilité directe des stipulations d'une convention internationale ou du droit communautaire représentent en deuxième lieu un outil aux mains du juge pour limiter l'exercice du contrôle de conventionnalité<sup>15</sup>.

Pour le droit international classique, deux conditions sont posées par le juge administratif. L'énoncé de la norme issue d'une stipulation conventionnelle doit être suffisamment précis pour que l'intervention de mesures internes d'application ne soit pas nécessaire, ce qui recouvre en partie la question de l'applicabilité directe<sup>16</sup>. La norme doit également être créatrice de droits et

<sup>9</sup> C.E., Ass., 16 novembre 1956, *Sieur Villa*, *Leb.*, p. 433 ; C. cass., ch. com., 2 mai 1972, *Gossard*, *Bull.*, n° 124, p. 126..

<sup>10</sup> C.E., sect., 1<sup>er</sup> juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin*, *Leb.*, p. 312.

<sup>11</sup> C.E., Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *Leb.*, p. 220, pour une affirmation plus récente, CE, Ass., 9 avr. 1999, *Chevroil-Benkeddach*, *Leb.*, p. 115. Depuis, le Conseil d'Etat n'a semble-t-il pas eu directement l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence pour prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la solution qu'il retient (C.E.D.H., 13 févr. 2003, *Chevroil c/ France*, req. n° 49636/99).

En revanche, pour la Cour de cassation « en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue (...) par l'article 55 de la Constitution » (C. cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1984, *Kryla*, *Bull. civ. I*, n° 85, p. 69).

<sup>12</sup> C.E., 11 avril 1962, *Société Savana et société des établissements textiles de Modeliarpeth*, *Leb.*, p. 261.

<sup>13</sup> C.E., Ass., 18 décembre 1998, *S.A.R.L. du parv d'activités de Blotzheim et S.C.I. Haselaeker*, *A.J.D.A.*, 1999, p. 180 ; contrôle par voie d'exception à l'occasion de l'application d'un engagement international, voir C.E., Ass., 5 mars 2003, *M. Hamdi Aggoun*, *Leb.*, p. 77.

Voir, dans le même sens : C. cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar*, *Bulletin civ. I*, n° 149, p. 97.

Le contrôle de la régularité de la procédure de ratification ne peut conduire à censurer une procédure irrégulière au motif que l'autorisation législative de ratification du traité n'a pas été précédée d'une révision de la Constitution, en violation de l'article 54 de la Constitution, ce qui reviendrait en substance à contrôler la constitutionnalité de la loi et du traité qu'elle a pour objet de ratifier : C.E., 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *Leb.*, p. 260.

<sup>14</sup> On peut considérer que les conditions de l'article 55 de la Constitution sont des conditions d'applicabilité de la norme internationale et, qu'à ce titre, elles doivent être examinées d'office par le juge. Par analogie, ces conditions peuvent être analysées comme participant des moyens soulevés d'office au titre de « la méconnaissance du champ d'application de la loi ». Ainsi, le juge administratif soulève d'office le moyen tiré de ce que des dispositions ne sont pas encore entrées en vigueur ou ont cessé d'être en vigueur (voir sur cette question : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11<sup>ème</sup> édition, 2004, § 935 et s., § 936 en particulier).

<sup>15</sup> Sur les deux conditions principales examinées ci-après, voir R. ABRAHAM, conclusions sur C.E., sect., 23 avril 1997, *G.I.S.T.I.*, *Leb.*, p. 142. Une troisième condition est parfois identifiée, elle est relative à la portée normative de la stipulation en cause. D'un point de vue théorique, serait dépourvue de caractère normatif une stipulation conventionnelle contenant un énoncé déclaratif. Voir sur le caractère discuté de cette condition : D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, « Les clauses d'un traité international dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire », *A.J.D.A.*, 1997 p. 435.

<sup>16</sup> Voir par exemple : C.E., sect., 22 juin 1979, *Fasbender et Ding*, *Leb.*, p. 284.

d'obligations pour les particuliers<sup>17</sup>. En d'autres termes, la norme doit être complète et avoir pour destinataire l'individu. Cette jurisprudence, justifiée dans une certaine mesure par le *self restraint* du juge face à la loi, lui permet d'écarter le moyen tiré de la violation de stipulations conventionnelles.

Pour le droit communautaire, les limites à son invocabilité ont eu tendance à se réduire avec le temps. Le problème de l'invocabilité des principes généraux du droit communautaire semble résolu<sup>18</sup>. Les directives soulèvent encore des difficultés, même si celles-ci ont été en grande partie réglées. Certes, en principe, leur violation ne peut être directement être dénoncée à l'encontre d'un acte administratif individuel<sup>19</sup>; cependant, en pratique, cet inconvénient peut être contourné<sup>20</sup>. Toutefois, seuls les objectifs d'une directive sont susceptibles d'être opposés à la loi. Cette solution est d'ailleurs proche de l'énoncé littéral de l'article 234 du traité C.E., tout en étant contraire à la jurisprudence communautaire qui permet l'invocabilité des dispositions claires, inconditionnelles et précises d'une directive<sup>21</sup>. En pratique, vu le degré de précision des dispositions d'une directive, limiter leur invocabilité aux seuls objectifs restreint considérablement leur invocabilité. Enfin, la limite la plus forte sans doute à l'invocabilité résulte de la prise en compte par le juge du domaine d'application du droit communautaire. Ainsi, dès qu'une mesure nationale à l'encontre de laquelle le droit communautaire est invoqué ou que le litige dans lequel elle est destinée à s'appliquer n'entre pas dans son domaine d'application, le droit communautaire ne pourra être invoqué. Le juge administratif appuie son analyse sur le principe de répartition des compétences entre les Etats et l'Union et les Communautés européennes pour écarter tout grief tiré de l'application du droit communautaire, dès lors que celui-ci n'intervient pas dans son

---

A partir du moteur de recherche experte de *legifrance* (<http://www.legifrance.gouv.fr/>), nous n'avons trouvé aucun arrêt ou jugement des juridictions judiciaires utilisant l'expression « précision suffisante » ou celle d'« absence de texte » d'application pour rejeter l'invocabilité d'une stipulation d'une convention internationale.

<sup>17</sup> Voir par exemple : C.E., Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, *Leb.*, p. 37, conclusions C. MAUGÛE, *R.F.D.A.*, 1999, p. 357.

Voir par exemple pour une telle exigence devant la Cour de cassation à propos de l'article 37 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, « qui ne crée d'obligations qu'à la charge des Etats » : C. cass., crim., 18 juin 1997, n° pourvoi 97-82008, *Bull. crim.*, 1997, n° 244, p. 806. Sur cette convention, la Cour de cassation a dans un premier temps retenu une absence d'invocabilité générale (C. cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1993, n° de pourvoi 91-11310, *Bull. I*, 1993, n° 103, p. 69), avant de retenir une invocabilité différenciée selon les stipulations concernées (voir pour l'admission de l'invocabilité de l'article 12 de la Convention : C. cass., mixte, 9 février 2001, n° de pourvoi 98-18661, *Bulletin ch. m.*, 2001, n° 1, p. 1).

<sup>18</sup> C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Leb.*, p. 624.

<sup>19</sup> C.E., Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, *Leb.*, p. 524.

<sup>20</sup> C.E., Ass. 30 octobre 1996 *S.A. Cabinet Revert et Badellon*, *Leb.*, p. 397 (un acte réglementaire qui n'a pas tiré les conséquences d'une directive, mais qui n'est pas « contraire » à la directive selon l'interprétation dominante, peut être considéré comme s'interposant entre celle-ci et un acte individuel); C.E., Ass., 6 février 1998, *Tête*, *Leb.*, p. 30 (peut s'interposer entre la directive et l'acte individuel, autorisant l'invocabilité de la première, une solution jurisprudentielle).

<sup>21</sup> C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. 41/74, *Rec.*, 1974, p. 1337.

Voir pour un état récent de la jurisprudence communautaire sur cette question : T. VON DANWITZ, « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *R.T.D.E.*, n° 43, 2007, pp. 575-595.

domaine de compétence<sup>22</sup>. Il soulève d'office cette question ce qui contribue à renforcer son efficacité à faire obstacle à l'application du droit communautaire.

Pour le droit communautaire seulement, il faut en quatrième lieu encourager un mouvement significatif constaté en particulier devant le Conseil d'Etat : le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, tant sur des questions d'interprétation que sur des questions de régularité. L'utilisation de la question préjudicielle communautaire, dans ces deux volets, contribuera à allonger la durée du procès dans lequel la violation du droit communautaire est dénoncée. Le renvoi à la Cour de justice des Communautés européennes se justifiera en particulier dans le cadre du contrôle de conventionnalité du droit communautaire et, plus précisément, du contrôle du respect par le droit communautaire des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire<sup>23</sup> selon les exigences posées par l'arrêt *Foto-Frost* de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>24</sup>.

Une interprétation de l'article 61-1 nouveau de la Constitution, audacieuse et retro-prospective, aurait pu être en quatrième lieu entreprise dans le sens d'une question préjudicielle de conventionnalité si les termes « droits fondamentaux »<sup>25</sup> avaient été utilisés sans référence à la Constitution. Ces termes auraient permis d'englober non seulement les droits fondamentaux d'origine constitutionnelle, mais également ceux d'origine conventionnelle. Une violation manifeste par le législateur du droit communautaire ou conventionnel aurait justifié un renvoi par le juge du fond au Conseil constitutionnel pour que celui-ci abroge la loi<sup>26</sup>, qui n'aurait plus seulement été écartée dans le litige concerné. Le contrôle de conventionnalité diffus n'aurait pas été supprimé, il est imposé pour le droit communautaire par la jurisprudence *Simmenthal*<sup>27</sup>. Seulement, une voie de droit complémentaire de contrôle concentré en cas de violation manifeste d'un engagement international ou du droit communautaire aurait été ajoutée. Une telle voie ne se heurte pas aux exigences communautaires dans la mesure où elle n'empêche le juge de droit commun d'écartier la loi contraire au droit communautaire que dans des cas limités et où elle

<sup>22</sup> Pour un refus d'examiner le moyen tiré de la violation d'un principe général du droit communautaire à l'encontre d'actes qui n'ont pas été pris pour « la mise en œuvre du droit communautaire », voir : C.E., Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, précit. Pour le refus d'examiner le respect d'un principe de droit communautaire alors que le domaine d'intervention des mesures nationales relève du « droit interne et (...) pas du droit communautaire », voir C.E., 9 juillet 1997, *Office public communautaire d'habitation à loyer modéré de Saint-Priest, Leb.*, p. 492. Un autre arrêt peut également être cité dans le même sens, et qui ne concerne pas les principes généraux du droit communautaire : C.E., 7 janvier 2004, *Dame Martin*, Req. n° 237395.

<sup>23</sup> Sur les principes qui président au contrôle du respect des droits fondamentaux, reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire, par les directives communautaires, voir : C.E., sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, Req. n° 296845, conclusions M. GUYOMAR, *R.F.D.A.*, 2008, p. 575 et s.

<sup>24</sup> C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, § 14.

<sup>25</sup> Les termes ont été proposés par le Comité BALLADUR, avec la référence « reconnus par la Constitution », la révision constitutionnelle a retenu ceux de « droits et libertés que la Constitution garantit ».

<sup>26</sup> Selon l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

<sup>27</sup> C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.

contribue à garantir un respect plus efficace du droit communautaire. L'effet de la déclaration d'inconventionnalité est absolu : la loi est abrogée par le juge constitutionnel, elle n'est plus seulement écartée du litige par le juge de droit commun.

Enfin, il est possible d'envisager que le juge de droit commun s'inspire des conditions posées par le Conseil constitutionnel pour l'exercice du contrôle de conformité des lois aux directives qu'elles ont pour objet de transposer, mais c'est déjà penser à l'exercice du contrôle de conventionnalité tel qu'il devrait être exercé par le juge constitutionnel.

### *B – Ouvrir - plus largement - le prétoire du juge constitutionnel au contrôle de conventionnalité*

L'abandon de la jurisprudence *I.V.G.*<sup>28</sup>, source inépuisable d'inspiration doctrinale<sup>29</sup>, s'impose afin de réduire le contentieux de conventionnalité devant le juge de droit commun. Un contrôle de conventionnalité permet d'empêcher que des lois contraires au droit international et/ou communautaire ne puissent entrer en vigueur. Il contribue à régler en amont la question de la conventionnalité des lois, en réduisant de manière corrélative un tel contentieux devant le juge de droit commun. Les fondements de cette jurisprudence sont discutables et discutés depuis l'origine et ils n'ont d'ailleurs jamais été rappelés par le Conseil constitutionnel, quand ce dernier ne les remettait pas lui-même en cause de manière implicite<sup>30</sup>. A ne retenir qu'un argument critique, la distinction entre le cas de l'*inconstitutionnalité directe*, c'est-à-dire de la violation directe de l'article 55 de la Constitution, qui appelle la compétence du Conseil constitutionnel<sup>31</sup>, et celui de l'*inconstitutionnalité indirecte*, de violation indirecte de l'article 55, sanctionnée par le juge de droit commun peine à emporter la conviction. Si la primauté du droit international repose sur la Constitution, toute violation du premier est une violation de la seconde, même indirecte, et donc une question de constitutionnalité de la loi.

Sur le principe, l'abandon semble nécessaire. Encore faut-il déterminer le fondement, les textes concernés par cet abandon, et donc son étendue, ainsi que les modalités d'application d'un contrôle de conventionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. Une précision préalable est nécessaire au regard de l'état de la jurisprudence constitutionnelle. Il y a en effet lieu de distinguer entre le droit international classique, au sein duquel il conviendra également de sous-distinguer, et

<sup>28</sup> C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G.*, *RJC-I*, p. 30.

<sup>29</sup> Voir en particulier, en dehors des contributions réunies dans cet ouvrage, celles de G. CARCASSONNE et de B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, respectivement pp. 93-100 et pp. 101-108.

<sup>30</sup> Concernant le caractère « relatif et contingent » de la supériorité des traités sur les lois liée « à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité » (C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G.*, *précit.*, cons. n° 4), le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision ultérieure, à propos « des engagements internationaux [conclus] en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international », que « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties » et, en conséquence, que « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (C.C., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, *Rec.*, p. 29, cons. n° 12).

<sup>31</sup> Voir sur ce point : C.C., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Entrée et séjour des étrangers*, *Rec.*, p. 135, cons. n° 5.

le droit communautaire. Si le premier reste couvert par la jurisprudence *I.V.G.*<sup>32</sup>, le second est concerné par une jurisprudence autre, la jurisprudence *C.P.E.*<sup>33</sup>, précisée et complétée par la jurisprudence *Droits d'auteur*<sup>34</sup>. Ces dernières posent le principe de la compétence du juge constitutionnel pour apprécier la conformité d'une loi à une directive qu'elle a pour objet de transposer. En filigrane, les modalités d'exercice de ce contrôle pourront servir d'étalon pour les modalités à venir du contrôle de conventionnalité au regard des engagements internationaux classiques.

*Pour le droit communautaire*, la relative indétermination de l'énoncé de l'article 88-1 de la Constitution autorise le Conseil constitutionnel à étendre un éventuel revirement de la jurisprudence *I.V.G.* à l'ensemble du droit communautaire. Cette question du fondement doit être d'ailleurs directement liée à celle de l'étendue de la jurisprudence *C.P.E.* Cette dernière jurisprudence ne concerne de manière explicite que le contrôle des lois de transposition de directive, étant entendu que celles-ci ne sont appréciées, pour ce qui nous intéresse, qu'au regard des directives qu'elles transposent. En principe, les lois tirant les conséquences d'autres catégories d'actes communautaires ne sont pas concernées. Dans un souci de cohérence, il apparaît pourtant difficile de limiter la jurisprudence *C.P.E.* aux seules lois de transposition de directives. Alors même que cette catégorie d'actes n'est pas la plus contraignante pour les Etats, on voit mal comment une jurisprudence favorable au droit communautaire pourrait être limitée aux seules directives<sup>35</sup>. On voit encore moins pourquoi l'article 88-1 de la Constitution ne contiendrait qu'une obligation constitutionnelle de transposition des directives et pas une obligation générale de respect du droit communautaire. Pour rapporter ces remarques à la stratégie défendue, il est nécessaire que la jurisprudence *C.P.E.* soit étendue à l'ensemble du droit communautaire.

Qu'en-est-il des modalités de mise en œuvre de cette jurisprudence ? Quatre conditions sont posées par le Conseil constitutionnel : la loi n'est contrôlée qu'au regard de la directive qu'elle transpose, les dispositions de la directive ne sauraient aller à l'encontre de principes ou de règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, seule l'incompatibilité manifeste entre la loi et la directive transposée sera sanctionnée et seuls les objectifs ainsi que les dispositions inconditionnelles et précises de la directive communautaire sont invocables contre la loi de transposition. La condition tirée du respect de l'identité nationale, qui constitue un contrôle de

---

<sup>32</sup> Remarquons également que la jurisprudence *I.V.G.* n'est pas appliquée si la Constitution prévoit, de manière spéciale, qu'une loi devra respecter des prescriptions internationales et/ou communautaires. Tel est le cas par exemple de la loi organique sur le droit et de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires qui doit respecter, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, les prescriptions de l'article 19 du Traité C.E. (ancien article 8 B) et de la directive du Conseil du 19 décembre 1994 qui en détermine les modalités d'application (C.C., n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales*, *Rec.*, p. 251, cons. n° 4).

<sup>33</sup> C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E.*, *Rec.*, p. 50, cons. n° 28.

<sup>34</sup> C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, cons. n° 16 et s.

<sup>35</sup> Pour le Conseil d'Etat, les obligations pesant sur les autorités administratives nationales en vertu du droit communautaire concernent de manière explicite l'ensemble du droit communautaire et pas seulement les directives communautaires, voir par exemple : C.E., 30 juillet 2003, *Association Avenir de la langue française*, *Leb.*, p. 347.



constitutionnalité du droit communautaire induit par le contrôle de conformité au droit communautaire de la loi, est consubstantielle à l'affirmation de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire. Il paraît donc difficile de voir le Conseil constitutionnel l'abandonner. La condition de la contrariété manifeste est psychologiquement importante pour le juge. Elle lui garantit une maîtrise des dispositions législatives susceptibles d'être censurées, de ce qui est ou de ce qui n'est pas une violation manifeste du droit communautaire. Cette condition assure au juge une maîtrise du contrôle de conventionnalité et elle ne semble pas devoir constituer un frein pour les requérants désirant invoquer la violation du droit communautaire.

En revanche, dans un processus intégrant l'ensemble du droit communautaire dans le cadre de la jurisprudence *C.P.E.*, la limitation du contrôle aux seuls objectifs et dispositions inconditionnelles et précises de la directive devrait être abandonnée. Toutes les dispositions de la directive serviraient de norme de référence, comme toutes les dispositions ou stipulations de n'importe quel acte communautaire<sup>36</sup>. Il conviendrait également d'intégrer le droit communautaire comme paramètre de référence du contrôle de toutes les lois, et pas seulement du contrôle de celles qui tirent les conséquences dans l'ordre interne du droit communautaire. Une difficulté de poids subsiste : l'interprétation et l'appréciation de la validité du droit communautaire. Pour les difficultés d'interprétation, elles sont en partie résolues, en application de la jurisprudence actuelle sur les directives, par l'exigence du caractère inconditionnel et précis, même si nous préconisons par ailleurs l'abandon de cette dernière condition. Le fait qu'un énoncé soit inconditionnel et précis diminue *a priori* les difficultés d'interprétation, mais il ne les réduit pas à néant. De plus, pour ce qui concerne l'appréciation de la validité du droit communautaire, il pourrait être savoureux de voir le Conseil constitutionnel censurer une loi pour incompatibilité manifeste avec une directive, alors que celle-ci est par ailleurs contraire au droit communautaire. Si un acte communautaire est irrégulier, on voit mal le Conseil constitutionnel censurer la loi qui y serait éventuellement contraire. La saisine de la Cour de justice des Communautés européennes ne s'impose donc pas seulement pour des questions d'interprétation, mais également pour des questions d'appréciation de validité. Le Conseil constitutionnel doit être en mesure de saisir par la voie préjudicielle, à l'instar de qu'a admis récemment la Cour constitutionnelle italienne<sup>37</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes. La révision constitutionnelle ne serait d'ailleurs pas forcément nécessaire. La loi organique pourrait être modifiée afin de préciser que la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes suspend le délai qui s'impose au Conseil constitutionnel pour statuer. Il reste que la durée de traitement de la question préjudicielle de la Cour de Luxembourg demeure problématique dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. La procédure législative se trouve suspendue à l'intervention de la Cour de Luxembourg. Il conviendrait donc de renvoyer au droit communautaire afin que celui-ci institue une procédure spécifique permettant de traiter en urgence les questions préjudicielles provenant des cours constitutionnelles européennes. Ces dernières auront sans doute d'autant moins de réticences à

---

<sup>36</sup> Même si l'exigence de précision permet d'éviter les difficultés d'interprétation.

<sup>37</sup> C.C.I., ordon., n° 103, 13 février 2008.

renvoyer à la Cour que le délai de traitement de la question n'entravera pas l'exercice de leur mission.

Une modalité favorable de la jurisprudence *C.P.E.* devrait enfin être étendue : la possibilité pour le juge de soulever d'office le moyen tiré de la contrariété au droit communautaire par la loi<sup>38</sup>.

*Pour le droit international conventionnel*, en l'absence de révision constitutionnelle explicite reconnaissant la compétence du Conseil constitutionnel pour exercer un contrôle de conventionnalité, seul l'article 55 de la Constitution paraît pouvoir être retenu comme fondement juridique du revirement. Le Conseil constitutionnel devra simplement en proposer une lecture autre que celle qu'il avait retenue en 1975. Le laconisme légendaire du juge français en général, y compris en cas de revirement jurisprudentiel, ne semble pas devoir soulever de difficulté quant à la motivation qui appuiera un tel revirement.

S'agissant des textes concernés par un revirement éventuel, il n'est nul besoin, dans la stratégie défendue de coexistence pacifique entre le contrôle de conventionnalité et celui de constitutionnalité, d'intégrer toutes les conventions internationales dans les normes de référence du contrôle de conventionnalité des lois. Comme cela a déjà été à de nombreuses reprises affirmé, par l'actuel Président du Conseil constitutionnel en particulier Jean-Louis DEBRE<sup>39</sup>, une limitation aux seuls engagements internationaux importants en matière de droits fondamentaux qui, en substance, ont un contenu équivalent aux dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, au premier titre desquels se trouve la Convention européenne des droits de l'homme, serait envisageable. L'utilisation de cette Convention, en tant que norme de référence du contrôle des lois, implique qu'elle soit interprétée conformément à l'interprétation qui en a été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>40</sup>. Le Conseil constitutionnel n'est pas hostile à l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme de la Convention, y compris lorsqu'elle résulte d'un arrêt non encore définitif ayant fait l'objet d'un renvoi en grande chambre<sup>41</sup>.

Les modalités du contrôle peuvent être appréciées à partir de celles existant pour le droit communautaire. L'exigence d'un degré de précision s'avère inutile que ce soit pour des raisons de *self-restraint*, le juge constitutionnel n'est pas dans la position du juge de droit commun face à la loi, ou que ce soit pour des questions de difficultés d'interprétation qui imposeraient un renvoi à une

---

<sup>38</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec.*, p. 120, cons. 3 et s.

<sup>39</sup> Audition du Président du Conseil constitutionnel J.-L. DEBRE par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, 19 septembre 2007, voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/2007/20070919Debre.pdf>.

<sup>40</sup> C.C.I., n° 348, 3 juillet 2007, *in diritto* § 5 en particulier.

<sup>41</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, voir les visas et cons. n° 18. Voir sur ce point en particulier : F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union ». Réflexions critiques », *R.F.D.A.*, 2005, n° 1, pp. 34-39.

juridiction internationale. L'exigence d'une violation manifeste n'est pas forcément problématique. Il n'en reste pas moins que la similitude substantielle des normes conventionnelles et des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux plaide en faveur d'un alignement des modalités d'exercice des deux contrôles. Aucune condition restrictive ne devrait donc être posée au contrôle de conventionnalité. De plus, dans la perspective d'alignement des deux contrôles, et dans le sens de l'efficacité de l'abandon de la jurisprudence *I.V.G.*, le moyen tiré de la violation d'une convention internationale par la loi devrait pouvoir être soulevé d'office par le juge constitutionnel.

La réflexion conduite jusqu'ici tient dans une certaine mesure pour acquis la similitude substantielle des textes conventionnels avec les textes constitutionnels, en particulier pour ce qui concerne les droits fondamentaux. Cependant, il est parfaitement possible, même si de telles situations seraient rares en pratique, que les textes conventionnels méconnaissent la Constitution. On retrouve la situation de la jurisprudence *C.P.E.* d'un contrôle de constitutionnalité préalable au contrôle de conventionnalité, mais nous quittons alors le second pour aborder le premier.

## II – Un contrôle de constitutionnalité à optimiser

De contrôle de constitutionnalité, il faudra en fait en évoquer deux, le contrôle de constitutionnalité défensif (A), impliqué par le contrôle de conventionnalité, et celui offensif, ou pour le moins plus naturel, même s'il doit encore être étrenné, exercé par le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle (B).

### *A – Renforcer le contrôle de constitutionnalité impliqué par le contrôle de conventionnalité*

L'existence d'un contrôle de constitutionnalité préalable, impliqué par l'exercice d'un contrôle de conventionnalité, est le fait de la jurisprudence *Droits d'auteur*. La logique qui sous-tend l'exercice d'un tel contrôle semble imparable. Si la Constitution l'emporte sur le droit communautaire, l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois doit être précédé d'une vérification que les normes communautaires opposées à la loi sont bien elles-mêmes conformes à la Constitution<sup>42</sup>. Il ne s'agirait pas de veiller au respect par la loi de principes ou de règles qui seraient contraires à la Constitution. Cette dernière demeure le cadre fondamental à l'intérieur duquel le contrôle du Conseil constitutionnel est exercé. De la sorte, le contrôle de conventionnalité est respectueux du cadre constitutionnel dans lequel il s'inscrit.

Ce contrôle contribue ainsi à légitimer l'exercice du contrôle de conventionnalité. Tous les sceptiques, plus ou moins affirmés et/ou assumés, face à la soumission de la loi à un droit venu

<sup>42</sup> Un tel raisonnement a d'ailleurs également été suivi par la Cour constitutionnelle italienne qui a récemment admis sa compétence pour procéder au contrôle de conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme. Les modalités d'exercice de ce contrôle impliquent un contrôle préalable de la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, au regard de la Constitution. Voir : C.C.I., n° 348, 3 juillet 2007, *in diritto* § 5.

d'ailleurs, pourront se rassurer de la préservation de l'essentiel : le droit venu d'ailleurs est conforme au texte suprême national. Face à ce rôle de légitimation du contrôle, les conséquences qu'il emporte sont limitées et peu problématiques. Le contrôle défensif demeure en effet relativement inoffensif dans ses conséquences. Il n'y a pas de censure de la convention concernée, mais seulement un obstacle à l'exercice du contrôle de conventionnalité. L'éventuelle contrariété de la norme externe à la Constitution ne conduit pas à une déclaration d'inconstitutionnalité au principal, mais empêche seulement l'exercice du contrôle de conventionnalité.

Ce contrôle défensif pourrait être exercé dans toutes les situations de contrôle de conventionnalité aussi bien par le juge constitutionnel que par les juges de droit commun. Devant le juge de droit commun, un tel contrôle apparaît comme la conséquence ultime de l'affirmation par celui-ci de la primauté de la Constitution sur le droit international<sup>43</sup> et sur le droit communautaire<sup>44</sup>. Les conséquences n'en sont pas moins, là aussi, limitées à l'absence d'exercice du contrôle de conventionnalité et elles n'impliquent pas une déclaration d'inconstitutionnalité au principal.

Les modalités du contrôle défensif exercé par le juge de droit commun restent à inventer. Un obstacle éventuel à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité défensif par le juge de droit commun peut cependant être utilisé à l'appui de la stratégie défendue. Il doit être recherché dans l'incompétence du juge pour contrôler la constitutionnalité de la loi. En présence d'un engagement international ayant fait l'objet d'une autorisation de ratification législative, la loi fait écran entre le traité et la Constitution et empêche, en conséquence, l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité défensif. Le contrôle du traité est assimilé à un contrôle indirect de la loi de ratification. Cet obstacle peut constituer un avantage. La présence d'une loi, et donc le risque d'une inconstitutionnalité indirecte de celle-ci, autorise le juge de droit commun, toutes choses étant égales par ailleurs, à soulever une question préjudicielle de constitutionnalité. Lorsque le contrôle défensif d'un traité conduit à une remise en cause indirecte de la loi qui en autorise la ratification, le juge de droit commun peut dénoncer par la voie préjudicielle l'inconstitutionnalité de cette loi, la résolution de cette question obligeant le juge constitutionnel à exercer un contrôle de constitutionnalité du traité. On assiste à un glissement du contrôle défensif du traité vers un contrôle de la loi qui autorise le juge de droit commun à saisir le juge constitutionnel d'une question préjudicielle. L'avantage d'une telle question est évident : le contrôle défensif conduit à un alignement des délais de jugement de la question de conventionnalité sur ceux de la question préjudicielle de constitutionnalité.

---

<sup>43</sup> C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres, Leb.*, p. 368.

C. cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse, L.P.A.*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8 et s. La Cour, tout en reprenant la position du Conseil d'Etat de l'arrêt *Sarran* pour ce qui concerne le droit international conventionnel classique, a réservé sa position pour le droit communautaire en considérant que la contestation soulevée devant elle n'entraînait pas « dans le champ d'application du droit communautaire ».

<sup>44</sup> C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, précitée*.

La question de l'étendue des normes de référence de ce contrôle de constitutionnalité défensif est déterminante. Devant le Conseil constitutionnel, et pour les directives communautaires, les normes de référence sont limitées aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle<sup>45</sup>. Devant le Conseil d'Etat, lorsqu'il s'agit de contrôler au principal la constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive (contrôle de constitutionnalité « offensif »), toutes les normes constitutionnelles sont opposables, du moins toutes celles qui ne trouvent pas d'équivalent au sein des principes généraux du droit communautaire<sup>46</sup>. De l'étendue des normes de référence de ce contrôle défensif dépendra sa portée plus ou moins symbolique. Un contrôle limité à l'identité constitutionnelle de la France serait purement formel. Il ne sera fait obstacle à l'exercice du contrôle de conventionnalité qu'en présence d'un texte manifestement incompatible avec les valeurs défendues au sein de la République française. Un contrôle plus systématique, intégrant n'importe quelle norme constitutionnelle, serait certes un filtre puissant au contrôle de conventionnalité, mais il implique une lourdeur et traduit une réticence vis-à-vis du droit international et du droit communautaire difficilement compatible avec *l'identité constitutionnelle de la France* en matière d'ouverture au droit international public. Les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution de 1946 semblent en effet bien devoir faire partie de cette identité constitutionnelle.

#### *B – Rendre efficace le contrôle de constitutionnalité exercé par la voie préjudicielle*

Une solution radicale peut conduire à donner une pleine efficacité au contrôle de constitutionnalité exercé par la voie préjudicielle : l'obligation pour le juge de droit commun de soulever d'office l'inconstitutionnalité de la loi qu'il doit appliquer dans un litige qui relève de sa compétence. Une telle obligation, si elle était posée par la voie jurisprudentielle, effacerait toute concurrence du contrôle de conventionnalité. Le justiciable ne serait plus en situation d'avoir à choisir entre les deux types de moyens. De plus, cette solution encouragerait le justiciable à invoquer des moyens d'inconstitutionnalité puisqu'en tout état de cause ces moyens pourraient être opposés d'office par le juge. Elle demeure cependant plutôt improbable, même si elle n'est sans doute pas la plus improbable des solutions préconisée à l'appui de la stratégie jurisprudentielle défendue.

Dans une perspective plus vraisemblable, c'est-à-dire en l'absence d'obligation pour le juge de soulever d'office l'inconstitutionnalité de la loi, la concurrence du contrôle de conventionnalité

---

<sup>45</sup> Les normes de références du contrôle indirect des directives communautaires ont été constituées à l'origine, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité « offensif », par une « *disposition expresse contraire de la Constitution* », selon la formule originelle du Conseil constitutionnel issue de la décision du 10 juin 2004, qui devait être comprise comme « expresse et propre » selon des commentaires ultérieurs aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité « défensif », seulement « *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » est susceptible d'être opposé au droit communautaire selon la décision du 27 juillet 2006 (C.C., n° 2006-540 DC, *Droits d'auteur, précitée*, cons. n° 28). Cette dernière formule semble devoir être étendue au contrôle de constitutionnalité « offensif ».

<sup>46</sup> C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, R.F.D.A., 2/2007, p. 384.

sera d'autant plus facile à supporter que la procédure de contrôle de constitutionnalité par la voie préjudicielle sera rapide et efficace. Toutefois, une telle logique, qui tend vers une plus grande facilité de mise en œuvre de la question préjudicielle, semble quelque peu contradictoire avec la volonté, plus ou moins affirmée du pouvoir de révision constitutionnelle, de faire de la question préjudicielle de constitutionnalité une voie de droit exceptionnelle. Cette dernière volonté s'appuie sur le spectre de l'encombrement du Conseil constitutionnel, qui ne semble pourtant pas poser de difficulté à son actuel Président<sup>47</sup>. Avec la question préjudicielle de constitutionnalité, la difficulté provient moins du risque de l'encombrement de la juridiction constitutionnelle que de celui du coup d'épée dans l'eau.

D'un point de vue institutionnel, on peut penser qu'il serait judicieux de créer des structures spécifiques et spécialisées dans les questions de constitutionnalité au niveau des juridictions suprêmes. De telles structures permettraient d'ailleurs aux universitaires spécialisés en droit constitutionnel, du moins les plus méritants, d'intégrer par voie de détachement les deux juridictions suprêmes. La question préjudicielle devrait se faire sans ministère obligatoire d'avocat aux conseils afin de réduire les frais de justice. Concernant le Conseil constitutionnel, le renforcement du personnel de son service juridique a été envisagé par l'actuel président de cette institution lors de son audition devant le « Comité Ballardur »<sup>48</sup>. La création d'une structure spécifique de conseil aux juridictions de droit commun, sans que cela ne fasse préjudice aux juridictions suprêmes, pourrait également être envisagée.

D'un point de vue procédural, devant le juge de droit commun, pour renforcer l'efficacité de la question préjudicielle de constitutionnalité, un signalement rapide des moyens invoqués tirés de l'inconstitutionnalité de la loi est nécessaire au moment de l'enregistrement des requêtes, par exemple, ou encore au moment de la répartition des affaires entre les juges par le président de la juridiction. Les modalités envisageables sont multiples. Il est décisif de pouvoir identifier le plus rapidement possible les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi avant même tout examen au fond du litige. Même si elle ne concerne que le juge administratif, la procédure de la question de droit nouvelle posée au Conseil d'Etat, prévue par l'article L 113-1 du Code de justice administrative<sup>49</sup>, pourrait être ensuite mise en œuvre. De cette manière, avant même de décider d'opérer un renvoi aux cours suprêmes le juge du fond aura des indications sur la réussite future de la procédure. La mise en place de structures spécifiques au sein des juridictions suprêmes, chargées des questions de constitutionnalité se justifie d'autant. Le Conseil d'Etat saisi d'une question de droit nouvelle pourra également, si le moyen tiré de l'inconstitutionnalité paraît sérieux, informer le Conseil constitutionnel de cette difficulté, avant même que la question préjudicielle n'ait été posée par le juge de droit commun.

---

<sup>47</sup> Audition du Président du Conseil constitutionnel J.-L. DEBRE, *précit.*

<sup>48</sup> Audition du Président du Conseil constitutionnel J.-L. DEBRE, *précit.*

<sup>49</sup> Les conditions de mise en œuvre d'une telle procédure soulèvent cependant une difficulté puisque, s'il faut que la question de droit nouvelle présente une difficulté sérieuse, il est nécessaire qu'elle se pose dans de nombreux litiges.

Le constat anticipé de l'échec de la question préjudicielle est sévère, risqué sans doute ; les perspectives préconisées sont radicales, parfois extrêmes et donc peu vraisemblables. Le juge français n'est, au pire, qu'un réaliste modéré. Qu'il nous soit permis d'avouer, en tant que constitutionnaliste, que nous serions profondément heureux d'avoir commis une erreur sur le constat et proposé une stratégie jurisprudentielle, sinon irréaliste, du moins inutile.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan *Via Domitia*