

LE DROIT À UNE COUR CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE DANS UN « CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ MIXTE » PAR SAISINE DIRECTE

Ana Ruth HERRERA GÓMEZ
Docteur en Droit Public (en France) et Avocat (au Mexique)

« Qui est donc, en France, juge constitutionnel ? Sur ce point la richesse des réponses d'un auteur, d'une école ou de la doctrine dans son ensemble...n'a d'égal que leur caractère contradictoire...à un seul juge (le Conseil constitutionnel, parce qu'il a le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois)... ; à tous les juges (car tous, ou presque, voient leur existence consacrée dans le texte de la Constitution) ; à certains juges ...où, à aucun juge... »¹.

I. VERS UNE COUR CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE ?

Le droit d'accès au juge et les garanties de protection des droits sont particulièrement nécessaires pour l'équilibre des sociétés ; le résultat de l'activité juridictionnelle se trouve dans les décisions de justice : « sentences ». La notion de « sentence » vient du verbe latin «*sentire* », qui désigne le fait d'être sensible à l'égard des situations humaines et de la réalité qui réclament l'application du Droit en faisant prévaloir la justice face aux abus de pouvoir et aux atteintes aux droits, dans un système où les justiciables trouvent solution à leurs besoins. Ce droit est compris dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* français, lequel satisfait aux exigences du constitutionnalisme et son Conseil constitutionnel tend à évoluer vers une éventuelle Cour constitutionnelle.

A. Le droit à un tribunal constitutionnel en France

La garantie du droit à un tribunal et sa légitimité se reflètent dans la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont l'article 16 est un pilier fondamental du constitutionnalisme et de l'État de Droit², puisqu'il ne suffit pas de consacrer ou de reconnaître des droits dans l'ordre juridique, mais il faut que ces droits soient effectifs, soit par leur respect spontané, soit par l'intervention de la justice où le juge qui les protège trouve sa légitimité dans son rôle de garant. C'est ainsi que cet article ne représente pas seulement une limite au pouvoir, mais est un pionnier dans « le chemin de garantie de droits fondamentaux ».

¹ HEUSCHLING Luc, Luc, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », La notion de justice constitutionnelle, Dalloz, 2005, p. 87.

² Article 16. - Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. (Souligné par nous).

Dans ce sens voir GROS ESPIELL Héctor, « Los doscientos años de la Declaración Francesa de 1789 », *Anuario Jurídico* XVI, UNAM, Mexique, 1989. Disponible en ligne <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2102/9.pdf> (Réf. du 18/01/2017).

L'essence de l'article 16 de la Déclaration Française de 1789 est à l'avant-garde d'autres instruments et normativité aussi importants en matière de protection de droits, tel que l'article 8 de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme de 1948³, l'article 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques de 1966⁴, l'article 6 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme⁵, et dans l'ordre juridique interne de divers pays tel que des Constitutions de l'Amérique Latine ont trouvé une source d'inspiration dans une telle Déclaration⁶.

Dans ce droit, on peut distinguer le droit en lui-même (le droit substantif) de sa garantie auprès d'un juge (la garantie juridictionnelle de pouvoir exiger l'intervention du juge) ; en réalité, si le droit n'est pas garanti, sa violation conduirait à l'anéantir. De cette manière, le droit à un tribunal du point de vue substantiel entraîne le droit de déposer sa cause auprès d'un organe juridictionnel avec la pleine juridiction pour prononcer une décision de justice qui tranche le litige⁷ ; par ailleurs, « la procéduralisation » du droit à un tribunal se réfère aux garanties procédurales qui permettent à ce droit substantiel de prendre effet. Ainsi, la garantie du droit à un tribunal, exprimée dans le droit d'accès à un tribunal, est considéré comme un « droit pour toute personne, qui a un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction »⁸.

3 Article 8 de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme. « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».

4 Article 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

5 Article 6 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme. Droit à un procès équitable. 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

...

⁶ V. CASTRO Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, Mexique, 2004, p. 8.

⁷ Voir CourEDH, *Albert et Le Compte c/Belgique*, 10/02/1983, (« ...les Drs Albert et Le Compte jouissaient du "droit à un tribunal" (arrêt Golder précité, série A no 18, p. 18, par. 36) et à une solution juridictionnelle du litige (arrêt König précité, série A no 27, p. 34, par. 98 in fine), tant pour les points de fait que pour les questions de droit ».)

⁸ Sur la distinction du droit à un tribunal du point de vue substantiel et du point de vue procédural voir MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz. Nouvelles bibliothèque de thèses, 2006.

En France, le Conseil constitutionnel reconnaît la garantie des droits au moyen de la justice ; en effet, « la bonne administration de justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁹ ; ainsi, la bonne administration de justice est fondamentalement « un impératif conçu comme la condition d'effectivité de ce droit à la garantie des droits »¹⁰.

Quant à la bonne administration de justice, le constitutionnalisme entraîne-t-il la garantie de droits constitutionnels ? Quels droits constitutionnels ?

A ce sujet, nous prenons la distinction entre droits fondamentaux¹¹ et droits constitutionnels, où tous les droits fondamentaux ne sont pas toujours reconnus au niveau constitutionnel, mais les droits constitutionnels comprennent des droits fondamentaux. Dans ce cadre, il arrive que les droits constitutionnels soient reconnus dans la Constitution et parfois les droits prévus aux engagements internationaux sont protégés par le juge constitutionnel.

Le contrôle de conventionalité ne fait pas nécessairement partie du contrôle de constitutionnalité dans tous les ordres juridiques. Sur ce point, en ce qui concerne le contrôle de droits prévus dans des engagements internationaux, nous distinguons l'hypothèse du contrôle de la hiérarchie normative de la loi par rapport aux engagements internationaux - dans le cas où la Constitution reconnaît la supériorité de ceux-ci¹², de l'hypothèse du contrôle du contenu d'un engagement international directement par rapport à la Constitution dans un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Dans le premier cas, nous considérons que si l'ordre normatif est conçu comme une pyramide hiérarchisée au sein de laquelle chaque degré est le paramètre de régularité des degrés inférieurs¹³, la révision de la validité des lois par rapport aux traités est par conséquent un contrôle de la régularité dans le respect de la hiérarchie normative prévue dans la Constitution. Ce contrôle de conventionalité donnerait lieu à un « contrôle de constitutionnalité indirect », à la nuance de ce que si les droits prévus aux traités internationaux sont reconnus comme faisant partie du bloc de constitutionnalité, ce contrôle serait un « contrôle de constitutionnalité direct ».

Dans le deuxième cas du contrôle du contenu de l'engagement international par rapport à la Constitution, soit dans un contrôle *a priori* et/ou un contrôle *a posteriori*, il s'agit d'un « contrôle de constitutionnalité direct ».

⁹ Décision no. 2009-595 DC du 3 décembre 2009

¹⁰ Décision 89-261 DC du 28 juillet 1989.

¹¹ Nous comprenons comme droits fondamentaux ceux qui sont le fondement du sujet de droit (la personne, soit l'individu, soit les personnes morales). Sur ce concept voir CHAMPEIL-DEPLATS Véronique, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », Recueil Dalloz Sirey, 1995, Cahier 42, pp. 323-329.

¹² C'est le cas de l'ordre juridique français, dont sa Constitution consacre à l'article 55 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

¹³ À ce sujet voir KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », Annuaire de l'Institut International de Droit Public, PUF, France, 1929, p. 79 et s.

De cette manière, s'agissant du respect direct de la prééminence hiérarchique de la Constitution- qui se trouve au sommet de l'ordre juridique sur tout acte de puissance¹⁴, décliner la compétence relative au contrôle de la conformité des engagements internationaux à la Constitution au juge ordinaire, revient à reconnaître l'existence d'un contrôle de constitutionnalité diffus à cet égard¹⁵.

Dans les cas où un traité international ferait écran entre l'acte contesté et la Constitution, pour annuler l'acte contesté, la détermination d'inconstitutionnalité du traité entraîne un contrôle de constitutionnalité.

Quant à la garantie du droit à un juge constitutionnel, il a été introduit en France l'article 61-1 de la Constitution, aux termes duquel « 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 ».

La QPC permet d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi, étant précisé que la saisine est faite sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, c'est-à-dire qu'elle n'est pas exercée directement par le justiciable. À cet égard, nous considérons que la QPC est un instrument dont le but principal n'est pas de protéger les droits

¹⁴ Nous considérons que le contrôle de constitutionnalité ne concerne pas seulement la loi, mais tout acte de puissance qui contrevient à la Constitution et/ou porte atteinte aux droits constitutionnels du plaignant, soit des normes générales au sens matériel du terme (lois, engagements internationaux, des révisions constitutionnels, des omissions législatives, etc.), des actes administratifs, des actes juridictionnels et aussi des actes des pouvoirs privés.

¹⁵ Nous tenons compte de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, IVG, où l'argument pour refuser l'appartenance du contrôle de la conformité des lois aux engagements internationaux au contrôle de constitutionnalité, a reposé, pour l'essentiel, sur la condition de réciprocité inscrite à l'article 55 de la Constitution. À ce sujet, le Conseil constitutionnel a estimé que la relation de la loi aux engagements internationaux est d'une qualité fondamentalement différente de celle qui régit les rapports entre la loi et la Constitution. « Dans le premier cas, la supériorité du Traité sur la loi est conditionnelle, en ce qu'elle est subordonnée à l'application dudit Traité par les autres États contractants ; dans le second cas, la supériorité de la Constitution à la loi est inconditionnelle.

Cependant, nous trouvons aussi dans l'activité du juge ordinaire, que celui-ci ne se limite pas à déterminer dans les motifs de ses décisions l'application d'un engagement au cas concret, mais qu'il effectue une vraie analyse où il applique la hiérarchie normative supérieure d'un engagement international sur la loi, en vue de la protection des droits des particuliers du plaignant, en se prononçant implicitement quant au fond de l'affaire sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, ce qui l'a conduit à écarter une loi nationale si celle-ci est contraire à un traité. Sur cet aspect, voir la décision du Conseil d'État du 15 juillet 2004 No. 249801, où celui-ci annule les articles 1, 2 et 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 28 mai 2002 considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 224 du code général des impôts une taxe est établie, dite d'apprentissage, laquelle est due par les sociétés, associations et organismes passibles de l'impôt sur les sociétés, et qu'aux termes de l'article 246 du même code « les bénéfices réalisés par les entreprises de navigation maritime ou aérienne établis à l'étranger et provenant de l'exploitation de navires ou d'aéronefs étrangères sont exonérés d'impôts à condition qu'une exemption réciproque et équivalente soit accordée aux entreprises françaises de même nature ». Dans son arrêt, le Conseil d'État a déterminé qu'aux « termes de l'article 7 de la convention fiscale franco-italienne du 29 octobre 1958 : Les bénéfices provenant de l'exploitation d'entreprises de navigation maritime ou aérienne ne sont imposables que dans l'État sur le territoire duquel se trouve le siège de direction... ; que si une convention bilatérale conclue à écarter, sur tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition ; que par suite il incombe au juge de l'impôt lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie et, dans l'affirmative, sur le fondement de quelle qualification ; qu'il lui appartient ensuite, le cas échéant, en rapprochant cette qualification des stipulations de la convention, de déterminer - en fonction des moyens invoqués devant lui, ou même s'agissant de déterminer le champs d'application de la loi, d'office- si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale... » (souligné par nous).

constitutionnels des justiciables, mais cette protection est une conséquence dans l'hypothèse où le juge ordinaire a un doute sur l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. C'est pourquoi le pouvoir de transmettre la question a été accordé à ce juge. Néanmoins, la QPC constitue une garantie pour la protection de droits constitutionnels à laquelle sont applicables les exigences de l'article 6 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, aux termes de l'arrêt du 26 juin 1993, Ruiz Mateos.¹⁶

Pour leur part, les recours directs de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se caractérisent non seulement par le fait que le juge constitutionnel est saisi directement par le justiciable, qui se plaint d'une atteinte à ses droits constitutionnels, mais *le petitum* (la prétention) consiste à demander la *protection directe* des droits constitutionnels où le juge apprécie l'inconstitutionnalité de l'acte contesté en tranchant l'affaire concrète et tenant compte des circonstances du cas en espèce pour décider si un tel acte porte atteinte aux droits constitutionnels du plaideur.

B. Les garanties du droit à un juge constitutionnel et le Conseil Constitutionnel

Pour que le droit à un tribunal constitutionnel prenne effet, des obligations relatives aux conditions minimales sont imposées à l'État, de telle sorte que les personnes qui sont assujetties à sa juridiction puissent avoir accès à la justice. A cet égard, le Conseil constitutionnel est-il une Cour constitutionnelle ? Ou les garanties pour une protection constitutionnelle sont-elles remplies par la QPC ?

Parmi ces garanties dans la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se trouvent le principe contradictoire, l'égalité des armes, la célérité de la procédure et les mesures provisoires. À côté de ces garanties, se trouvent aussi l'impartialité et l'indépendance du juge qui correspondent aux garanties de la qualité du juge et qui sont en rapport avec le résultat du procès car elles permettent que le sens de la décision de justice soit rendue conforme au Droit.

L'impartialité entraîne qu'il n'y ait pas de préjugés du juge, notion dans laquelle on peut distinguer l'impartialité objective et l'impartialité subjective. La première consiste à savoir s'il existe des faits évidents en termes de composition ou d'organisation qui puissent faire douter des tribunaux¹⁷ ; la deuxième est en rapport avec la personne même du juge et ses convictions.

¹⁶ CourEDH, *Ruiz Mateos c/Espagne*, 23/06/1993

« Tout en admettant qu'en général les procédures constitutionnelles ne concernent pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil, les requérants insistent sur les particularités de la loi 7/1983 portant expropriation de RUMASA S.A. dont ils étaient les actionnaires...Les intéressés soulignent qu'ils ne pouvaient combattre l'expropriation devant le juge civil sans l'invalidation de ladite loi ; or seul pouvait la prononcer le Tribunal constitutionnel, après saisine par le tribunal no. 18 de Madrid ou l'Audiencia provincial ». « La Cour constate qu'il existait bien un lien étroit entre les objets respectifs des deux types de procédures : l'annulation, par le Tribunal constitutionnel, des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille Ruiz-Mateos...En l'occurrence, les instances civiles et constitutionnelles apparaissent même tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants ».

¹⁷ V. CourEDH, *Hauschildt c/Danemark*, 24/05/1989.

Sur ce point, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel, qui participe au contrôle de constitutionnalité *a priori* aux termes de l'article 61 de la Constitution et aussi dans un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, se serait déjà prononcé auparavant sur la constitutionnalité de la loi, contreviendrait-il à l'impartialité?

À ce sujet, il faut tenir compte de la nature et de l'étendue des tâches exercées par le juge constitutionnel et prendre en compte que le simple fait « d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relatives à son impartialité »¹⁸. De plus, nous considérons qu'il faut distinguer le contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61 de la Constitution, lequel est un contrôle abstrait, et le contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61-1 de la Constitution, lequel est un contrôle semi-abstrait, qui entraînent des effets différents.¹⁹

C'est dans le contrôle de constitutionnalité concret que le juge peut mieux apprécier les effets de la loi dans son application, l'interpréter et déterminer si la loi nuit aux droits constitutionnels du justiciable ; de plus, dans ce contrôle le juge peut contrôler la constitutionnalité d'autres actes de puissance et non seulement de la loi *strictu sensu*. Ainsi, l'appréciation du contrôle de constitutionnalité *a priori* ne coïncide pas nécessairement avec celle du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

L'indépendance se réfère à l'absence de toute possibilité de pression extérieure dans une affaire pour se prononcer en justice²⁰. Cette indépendance doit exister à l'égard des autres pouvoirs ou autorités (indépendance organique) et protéger le justiciable contre leur ingérence dans le sens de la décision de justice. Il faut également tenir compte de l'indépendance à l'égard des parties, ce qui s'oppose à la subordination du juge à une des parties au procès.

L'indépendance organique est liée aux modalités de nomination des membres du tribunal et à la durée du mandat. À ce sujet, le projet de loi constitutionnelle de modernisations des institutions de la Ve République, n'a pas modifié le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel ni le droit de siéger à vie pour les anciens Présidents de la République, même si certains l'auraient souhaité²¹.

¹⁸ Sur ce point v. CourEDH, *Morel c/France* 6/06/2000.

¹⁹ *Vid infra* II. A Actes objet de contrôle de constitutionnalité dans un contrôle mixte

²⁰ Sur ce point voir LÓPEZ Y LÓPEZ Ángel, « Independencia, imparcialidad, objetividad del juez » in *Problemas actuales de la justicia: homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia, Espagne, Tirant lo Blanch, 1988, pp. 214-225.

²¹ À ce sujet voir le *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat (No. 993) de modernisation des institutions de la Ve. République* par M. Jean-Luc WARSMANN, pp. 51-53. La commission des Lois dans l'Assemblée nationale en première lecture, a proposé une modification aux conditions de nomination des membres du Conseil constitutionnel au vue de renforcer leur rôle conformément aux articles 26 et 27. Par ailleurs, la Commission a rejeté un amendement de M. Montebourg soumettant les nominations de membres du Conseil constitutionnel à l'avis des commissions permanentes des assemblées.

En outre, il a été adopté un amendement rétablissant la disposition selon laquelle les anciens Présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel.

Finalement, un amendement de M. Montebourg prévoyant la nomination du Président du Conseil constitutionnel par ses pairs a également été rejeté.

Néanmoins, l'absence de consécration de cette inamovibilité n'implique pas en soi un défaut d'indépendance, car le mode de désignation, la durée du mandat ou l'inamovibilité ne sont que chacun des indices de cette indépendance qui ne peuvent la déterminer individuellement²², mais la renforcent.

En outre, quant à la garantie de contradiction, celle-ci est la condition d'exercice du droit de la défense, « notion immanente et universelle de la conscience juridique »²³ ; son importance dans un procès constitutionnel réside dans la possibilité de chaque partie de « contredire » ce que dit l'autre partie, se défendre, être écouté auprès du juge, avoir accès au dossier, présenter des éléments de conviction au juge et ses plaidoiries qui seront pris en compte au moment de rendre la décision de justice. Pour sa part, l'égalité d'armes entraîne l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de défendre sa cause, dans des conditions égales par rapport à sa contrepartie²⁴

Nous considérons que, même si les parties sont admises à présenter contradictoirement leurs observations auprès du Conseil constitutionnel conformément à l'article 23-10 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (LOCC), il n'existe pas un vrai débat contradictoire où les parties peuvent intervenir auprès du Conseil constitutionnel agissant en tant qu'une véritable Cour constitutionnelle au sens plus large, car la nature de la QPC ne correspond pas à un contrôle de constitutionnalité concret, ni à une procédure dans laquelle le fond de l'affaire est tranché entraînant la protection directe des droits du justiciable.

Pour sa part, la célérité de la procédure, tend à rétablir le justiciable dès que possible dans son droit, garantie qui à son tour donne une légitimité à la fonction du juge constitutionnel²⁵. Comment déterminer le délai raisonnable pour rendre une sentence ? La complexité de l'affaire le comportement du requérant et celui de l'autorité juridictionnelle concourent à déterminer un tel caractère raisonnable.²⁶

La complexité de l'affaire est en rapport avec les faits et les questions soulevées objets du procès et de l'éventuelle décision de justice; le comportement du requérant est

Disponible en ligne sur le site <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0993.asp> et http://recherche2.assemblee-nationale.fr/amendements/resultats.jsp?NUM_INIT=993&LEGISLATURE=13&ECRAN=RESULTATS [Réf. du 01/07/2008]

V. dans le *JORF* du 30 mai 2008, la séance de l'Assemblée nationale du jeudi 29 mai 2008, pp. 2685-2687.

Voir aussi la séance du 24 juin 2008 au Sénat :

« M. Christian Cointat...j'estime qu'il faut adopter cet amendement tendant à supprimer la disposition permettant aux anciens Présidents de la République d'être membre à vie du Conseil constitutionnel, ce qui n'enlève rien à leur Autorité ni au respect qui leur est dû... », Disponible en ligne sur le site www.senat.fr/seances/s200806/s20080624/s20080624012.html [Réf. du 01/07/2008]

²² Dans ce sens, MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 395.

²³ SCHRAMECK O., « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mélanges G. Braibant, L'État de Droit*, Dalloz, 1997, p. 629, cité par MILANO Laure, *Op. cit.*, p. 511.

²⁴ CourEDH, *Nideröst-Huber*, 18/02/1997

²⁵ Sur ce sujet voir OVALLE FAVELA José, *Artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Política*, Mc. Graw-Hill, Mexique, 1996.

²⁶ V. CourEDH, *König c/Allemagne*, 28/06/1978

en rapport avec la faculté de celui-ci d'exercer ses droits dans le procès et le comportement du juge est lié à l'organisation judiciaire pour rendre effectives les garanties de la procédure.

Nous remarquerons le rapport entre la célérité de la procédure et les mesures provisoires dans la QPC, en raison de ce que pour qu'un instrument de justice constitutionnelle puisse être efficace, il doit être accompagné de ce type de mesures provisoires permettant de conserver la matière même de la controverse jusqu'à ce que le jugement soit rendu. Ces mesures sont octroyées en vertu de la théorie de l'apparence du bon droit (*fumus boni iuris*), qui se base sur une analyse « en apparence » sur la probable violation du droit allégué sans préjuger le fond du droit.

Le postulat du *fumus boni iuris* est la protection « de l'apparence ou du parfum du bon droit » sans préjuger le fond de l'affaire, afin d'éviter la frustration de l'exécution du jugement définitif qui sera rendu.²⁷

L'article 23-2 de la LOCC prévoit que « la juridiction statue sans délai²⁸ par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation » si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites ; elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances et la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Pour leur part, le Conseil d'État ou la Cour de Cassation se prononcent sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel « dans un délai de trois mois » à compter de la présentation du moyen²⁹. Finalement, le Conseil constitutionnel statue « dans un délai de trois mois » à compter de sa saisine.³⁰ Le temps d'attente pour obtenir la décision du Conseil constitutionnel, le cas échéant, est-il satisfaisant au regard de la nécessité de rendre la justice dans les plus brefs délais ?

Nous nous interrogeons sur ce point en relation avec les mesures provisoires, dès lors que, même si la décision de justice est rendue dans des délais raisonnables, s'il n'y a plus de matière en litige, cela aura été en vain. A cet regard, l'alinéa 1 de l'article 23-3 de la LOCC reconnaît les mesures provisoires, lequel prévoit « lorsque la question est transmise,

²⁷ Á ce sujet, voir GÓNGORA PIMENTEL Genaro David, « La apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado », *La actualidad de la defensa de la constitución*, SCJN-UNAM, Mexique, 1997, pp. 151-173; GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, « La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la apariencia de buen derecho para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de ejecutividad », *Revista española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, avril 1974-décembre 1998, cité par ZALDÍVAR LELO DE LARREA Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, UNAM, IJ, Mexique, 2002, pp.158, 159.

²⁸ Ce qui veut dire dans le plus bref délai. V. Déc. No., 2003-483 DC, du 20 novembre 2003.

Voir également GUILLAUME Marc, « La question prioritaire de constitutionnalité », in *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, p. 13. Disponible en ligne sur le site http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf [réf. du 13/05/10].

²⁹ Article 23-3 de la LOCC.

³⁰ Article 23-10 de la LOCC.

la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ». Mais cela est-il suffisant ?

Sur ce dernier point, aux termes dudit article 23-3, la juridiction sursoit en principe à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel ; cependant, une telle règle admet des exceptions ce qui peut donner lieu à ce que le juge du fond statue même s'il n'y a pas encore de décision concernant l'inconstitutionnalité de la loi contestée : si la loi ou règlement prévoit qu'il doit être statué dans un délai déterminé ou *en urgence*.³¹

Nous considérons qu'une telle disposition provient d'une incompréhension de la nature des mesures provisoires qui ont pour but conserver la matière de la controverse précisément en cas d'urgence afin que la justice ne soit pas illusoire. Cependant, le sens de la mesure provisoire ne doit pas se confondre avec le fond de l'affaire puisqu'elle est octroyée en vertu d'une apparence du bon droit (*fumus boni iuris*). Comme cela est souligné par Chiovenda, « la nécessité de se rendre devant des tribunaux pour se voir donner raison ne doit pas porter préjudice à celui qui a raison »³².

II. UN CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE MIXTE EN FRANCE ?

La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret de constitutionnalité concerne la distinction contrôle objectif/subjectif qui porte sur la nature même du contentieux, « c'est-à-dire, celle de la défense de la norme constitutionnelle ou celle d'un droit fondamental relatif à des situations personnelles »³³. A cet égard, la QPC appartient à un contrôle de constitutionnalité semi-abstrait des « dispositions législatives » qui fonctionne dans un contrôle concentré au sein du Conseil constitutionnel dont l'effet des décisions est *erga omnes* ; à côté de ce contrôle nous constatons un contrôle de constitutionnalité diffus d'actes autres que la loi -au sens formel du terme- dont les effets sont *inter partes*.

A. Actes objets de contrôle de constitutionnalité dans un contrôle mixte

Dans le but de combler les lacunes du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et de remplir les exigences du constitutionnalisme pour donner une meilleure protection au justiciable, la France a instauré un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en vertu de l'article 61-1 de la Constitution et elle a adopté la QPC. De cette manière, il

³¹ Souligné par nos soins.

³² La traduction en français est notre (*il tempo necessario ad avere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*).

³³ DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Paris, 2^e. édition refondue, 2006, pp. 41 et 42.

L'exposé clair que présente cet auteur sur les différentes caractéristiques du contrôle concret et du contrôle abstrait permet de percevoir les effets des résolutions de chacun d'entre eux, où le premier est plutôt un contrôle objectif relatif à un conflit entre normes où l'on ne tient pas compte d'une situation juridique particulière ; dans le deuxième, l'appréciation des faits est un élément de base du contrôle en raison de l'atteinte à certaines situations des particuliers par une norme inconstitutionnelle touchant à des droits fondamentaux subjectifs.

existerait un contrôle de constitutionnalité concentré qui correspondrait uniquement au Conseil constitutionnel.

Les actes objets de contrôle de la QPC sont « des dispositions législatives » et les autres actes de puissance qui peuvent être contraires à la Constitution et qui portent atteinte aux droits des justiciables (par exemple des omissions législatives, actes administratifs, actes du pouvoir privé, actes judiciaires, etc.) ne sont pas inclus dans ce moyen de contrôle de constitutionnalité. Un tel contrôle des autres actes de puissance correspondrait-il aussi au Conseil constitutionnel dans un contrôle de constitutionnalité concentré ? Ou conviendrait-il que le juge ordinaire puisse se prononcer sur le contrôle de constitutionnalité des actes contestés dans un contrôle diffus ? Ou bien serait-ce plus conforme avec le contentieux constitutionnel français actuel que le Conseil constitutionnel soit le compétent pour le contrôle de constitutionnalité des normes générales et omissions législatives (contrôle concentré), et que le juge ordinaire se prononce sur la constitutionnalité d'autres actes contestés auprès de lui pour donner lieu à un contrôle de constitutionnalité mixte ?

Il nous semble que la QPC française ne représente pas le moyen pour que le Conseil constitutionnel puisse contrôler la constitutionnalité d'autres actes de puissance que la loi car elle cherche à ce qu'une *quaestio* soit résolue, pour qu'à son tour, la cause du procès ordinaire puisse être résolue. La *quaestio* de la QPC concerne la détermination de constitutionnalité d'une *disposition législative* par rapport à la Constitution. Pour sa part, dans le procès ordinaire, on examine l'application concrète de la loi au fond de l'affaire selon les prétentions des parties. C'est ainsi que la *causa petendi* relative à l'inconstitutionnalité d'une loi est l'élément objectif de la QPC.

C'est pourquoi le juge ordinaire n'est pas obligé de saisir le juge constitutionnel, sauf s'il a des doutes sur la constitutionnalité de la disposition législative et si celle-ci serait applicable au litige ou à la procédure dans l'hypothèse où les conditions des articles 23-2 et 23-5 alinéa 3 de la LOCC sont remplies.³⁴

Bien que la question surgisse lors d'un procès ordinaire, où il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, cela ne veut pas dire que la question se confonde avec le procès ordinaire.

³⁴ Article 23-2 LOCC. «La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

...

Article 23-5 alinéa 3 LOCC. «...Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

...

Il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité semi-abstrait ; le Conseil constitutionnel exerce un contrôle si la disposition contestée est applicable au litige ou bien à la procédure, mais il ne prononce pas une sentence au sens strict du terme, c'est-à-dire en tenant compte des griefs du fond de l'affaire et des circonstances concrètes des parties dans un débat contradictoire quant à la matière du litige concret et aux atteintes aux droits constitutionnels des parties.

Dès lors que la QPC est un contrôle semi-abstrait de constitutionnalité, sa régulation est principalement relative à un jeu interétatique concernant les dispositions applicables aux juges ordinaires. La question de constitutionnalité est liée au procès ordinaire tel que cela peut être observé depuis le moment où elle surgit et en raison du fait que la décision du Conseil constitutionnel sera appliquée dans le procès ordinaire. Toutefois, la QPC a son propre objet : la détermination de la constitutionnalité d'une disposition législative.

C'est ainsi que le fait que la loi contestée soit déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel ne signifie pas nécessairement que les prétentions du plaideur dans le procès ordinaire soient fondées et que la décision de justice dans ce procès ordinaire lui soit donc favorable.

Dans ce cadre, quel mécanisme permettrait d'assurer un contrôle de constitutionnalité concret ? La reconnaissance du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au moyen de la QPC permet-elle de surmonter toutes les lacunes relatives au domaine du contrôle de constitutionnalité ?

Le juge ordinaire a un intérêt à respecter la Constitution, et par suite à ne pas appliquer des dispositions inconstitutionnelles ; de son côté, le justiciable a aussi un tel intérêt par rapport à la loi et à tout acte de puissance inconstitutionnel qui porte atteinte à ses droits.

Dans l'activité du juge ordinaire français, celui-ci est familiarisé avec les dispositions constitutionnelles³⁵. Les dispositions constitutionnelles peuvent servir au juge à interpréter la loi : lorsqu'il s'agit de dégager le sens d'un texte en se conformant à la Constitution, les dispositions constitutionnelles sont utilisées comme principes de solution.

De plus, le juge ordinaire a fait prévaloir la théorie de « l'écran transparent » selon laquelle « lorsque les dispositions de la loi qui fait écran entre l'acte [administratif] et la Constitution sont suffisamment générales et ont le caractère de dispositions cadres, on peut les considérer comme 'transparentes' et ne faisant pas obstacle au contrôle du juge administratif »³⁶.

³⁵ Dans ce sens voir, DE LAMY Bertrand, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *RDP*, T. 118, No. 3, mai-juin 2002, p. 783 ; LUCHAIRE François, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1982, pp. 245-328.

³⁶ Voir FAVOREU Louis et Th. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Collection Droit Public, 1992, p. 25. Ces auteurs font référence aux conclusions conformes de M. R. Abraham, le commissaire du gouvernement, à propos de l'affaire Smanor, qui recommande de faire application de la technique de « l'écran transparent » en cas de contrôle de constitutionnalité et d'examiner « à fond » le moyen tiré de la violation du principe constitutionnel du droit de propriété par l'article R. 111-14-1 du code de l'urbanisme.

En réalité, le juge ordinaire français a adopté une attitude face au Droit constitutionnel, sans mépriser le contenu des dispositions constitutionnelles, mais en prenant en compte dans ses décisions, le respect de la Constitution, soit au travers de techniques de référence au texte constitutionnel de manière directe, soit de manière implicite, ce qui l'a conduit à protéger les justiciables dans leurs droits et libertés que la Constitution garantit³⁷.

Par exemple, dans l'arrêt du Conseil d'État du 29 mai 1992, *Association des professeurs du muséum d'histoire naturelle*³⁸, un décret a été confronté et annulé pour violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, à savoir, l'indépendance des professeurs d'université. Par l'entremise de l'arrêt précité, un acte administratif, un décret, est examiné afin de contrôler sa conformité aux normes constitutionnelles, en l'espèce, l'indépendance des professeurs d'université.

Même si d'aucuns contestent ce droit en soutenant que cette compétence est exclusive du Conseil constitutionnel, non seulement aucun article de la Constitution ne

Voir également FAVOREU Louis, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits : vers une harmonisation des jurisprudences », *RFDA*, mars-avril, 1987, p. 279.

³⁷ BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, 1966, pp. 576-646 ; GOHIN Olivier, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », cit, p. 177 ; ROUX André, « Les juges constitutionnel et administratif et le principe d'égalité devant le suffrage », *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis (Au carrefour des droits)*, Dalloz, 2002, pp. 147-158.

³⁸ « Sur le moyen tiré de la violation du principe d'indépendance des professeurs du muséum national d'histoire naturelle : Considérant que, pour l'élection des représentants du personnel au sein du conseil d'administration et du conseil scientifique du muséum national d'histoire naturelle, l'article 9 du décret attaqué prévoit la répartition des électeurs dans cinq collèges électoraux ; que le premier collège comprend les professeurs du muséum, les maîtres de conférences sous-directeurs de laboratoire du muséum et les personnels du corps scientifique des bibliothèques ; Considérant qu'aux termes de l'article 14 du décret susvisé du 12 décembre 1891, "les professeurs ont pour fonctions : 1°) l'enseignement ; 2°) la conservation des collections ; 3°) la direction des travaux de laboratoire" et qu'aux termes de l'article 22 du même décret "Il est adjoint aux professeurs, pour toutes les parties de leur service et au directeur pour le service de la ménagerie, des fonctionnaires qui prennent le nom de sous-directeurs de laboratoire. Les sous-directeurs des chaires sans collections sont chargés de diriger les travaux pratiques des élèves, sous l'autorité des professeurs" ; Considérant qu'ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que cette indépendance suppose que les professeurs aient une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté scientifique et qu'elle est incompatible avec l'instauration d'un collège unique pour l'élection desdits conseils, regroupant les professeurs et d'autres catégories d'enseignants ou d'enseignants chercheurs qui ne peuvent leur être assimilés ; qu'en égard aux fonctions des sous-directeurs de laboratoire sus-rappelées, ceux-ci ne peuvent être assimilés aux professeurs ; que si le décret attaqué pouvait, en vertu de l'article 37 de la loi du 26 janvier 1984 susvisé, déroger aux dispositions de l'article 39 de cette loi qui renvoie à un décret la fixation des conditions du droit de suffrage, la composition des collèges électoraux et les modalités d'assimilation et d'équivalence de niveau pour la représentation des personnels et des étudiants aux conseils ainsi que les modalités de recours contre les élections, il ne pouvait méconnaître le principe sus-rappelé d'indépendance des professeurs qui a une valeur constitutionnelle ; que par suite, l'article 9 du décret attaqué est entaché d'illégalité en tant qu'il prévoit un collège unique pour les professeurs et les sous-directeurs de laboratoire ; que l'ensemble des articles 8 à 17, ainsi que l'article 28, qui ne sont pas divisibles de ces dispositions doivent être annulés ;

Article 1er : Les articles 8 à 17 et 28 du décret du 4 février 1985 relatif au muséum national d'histoire naturelle sont annulés.

... »

réserve expressément au Conseil constitutionnel un monopole d'interprétation mais encore le juge ordinaire s'incline devant l'usage et l'énonciation des principes constitutionnels³⁹.

A ce sujet, nous considérons qu'il faut nuancer la réponse et les limites de l'intervention du juge ordinaire et du Conseil constitutionnel quant au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ; celui-ci est en principe un contrôle concentré et le juge ordinaire ne peut pas déclarer ouvertement l'inconstitutionnalité de la loi, encore moins décider de l'abrogation d'une loi. Cette faculté, relève du Conseil constitutionnel, conformément à l'article 62 de la Constitution, et dès lors qu'une loi est déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, celle-ci est abrogée à compter de la publication de la décision de ce Conseil ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.

Mais il y a aussi des limites pour le Conseil constitutionnel qui proviennent de la rédaction de l'article 61-1 de la Constitution qui fait référence à l'objet de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : « une disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Cela réduit la possibilité de contrôler *a posteriori* d'autres normes générales au sens matériel du terme, tel que lois référendaires, lois constitutionnelles, les engagements internationaux, et d'autres actes de puissance inconstitutionnels.

Pour sa part, le juge ordinaire invoque des dispositions constitutionnelles pour trancher des affaires, mais cela entraîne-t-il un véritable contrôle de constitutionnalité ?

Il convient de distinguer l'invocation des dispositions constitutionnelles dans les motifs de la décision de justice que rend le juge, et l'interprétation conforme à la Constitution, expressément ou implicitement, au titre de laquelle il soit déterminé qu'un acte est ou non contraire à la Constitution.

D'ailleurs, l'interprétation systématique se distingue de l'interprétation conforme ; la première consistant à donner une interprétation tenant compte du Droit comme un tout, mais n'entraînant pas nécessairement un contrôle de constitutionnalité par lequel la constitutionnalité de l'acte contesté est déterminée ⁴⁰. Quant à l'interprétation conforme, elle consiste à retenir, parmi plusieurs interprétations possibles, celle qui est conforme à la Constitution, c'est-à-dire le sens conformément auquel l'acte est constitutionnel.

À ce titre, dans sa décision du 12 mai 2010 (no. 316859), le Conseil d'État a considéré qu'au regard « de ces éléments ainsi que de l'intérêt de la santé publique, le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que le service médical rendu par la spécialité Tarceva était insuffisant pour justifier l'inscription de celle-

³⁹ Dans ce sens voir, DERRIEN Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité : étude sur la construction d'un système contentieux, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, cour de cassation : trois juges pour une norme*, Sakkouylos, Bibliothèque Européenne de Droit Constitutionnel, 2003 ,pp. 66-69,72-78 ;125-142.

⁴⁰ À ce sujet voir RODRIGUEZ MANZO, Graciela et al, *Interpretación conforme*, SCJN. Mexique, 2013; GROPPI Tania. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, XXXVI, No. 107, mai- août, Mexique, 2003, pp. 481-504

ci sur la liste des spécialités remboursables ; qu'enfin, la décision attaquée a été prise en application des dispositions législatives et réglementaires mentionnées ci-dessus, qui subordonnent le remboursement d'une spécialité à son inscription sur une liste, en fonction du service médical rendu ; que le moyen tiré de la méconnaissance, par la décision attaquée, du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantissant à tous la protection de la santé, est ainsi, en tout état de cause, inopérant » .

Dans les cas où une loi s'interpose entre l'acte contesté et la Constitution, il est d'ores et déjà possible de soulever la QPC ; il se peut aussi qu'il y ait une décision du Conseil constitutionnel quant à l'inconstitutionnalité de la disposition normative en question, ce qui peut permettre au juge ordinaire de trancher le litige en respectant le sens d'une telle décision en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire.

Le contrôle direct de constitutionnalité d'autres actes que la loi n'entre pas dans la compétence du Conseil constitutionnel. L'inconstitutionnalité d'un acte contesté auprès du juge ordinaire peut provenir soit du fait que l'acte contrevient directement la Constitution, soit du fait que l'acte contesté repose sur une loi inconstitutionnelle. Dans certaines occasions, le juge ordinaire français arrive à exercer un contrôle de constitutionnalité, surtout en ce qui concerne le pourvoi en cassation, lorsqu'il examine les erreurs de droit, si ces erreurs entraînent un manquement aux dispositions constitutionnelles et c'est la règle de droit constitutionnelle qui doit apporter la solution pour trancher le litige.

C'est le cas, par exemple de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation du 24 septembre 2008 (Cass. Soc. - 08-60010), dans lequel cette Cour a considéré « qu'alors qu'est régulière et ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement garanti par les articles 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et 1, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la décision de l'employeur de s'opposer dorénavant à la désignation, par l'un quelconque des syndicats concernés, d'un délégué syndical tant que le nombre ne sera pas redescendu à celui fixé par la loi, et (que) le tribunal a violé les textes susvisés ».

Cette dernière hypothèse nous conduit à nous interroger sur la détermination du juge compétent dans un tel cas. Soit le Conseil constitutionnel réalise un contrôle de constitutionnalité de « dispositions législatives » et on permet au juge ordinaire de réaliser le contrôle de constitutionnalité des autres actes (en reconnaissant qu'il y a un contrôle de constitutionnalité mixte), soit on intègre éventuellement tous les actes objets de contrôle de constitutionnalité au sein du Conseil constitutionnel dans un contentieux constitutionnel concentré.

B. Effets des décisions du juge constitutionnel français

L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est déterminée à l'article 62 de la Constitution, composé par trois paragraphes⁴¹. Le premier est adressé notamment au

⁴¹ « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Président de la République (promulgation) et aux présidents des assemblées (mise en application) qui prévoit qu'une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application ».

Le deuxième paragraphe accorde un caractère absolu aux décisions du Conseil constitutionnel, par rapport aux dispositions déclarées inconstitutionnelles sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, lesquelles sont abrogées à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.

Le troisième paragraphe de cet article montre aussi le caractère absolu des décisions du Conseil constitutionnel, lorsqu'il détermine que les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Des deux derniers paragraphes de cet article se dégage l'étendue de protection des décisions du Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* « des dispositions législatives » : *erga omnes*. Il s'agit d'un effet qui est conforme à la nature de l'acte contesté, c'est-à-dire, les effets des dispositions législatives sont *erga omnes* et l'effet des décisions de leur contrôle de constitutionnalité l'est également. Cet aspect entraîne le rôle du juge ordinaire en reconnaissant l'autorité de l'article 62 de la Constitution.

Cependant, il faut considérer il existe aussi l'hypothèse d'un acte inconstitutionnel a des effets *inter partes* tel qu'un jugement définitif atteint d'une irrégularité constitutionnelle, e en raison de son fondement, c'est-à-dire, de la norme générale fondement du jugement définitif contesté. Dans ce cas, la solution précisée par le Conseil Constitutionnel dans la décision 62-18 L du 16 janvier 1962, Loi d'orientation agricole serait applicable dans le cas en question, c'est-à-dire, « l'autorité des décisions visées par cette disposition (par l'article 62 de la Constitution) s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ».

De cette manière, le juge ordinaire continue à respecter les critères du Conseil constitutionnel et l'uniformité des critères et la sécurité juridique sont préservées ; ce Conseil étant le juge compétent pour déclarer l'inconstitutionnalité de la loi, sauf s'il n'existe pas encore de critère du Conseil constitutionnel quant à la constitutionnalité de la loi fondement de l'acte contesté. Dans cette situation, la QPC peut être initiée.

Le fait de donner des effets *erga omnes* aux déclarations d'inconstitutionnalité des lois au sens large, est cohérent avec le principe de suprématie constitutionnelle. Dans ce sens, la solution donnée à l'article 62 de la Constitution française quant aux effets *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel quant à l'inconstitutionnalité des dispositions législative est cohérente avec la volonté de conserver la régularité de l'ordre juridique.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Toutefois, il n'existe pas ouvertement en France de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par lequel seraient contestés directement d'autres normes générales au sens matériel du terme dont les effets sont aussi *erga omnes*, tel que des omissions législatives, des règlements, des révisions constitutionnelles, ni une Cour constitutionnelle au *lato sensu*.

Néanmoins, nous rappelons que l'article 61-1 fait référence à un contrôle de constitutionnalité indirect, qui opère par le filtre du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, et non par le justiciable. Il serait mieux de reconnaître dans la Constitution un contrôle de constitutionnalité direct de tout acte de puissance et une structure constitutionnelle composée des juges constitutionnels en chapeautant une Cour constitutionnelle investie de toutes les facultés nécessaires pour protéger le justiciable avec un pouvoir d'injonction.

Dans ce contrôle, en ce qui concerne les effets des décisions d'inconstitutionnalité des normes générales, que l'on garde un contrôle de constitutionnalité concentré au sein d'une Cour constitutionnelle, ou bien un contrôle de constitutionnalité diffus de normes générales en permettant au juge ordinaire de se prononcer⁴², il serait applicable l'article 62 de la Constitution prévoyant qu'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 ».

En effet, afin d'éviter les situations de vide juridique, il est bon de prévoir un mécanisme mettant en place, avant que la déclaration d'inconstitutionnalité ne prenne effet, une *vacatio* permettant de remédier à la situation, ce qui est aussi prévu à l'article 62 de la Constitution.

Cette solution serait transposable au cas du contrôle direct de constitutionnalité où il faudrait distinguer deux aspects : les effets de la décision du juge constitutionnel à l'égard du plaignant à qui a été octroyée la protection constitutionnelle et les effets des décisions du juge constitutionnel à l'égard des tiers à la procédure.

Dans le premier cas, la protection constitutionnelle octroyée au justiciable, entraînerait une protection aux termes de la sentence par rapport à l'acte contesté dont l'inconstitutionnalité a été déterminée.

Dans le second cas qui vise l'inconstitutionnalité d'une norme générale, la protection constitutionnelle s'étendrait non seulement contre l'acte d'application de la loi

⁴² Nous remarquons, par exemple, la dissociation dans la QPC du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* entre les mains du Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité. À ce sujet, la décision no 2010-605 DC du 12 mai 2010 du Conseil constitutionnel a déterminé que « considérant, d'autre part, que, pour mettre en œuvre le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit, le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et le deuxième alinéa de son article 23-5 précisent l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ; qu'ainsi, le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ».

en question mais aussi contre tout acte éventuel d'application d'une telle loi au plaignant ; c'est-à-dire, la loi ne pourrait pas être appliquée au plaignant par aucune autorité. Si l'acte contesté était un jugement définitif fondé sur une loi inconstitutionnelle, la protection constitutionnelle serait octroyée au justiciable en rapport au jugement définitif contesté et d'autres autorités. S'agissant des tiers à la procédure dans laquelle l'inconstitutionnalité d'une loi a été déclarée, dans la mesure où les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, cela aurait pour conséquence que la loi en question ne serait plus applicable à l'égard de tous, en raison de son abrogation.

S'agissant des actes autres tel que des actes administratifs, juridictionnels ou actes de puissance privées inconstitutionnels au sens matériel du terme, les effets des sentences du juge constitutionnel - seraient *inter partes*, ce qui serait conforme à la nature des effets de ces actes.

Dans ce sens, l'article 61-2 de la Constitution, pourrait être introduit comme suit :

Article 61-2 de la Constitution. Lorsque tout acte de puissance, publique ou privée, porte une atteinte directe aux droits et libertés constitutionnels du plaignant, celui-ci pourra saisir directement le juge constitutionnel.

Saisi d'une demande d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel, sur le fondement de l'apparence du bon droit et de l'exigence d'une condition d'urgence, peut ordonner toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde de la matière du litige.

Une loi détermine les conditions d'application du présent article.

De cette manière, l'article 62 de la Constitution pourrait prévoir le texte suivant :

Article 62. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une norme générale déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 ou 61-2 est abrogée à compter de la publication de la décision de la Cour constitutionnelle ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.

Les décisions du juge constitutionnel s'imposent à toute puissance, publique ou privée.