

L'exception d'inconstitutionnalité et la transformation des systèmes normatifs et juridictionnels

Pr. Mathieu Disant

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Lyon Saint-Etienne, Jean Monnet

Directeur du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) -

UMR CNRS 5137

Expert international

Le présent rapport entend répondre à deux questions générales. L'exception d'inconstitutionnalité implique-t-elle une transformation du Conseil constitutionnel et une transformation du droit constitutionnel ? L'exception d'inconstitutionnalité renforce-t-elle l'Etat de droit et la prééminence de la Constitution ?

La réponse est assurément positive. Ce type de réforme, qui consolide le contrôle de constitutionnalité, est d'ailleurs fait pour cela, avec cette finalité. Elle s'inscrit dans un mouvement d'universalisation de la justice constitutionnelle, entamé depuis très longtemps, et marqué par la généralisation de ce mécanisme issu du constitutionnalisme moderne.

La question est donc de savoir comment se traduit cette transformation, quels en sont les leviers et les enjeux, pour le système juridique et juridictionnel dans son ensemble. Cette perception architectonique, si j'ose dire, est fondamentale pour maîtriser l'équilibre normatif et institutionnel qui se dessine – ou que l'on souhaite dessiner. Particulièrement dans l'étape – partout décisive – d'élaboration de la loi organique relative à la mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité. Là où sont effectivement mis en place les principes directeurs du nouvel équilibre, l'identité plus fine de la procédure, adaptée au contexte de chaque système.

A ce stade, il m'est possible de livrer quelques enseignements généraux sur les transformations qui sont de nature à accompagner l'exception d'inconstitutionnalité, telle qu'envisagée en Algérie, en m'appuyant sur l'expérience de cas comparables d'insertion récente, parmi lesquels je range volontiers la QPC française qui, elle-aussi, est l'aboutissement d'un processus, certes difficile mais à peu près continu, d'affirmation de la justice constitutionnelle.

Evidemment, je ne pourrai pas tout aborder. Par souci de clarté, je distinguerai les transformations concernant le droit constitutionnel, d'une part, des transformations concernant le Conseil constitutionnel, d'autre part. Ce qui me conduit à distinguer selon que les

évolutions portent sur le système normatif, ou sur le système juridictionnel et institutionnel. Etant entendu que les deux volets ne sont ni étrangers ni hermétiques.

I.- Les transformations liées au système normatif

Elles tiennent en un mot. Un concept. Celui de la **constitutionnalisation** du droit.

1. De quoi s'agit-il exactement ?

1.1. Les usages du mot « constitutionnalisation » sont multiples et inégaux, sans qu'on dispose d'une typologie fine ou d'une catégorisation exhaustive des constitutionnalisations¹. Il n'est pas rare qu'il soit utilisé pour désigner tantôt l'accession d'une norme au rang constitutionnel, tantôt l'affirmation d'une liberté par le juge constitutionnel ou encore l'édification d'un régime jurisprudentiel protecteur.

En réalité, la constitutionnalisation renvoie à tout ou partie d'un phénomène arborescent : des normes constitutionnelles tantôt ou à la fois plus nombreuses, plus denses et/ou plus diffuses au sein de l'appareil référentiel des acteurs juridiques, une élévation du système formel des sources et de production des normes. La Constitution s'immiscerait ainsi dans l'ensemble des différentes branches du droit et, ce faisant, aurait vocation à garantir une certaine unité du droit, en relativisant plus qu'auparavant la portée de la distinction académique entre le droit privé et le droit public.

Ce phénomène est lié au développement de la protection des droits et libertés fondamentaux, qui est le champ réservé de l'exception d'inconstitutionnalité. Cette notion permet de qualifier le processus varié d'accumulation et de diffusion des normes constitutionnelles dans l'ensemble de l'ordre juridique. Il est incontestable que l'exception d'inconstitutionnalité, partout où elle est mise en œuvre, accélère très sensiblement ce mouvement de fond, pour en devenir le vecteur privilégié.

A vrai dire, nous ne savons pas tout du phénomène de constitutionnalisation du droit. C'est un thème récent. Replacé dans les grands mouvements de la discipline constitutionnelle, il ne s'est développé que dans le cadre du droit constitutionnel contemporain. Jusqu'alors, la question des rapports entre le droit constitutionnel et les (autres) branches du droit demeurait soit très générale, soit très circonstanciée. La question de la dépendance et de la subordination

¹ Pour une typologie en langue allemande, M. Jestaedt, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine deutsche Perspektive », in J. Masing et O. Jouanjan (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 39.

de ces branches à la Constitution, ou plus simplement celle de l'influence constitutionnelle sur ces branches, était encore plus rare.

Entendons-nous bien. L'idée selon laquelle les différentes divisions de l'ordre juridique ordinaire trouvent leur base ou leurs racines dans la Constitution est bien connue et solidement ancrée. Le discours doctrinal ne manque pas de métaphores tendant à désigner le phénomène : le droit constitutionnel est le « tronc » d'où sortent plusieurs « branches » du droit (Santi Romano) ; il contient les « têtes de chapitre » de toutes ces branches (Pellegrino Rossi).

Evidemment, l'attention est très nette au sein de la doctrine publiciste. Le fait est que, dans les domaines du droit public, la dépendance à l'égard de la Constitution est à la fois la plus visible et la plus immédiate. Chacun sait que la forme de l'Etat et le système de gouvernement – en somme, la « Constitution organisatrice » – conditionnent et modèlent directement les rapports entre les pouvoirs publics et administratifs, définissent les principes essentiels de la structure administrative et le cadre général du droit administratif. Il en fut ainsi historiquement, et cela continue.

Mais c'est tout aussi vrai en droit pénal, par exemple, dont la configuration moderne est « la suite immédiate du même fond d'idées (le rationalisme des lumières) d'où est né le premier constitutionnalisme » selon la formule du président José Manuel Cardoso Da Costa. La nature plus ou moins libérale ou interventionniste de l'Etat, telle que définie par la Constitution, se reflète sur la délimitation des comportements susceptibles de faire l'objet d'une sanction pénale, comme sur la structure de la procédure pénale.

Même chose pour le droit privé. La « propriété privée » présuppose un régime politique et social qui la garantisse dans sa Constitution. De sorte que c'est dans la mesure, plus ou moins large, où la Constitution reconnaît le droit de propriété qu'un domaine économique privé y sera admis. Le sens et le contenu de ce droit sont directement liés à l'évolution de l'Etat, et se reflète sur les limitations ou restrictions dont il peut être l'objet.

Bref, il y a un conditionnement manifeste des différentes branches du droit, sinon directement par les principes constitutionnels, au moins par les conceptions culturelles et idéologiques sous-jacentes à la Constitution ou accueillies par elle. Cela correspond à ce que l'on peut appeler l'effet primaire de la constitutionnalisation. On peut aussi parler de *conditionnement générique* : il y a constitutionnalisation en tant que toutes les branches du droit procèdent des conceptions de base fondamentales (axiologiques, politico-culturelles ou socio-économiques)

sur lesquelles repose l'organisation d'une société politique et qui se logent dans la Constitution.

1.2. Mais cette approche n'épuise évidemment pas ou plus la question. L'affirmation de l'exception d'inconstitutionnalité provoque un changement de degré. Sous son effet, la « constitutionnalisation » des branches du droit devient quelque chose de beaucoup plus intime et diffus, et à certains égards plus indécis, d'autant plus que le mot peut être utilisé aussi bien pour décrire que pour défendre le phénomène...

Elle prend toute son acception dynamique. La constitutionnalisation désigne alors le phénomène de diffusion des normes constitutionnelles dans le système juridique qui conduit à ce que les normes générales de ce système se trouvent progressivement encadrées et modulées par elles². Elle traduit une projection de rendre effectifs les principes constitutionnels et l'accomplissement de cette exigence, elle définit en ce sens un rapport d'efficacité des principes de la Constitution à l'égard des « branches » du droit, voire dans certains systèmes une *efficacité normative directe* des principes constitutionnels sur la conformation des institutions et des relations juridiques privées elles-mêmes.

Bien sûr, cette conception contemporaine résulte du mouvement de (re)valorisation de la force normative de la Constitution – devenue un référent matériel de l'ordre juridique, chargée de la prétention d'être juridiquement effective. Il ne s'agit pas ici de revenir aux causes de ce changement, que chacun connaît : les principes constitutionnels sont de vrais principes juridiques, ils intègrent l'ordre juridique positif, jouent un rôle dans son application, même sans la médiation du législateur ou contre elle. La constitutionnalisation est un mouvement de redécouverte des sources constitutionnelles qui découle de l'activation de la normativité constitutionnelle et de l'influence des libertés et droits fondamentaux. On sait combien Michel Fromont, dans son article paru dans les *Mélanges Eisenmann* en 1974, faisant entrer le concept de droit fondamental en droit français³, en a été le passeur inspiré. Cette association conceptuelle originelle, héritée du Doyen Favoreu, n'est certes pas inattaquable, de façon générale (la constitutionnalisation s'appuie aussi, comme le montre le cas belge, sur le principe d'égalité et sur le principe de proportionnalité...qui ont un spectre d'applicabilité beaucoup plus large). Pas inattaquable non plus, au cas particulier (la notion de droit

² C'est dire, pour reprendre les termes du Doyen Favoreu, qu'« une matière ou une discipline juridique subit l'influence des normes constitutionnelles et que, sans être évidemment remplacées par celles-ci, les règles qui régissent ladite matière doivent désormais être appliquées et interprétées en tenant compte des exigences constitutionnelles ». Il en résulte une « coloration progressive de l'ordre juridique » par la constitutionnalité : L. Favoreu, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales », RBDC, 1998, p. 233.

³ M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », *Mélanges Eisenmann*, p. 9.

« fondamental » n'est pas à proprement parler dans le langage du Conseil constitutionnel). Mais cela ne retire en rien la réalité du phénomène en droit positif.

Bien entendu, la justice constitutionnelle est l'instrument contemporain de réalisation de cette projection d'un droit constitutionnalisé. Par son institution même, dont le Doyen Favoreu a été le diffuseur inlassable⁴. Mais aussi et surtout par l'établissement des moyens contentieux propres à l'office des juridictions constitutionnelles chargées de l'application et de l'observance de la norme constitutionnelle. Que ce soient les procédures permettant un contrôle concentré de la constitutionnalité des lois et autres normes de droit ordinaire, ou les procédures de garantie des droits fondamentaux. C'est en quelque sorte le volet procédural de la constitutionnalisation. Dont l'efficacité permet de dire si, en effet, elle a eu lieu ou pas.

Ces précisions faites, on peut penser que, pour apprécier l'évolution du système normatif à l'œuvre, il faut tenter de mesurer le *degré* de constitutionnalisation en cause. Tâche bien difficile. Au-delà d'avoir tous conscience du processus (même ceux qui le réprouvent), sait-on évaluer très précisément l'impact de la constitutionnalisation sur l'élaboration des solutions de droit ? Je n'en suis pas certain. Et, selon moi, cela fait partie des principaux chantiers de la science de la justice constitutionnelle contemporaine.

Mais nous savons au moins que le phénomène de constitutionnalisation du droit n'est pas automatique. C'est donc qu'elle répond à certaines conditions ou éléments de contexte.

2. Quelles sont les conditions de réalisation de la constitutionnalisation ?

Il y en a essentiellement trois.

2.1. Il faut - 1^{ère} condition – que la Constitution comporte des normes substantielles susceptibles de s'appliquer utilement dans les différentes branches du droit. Disons-le rapidement, la constitutionnalisation se manifeste ainsi dans la supériorité matérielle de la Constitution, une « supériorité juridique et morale qui explique que les règles constitutionnelles servent de soubassements ou de fondements aux autres règles de droit »⁵. En cela, la consécration en mars 2016 du Préambule de la Constitution comme partie prenante de la Constitution d'Algérie, ce qui lui confère une portée directe, est un signal fort. En plus d'élargir le champ d'interprétation du Conseil constitutionnel dans l'exercice de ses missions. Et, sur ce point, le professeur Mohamed Bousoltane a rappelé (ci-dessus) les acquis du « bloc

⁴ Not. L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Itinéraires*, Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Economica, 1982, p. 235 ; « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit*, Mélanges Roland Drago, Economica, 1999, p. 25. Voir l'ouvrage commémoratif, L. Favoreu, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014.

⁵ M. Verpeaux, « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », RFDA, 2014, p. 1203.

de constitutionnalité» en Algérie. Il s'agit aussi de favoriser cette certitude que la Constitution n'est pas victime des contingences directement politiques.

2.2. Il faut ensuite qu'il existe des mécanismes adaptés à la diffusion des normes constitutionnelles. Le système de justice constitutionnelle assure ce rôle, avec plus ou moins de rapidité et d'efficacité selon qu'il fonctionne selon des procédures de contrôle limitées ou au contraire développées. Il est évident que l'ouverture du contentieux incident, en France et ailleurs, a décuplé les situations de rencontre avec chacune des branches du droit. En France, la QPC apparaît aujourd'hui comme le canal privilégié d'influence de la Constitution, ne serait-ce que par la multiplication des recours, lesquels – petit à petit – permettent d'examiner les conditions d'application des règles structurantes des disciplines. La constitutionnalisation s'accélère mécaniquement⁶.

A cet égard, l'expérience française permet de nuancer les réponses habituellement données à la question de savoir s'il existe un instrument procédural privilégié favorisant ou accentuant la constitutionnalisation des branches du droit. Un tel outil existe-t-il ? Il est assez couru de le penser. On prête facilement une telle vertu au contrôle concret. Lorsque le contrôle peut se développer dans le contexte de l'application des normes constitutionnelles à des situations concrètes, il aurait un *effet constitutionnalisant* plus puissant. C'est une idée assez répandue en droit comparé.

Ce n'est pas sans bon sens instinctif : la constitutionnalité des normes ordinaires serait mieux ajustée là où la portée des principes constitutionnels et leur impact normatif, ainsi que les implications des solutions constitutionnelles retenues, peuvent apparaître plus claires et concrétisées. La constitutionnalisation en serait plus sensible. De fait, c'est dans le cadre de cette modalité de contrôle que l'effet de « médiation » entre le droit constitutionnel et le droit ordinaire s'est opéré dans la plupart des systèmes, par la mise en avant d'une pleine applicabilité⁷. Plus encore, l'instrument processuel du recours direct avec un champ élargi peut vite être considéré comme l'étalon de la constitutionnalisation. Comme en Allemagne ou en Espagne avec le recours *de amparo*, des particuliers y disposent d'une voie de recours

⁶ Un exemple récent, voir P. Jourdain, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile, le droit français », *Responsabilité civile et assurances*, mars 2016, étude n° 4. En cette matière, souligne l'auteur, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fut d'abord hésitante. Les motifs des premières décisions étaient erratiques, variables d'une décision à l'autre et peu propices à la généralisation. Puis les décisions rendues à la suite de QPC ont permis au Conseil de préciser sa doctrine et d'énoncer des principes par des motifs beaucoup plus développés.

⁷ Ainsi, l'article 1er, alinéa 3 de la Constitution allemande de 1949 dispose : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable », formule répliquée dans la Constitution espagnole de 1978, article 53, alinéa 1^{er} et 3.

auprès de la cour constitutionnelle contre n'importe quels actes des pouvoirs publics, dont les décisions judiciaires, sur le fondement de la violation d'un droit fondamental.

Pour autant, cette fonction médiatrice du contrôle normatif s'observe tout autant dans le cadre du contrôle abstrait. Les modèles mixtes en attestent. Le Portugal en est un bon exemple, là où il n'est pas possible de saisir la cour en vue de l'examen direct, à la lumière de la Constitution, des situations ou des rapports privés, c'est-à-dire en vue de l'application directe des principes constitutionnels à ces situations ou rapports. Et le cas français, avec la QPC, témoigne de ce que le contrôle abstrait est un moteur tout aussi puissant de constitutionnalisation des branches du droit.

S'il fallait déterminer une voie privilégiée de constitutionnalisation, il faudrait probablement se tourner vers la subordination directe des *situations* ou des *rapports privés* eux-mêmes aux principes constitutionnels. En droit comparé, la question a pris parfois un relief particulier, surtout par référence aux droits fondamentaux dans le cadre de la reconnaissance de l'extension aux « entités privées » elles-mêmes la force obligatoire de certains droits – je pense en particulier à l'affirmation explicite, à notre connaissance sans précédent, énoncée à l'article 18, alinéa 1^{er} de la Constitution portugaise de 1976⁸. Cela s'appuie sur la reconnaissance de la *Drittwirkung* des droits fondamentaux, ou si l'on préfère l'effet horizontal des droits fondamentaux. Sans approfondir ici, cette théorie s'est essentiellement située sur le terrain de la détermination plus précise de l'étendue de la force obligatoire des droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées et sur les moyens possibles de sa concrétisation⁹.

En somme, sous l'angle de la performance en matière de constitutionnalisation, se distingueraient les systèmes de justice constitutionnelle selon qu'ils se limitent ou pas au contrôle de la constitutionnalité des *normes* juridiques dans le sens commun du terme¹⁰. A défaut, c'est uniquement en plaçant son contrôle sur les normes et non pas immédiatement sur les situations ou les rapports horizontaux que la Cour est appelée à participer à la mise en conformité des branches du droit.

Alors, c'est aux tribunaux de droit commun, dans le cadre de leur juridiction, qu'il appartient d'assumer la tutelle constitutionnelle des droits ordinaires. C'est chose simple lorsque les tribunaux en général ont la possibilité d'accéder directement à la Constitution, dans les

⁸ Cet article dispose : « Les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux organismes publics et privés ».

⁹ Voir D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux : recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-Marseille, 2005.

¹⁰ La référence à la norme juridique n'inclurait pas ici les normes contractuelles par exemple.

systèmes où la chose est acquise. Les tribunaux occupent alors un rôle significatif dans la constitutionnalisation du droit.

Mais la situation est, de prime abord, moins évidente en France, comme dans les systèmes où est mis en place un mécanisme de renvoi, là où la participation des juridictions ordinaires au contrôle normatif est moins claire.

2.3. C'est précisément le 3^{ème} élément à prendre en considération dans le diagnostic. Il faut que les autres acteurs du système juridique participent au développement de la constitutionnalisation.

C'est, d'une part, le rôle des juridictions de droit commun, à qui il appartient de réceptionner et de relayer les normes constitutionnelles interprétées par la jurisprudence constitutionnelle. Ce n'est pas forcément simple. Il peut y avoir des craintes, des doutes... des moments de résistance aussi. Cela s'est constaté en France, au début de la mise en place de la QPC. Désormais, les juridictions ordinaires assument sans difficulté majeure leur office de « portier » des QPC et la mise en œuvre des critères de transmission. Quitte à ce que cette participation puisse apparaître parfois comme une immixtion dans le contrôle de constitutionnalité lui-même, révélant toutes choses égales par ailleurs un appétit longtemps renié pour la chose constitutionnelle. Ce qu'elles font aussi de façon générale lorsqu'elles déploient de plus en plus fortement, y compris d'office, les effets absolus des réserves d'interprétation formulées par le Conseil¹¹, là même où le Doyen Favoreu discernait le vecteur subtil de la constitutionnalisation.

Mais la participation est aussi le rôle premier des plaideurs, sans qui rien ne serait possible... raison pour laquelle la constitutionnalisation suppose une acclimatation au droit constitutionnel, une culture constitutionnelle auprès des professionnels du droit.

Avec l'exception d'inconstitutionnalité, la Constitution entre dans les prétoires en tant que norme directement invocable par les particuliers. Cela oblige la pratique professionnelle des juges et des avocats à intégrer, ou du moins à rechercher, un véritable « réflexe constitutionnel ». Les professionnels du droit ne peuvent plus ignorer les ressources de constitutionnalité. Tous sont ou seront rapidement amenés à se pencher sur la jurisprudence constitutionnelle, le raisonnement et les techniques déployés par le Conseil constitutionnel. Il en va de même pour la doctrine universitaire. Je tiens à y insister : il s'agit d'une situation propice à une formidable rencontre des cultures juridiques. Les uns n'ont pas forcément pour

¹¹ Deux manifestations remarquables récemment : CE, 8 juin 2016, *AFEP*, Leb. ; Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 16-40223.

aliments quotidiens le droit constitutionnel ou plus généralement le droit public. Les autres sont amenés à se familiariser avec la richesse et les subtilités des domaines irrigués par la Constitution. Tous sont acteurs du progrès du droit.

Bien sûr, l'acculturation prend du temps. Toutes les contributions ici rassemblées en témoignent. Mais elle peut être favorisée par une série de mesures concrètes, avec la participation de tous les acteurs de justice, au sein des barreaux et des écoles de formation des magistrats. Il ne faut pas non plus oublier le grand public. Et pourquoi pas au plus jeune âge ! C'est par exemple le sens d'une bande-dessinée intitulée « *Expliquez-moi le Conseil constitutionnel* » diffusée en France sous le mandat du président Debré, ou plus récemment d'une manifestation organisée par le président Laurent Fabius, un concours général à l'intitulé évocateur : « *Découvrons notre Constitution* » ! Auquel s'ajoute, désormais, la présentation d'un rapport annuel d'activité du Conseil constitutionnel, inauguré en octobre dernier, à la date anniversaire de la Constitution française.

La **culture de la constitution** ! L'exception d'inconstitutionnalité, si elle est bien accompagnée, en est le moteur le plus puissant. Elle achève la substitution d'une culture de la Constitution à la culture de la loi dans l'Etat, qu'on évoque souvent à travers le passage de l'État légal à l'État de droit. Qu'on approuve ou qu'on déplore ce qu'on pourrait juger comme une évolution supplémentaire vers la « société contentieuse », la défense des droits fondamentaux par la voie contentieuse complète le phénomène de judiciarisation du droit constitutionnel.

Plus largement, l'exception d'inconstitutionnalité favorise une large diffusion de la culture constitutionnelle auprès des citoyens, propice à ce que ceux-ci s'approprient leur Loi fondamentale. La Constitution s'installe comme une norme effective de protection de valeurs communes et se redécouvre comme l'identité du patrimoine national. L'exception d'inconstitutionnalité a le mérite de replacer la question des libertés au centre de l'attention des juges et du débat public et politique. Elle resitue l'expérience juridique autour d'un ensemble de principes fondamentaux constituant une sorte de *jus commune*. Les effets portent loin, dans l'intime : la reconnaissance accrue de la légitimité de la justice constitutionnelle emporte des conséquences sur le mode de pensée du « vivre ensemble » et paraît de nature à générer une véritable dynamique processuelle au service de la démocratie.

3. Alors, quelle projection pouvons-nous faire ?

En France, dans les années 1990, notamment lors du Congrès de Dijon¹², il s'agissait pour les partisans de la constitutionnalisation des branches du droit de faire admettre à la fois la place de la Constitution, du juge constitutionnel et du contentieux du même nom, souvent décriés. L'heure actuelle n'est plus celle de la conquête. Le caractère « transversal » du texte constitutionnel s'observe chaque semaine dans les décisions QPC. Sans qu'on puisse vérifier, mais au contraire infirmer, les craintes assez vaines que l'épanouissement du droit constitutionnel en tant que discipline juridique et contentieuse puisse être assimilé à une conquête du droit public sur le droit privé – même si, par ailleurs, la querelle entre publicisation du droit privé et privatisation du droit public n'a pas forcément perdu de sa vigueur. De fait, la controverse est plutôt interne aux constitutionnalistes, sur le ton, pour certains, d'une prétendue relégation du droit constitutionnel par le contentieux...

Point d'hégémonie disciplinaire donc. Aucune discipline du droit n'a et n'aura jamais le monopole de la Constitution et du contrôle de constitutionnalité. Au demeurant, l'histoire du droit nous enseigne que les juridictions françaises, même la Cour de cassation, ont toujours envisagé la Constitution comme un texte juridique auquel il était possible d'avoir recours, même si elles ont su s'abstenir. La constitutionnalisation des branches du droit est l'inverse de l'entre-soi.

D'ailleurs, la *summa divisio* du droit, si caractéristique au paysage juridique français, n'a pas été remplacée par une *summa concentratio* constitutionnelle. Cette lecture critique d'une « constitutionnalisation-conversion » n'a pas eu lieu – et c'est heureux. Elle n'a même jamais été véritablement envisagée, sauf pour décrédibiliser sans succès l'entreprise – à l'origine très subversive – de mise en connexion du monde constitutionnel et du monde ordinaire.

La constitutionnalisation n'a jamais eu pour objet, et l'on constate aujourd'hui qu'elle n'a aucunement pour effet, de remplacer d'une quelconque façon les règles de droit civil, pénal ou administratif par des normes constitutionnelles – c'est d'ailleurs l'ambition inverse qui s'affiche désormais sans complexe. La diffusion de la doctrine du « droit vivant » - nous y reviendrons – dans la définition des paramètres de contrôle opéré par le Conseil constitutionnel atteste très clairement de ce que le droit matériel de ces branches préexiste à l'intervention du juge constitutionnel, ce que le Doyen Vedel appelait « l'antériorité du droit non constitutionnel sur le droit constitutionnel »¹³, autre façon de dire que « la Constitution

¹² B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Actes du 3^{ème} Congrès de l'AFDC, coll. Droit public positif, 1998.

¹³ G. Vedel, « Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit*, Mélanges Roland Drago, Economica, 1996, p. 6 ; rapp. « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Mélanges René Chapus, Montchrestien, 1992, p. 657.

s'est construite sur le droit et non le droit sur la Constitution ». De fait, nombre de solutions qui existaient déjà dans l'ordre juridique se voient reprises, confirmées et consolidées par le Conseil constitutionnel.

Lorsqu'elles ne le sont pas, on noterait presque une pointe de déception, par exemple auprès des civilistes lorsque le Conseil constitutionnel n'a pas entendu constitutionnaliser ni l'article 1382 du Code civil ni le principe de réparation intégrale qui lui est généralement rattaché¹⁴. Ce qui ne l'empêche pas d'exprimer son attachement au principe de la responsabilité pour faute, qu'il considère comme une exigence constitutionnelle et qu'il induit de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et du droit fondamental à la liberté qu'il proclame.

3. 2. Les témoignages, manifestations et illustrations, tant de la généralisation que de la récurrence de la constitutionnalisation des branches du droit, sont aujourd'hui innombrables. Impossible de toutes les recenser. Ce sera l'œuvre des civilistes, travaillistes, pénalistes, fiscalistes... et autres !

En observant ce qui s'est produit depuis la QPC en France, il est très clair, à la lecture des manuels notamment, que les auteurs des différentes disciplines insèrent ce phénomène de leurs analyses. Parmi quelques exemples significatifs, les « Grands arrêts de la jurisprudence civile » ou ceux de « la jurisprudence pénale », plusieurs contributions dans l'ouvrage du Cinquantième anniversaire de la Constitution française, notamment en droit civil, droit social, droit administratif et en droit économique. Mais aussi des manuels de Droit de la sécurité sociale¹⁵, de Droit de l'aide et de l'action sociales¹⁶, de Droit de l'urbanisme et de la construction¹⁷, de Droit de la fonction publique¹⁸, de Droit économique¹⁹, etc. Plus un fascicule du juriscasseur ne manque pour traiter du droit constitutionnel civil, du droit constitutionnel du travail, et toutes autres déclinaisons. « Les sources constitutionnelles du droit administratif » sont quant à elles élevées au rang d'« introduction au droit public » sous la plume du président Stirn qui en a fait l'intitulé de son ouvrage de référence²⁰. Et, bien entendu, l'évolution de ces droits saisis par la Constitution trouve sa place dans les ouvrages de contentieux constitutionnel qui en déclinent les politiques jurisprudentielles.

¹⁴ Un exemple récent, P. Jourdain, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile, le droit français », *Responsabilité civile et assurances*, mars 2016, étude n° 4.

¹⁵ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Dalloz, 2011.

¹⁶ M. Borgetto, R. Lafore, Montchrestien, 2012.

¹⁷ J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguelou, Montchrestien, 2012.

¹⁸ F. Melleray, Economica, 2013

¹⁹ J.-Y. Chérot, Droit public économique, Economica

²⁰ B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif. Introduction au droit public*, LGDJ, 2011.

Bref, sauf à plaider le mirage collectif, et quel que soit le constat qui est dressé, y compris lorsqu'il conduit la doctrine à formuler bien naturellement des critiques ou des regrets, on ne peut nier que ce mouvement est aujourd'hui assez commun. Parfois très développé, d'autres fois plus limité, et probablement de temps en temps un peu grossi. En tout état de cause, il est bien difficile d'établir des disciplines extérieures au processus ou qui seraient susceptibles d'y échapper. Car le contrôle de constitutionnalité de la loi n'est l'objet d'aucune restriction ou modulation spéciale, tant au plan des paramètres de contrôle qu'au plan méthodologique, en fonction de la branche du droit examinée. La norme de droit privé n'est pas traitée de façon différente de la norme de droit public. Parce qu'il embrasse la totalité du droit objectif, le contrôle de constitutionnalité est proprement indifférent aux branches du droit, aucune n'est exclue, aucune autre n'est privilégiée. Il n'y a pas de Constitution à la découpe.

Le caractère variable du degré d'imprégnation n'altère pas la réalité du phénomène. Cela rappelle simplement qu'il dépend largement de l'activité juridictionnelle du Conseil constitutionnel (et donc de celle du législateur), des capacités de sollicitation et d'expertise de celui-ci, des qualités pédagogiques des décisions constitutionnelles, des modalités de réception selon la branche concernée, et aussi de la culture juridique de ceux qui la pratiquent. Et il importe bien sûr que le Conseil constitutionnel mette toujours plus en valeur la systématisation de son contrôle, critères et raisonnements. C'est une attente accrue depuis la QPC.

En observant bien les choses, il me semble que l'innovation ne tient pas tant dans les résultats ou dans les solutions auxquelles l'approche constitutionnelle des situations peut aboutir. L'essentiel est la prise de conscience plus aiguë de la qualification qui doit être reconnue aux limites imposées à la liberté, ainsi que dans la possibilité qu'on puisse en extraire des implications plus étendues. La plus-value tient surtout à une *immersion* des branches du droit dans une plus large culture juridico-constitutionnelle. Le mouvement n'est pas unilatéral car, comme le montre la pratique de la QPC, la demande de droit constitutionnel se fait *par* l'interrogation disciplinaire – ce qui d'ailleurs peut, dans une version radicale, alimenter l'idée qu'il faudrait dessaisir les constitutionnalistes des questions constitutionnelles contentieuses sous l'effet du développement de l'argumentation inductive.

Aucune dérive constitutionnalocentriste là-dedans. Dès lors qu'on constate que l'irradiation des droits fondamentaux n'a pas défiguré les branches du droit ; dès lors qu'on garde en mémoire que nombre des principes structurants qui y sont applicables relèvent de valeurs juridiques pré-constitutionnelles. Dès lors, aussi, qu'on prend conscience qu'il s'agit, pour notre discipline, de relever le défi de l'ouverture à de nouveaux objets.

II. Les transformations liées au système juridictionnel et institutionnel

J'irai beaucoup plus vite car plusieurs de ces transformations ont été évoquées lors des précédentes contributions, et d'autres seront étudiées plus précisément par celles qui suivront, sur la procédure devant le Conseil constitutionnel et sur son rôle d'actualisation des droits constitutionnels.

Je souhaite ici mettre en avant trois éléments structurants.

1. L'exception d'inconstitutionnalité n'a pas vocation, par elle-même, à remettre en cause l'organisation juridictionnelle.

Son insertion se fait à hiérarchie juridictionnelle constante. La dualité des ordres juridictionnels est maintenue. On peut même considérer que le mécanisme de « l'exception d'inconstitutionnalité » repose sur elle, en l'occurrence par la lecture combinée des articles 188 et 171 de la Constitution d'Algérie

Les deux ordres ont à leur sommet respectivement la Cour suprême, pour les cours et tribunaux, et le Conseil d'État pour les juridictions administratives. Cette organisation n'est pas modifiée. C'est le sens du filtre devant chacune de ces deux hautes juridictions : la mécanique préjudicielle repose sur cet équilibre, autant qu'elle le consolide.

Cette démarche a été celle de la France, où il n'y a pas de hiérarchie organique du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême au sens du modèle de justice constitutionnelle. Il se rattache au modèle kelsenien des Cours constitutionnelles. Il s'agit, pour reprendre la définition classique du doyen Favoreu, d'une « une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci, comme des pouvoirs publics ». Le Conseil est une juridiction particulière placée dans une situation insulaire, distincte des ordres administratif et judiciaire.

Dans une telle configuration, et à titre comparatif, on observe que le système fonctionne grâce à deux éléments.

D'une part, la hiérarchie fonctionnelle du Conseil constitutionnel pour l'interprétation de la Constitution. Il en est l'interprète authentique. Ses décisions s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles, comme le souligne l'article 191 de la Constitution d'Algérie. C'est aussi un élément important pour apprécier la portée dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel.

D'autre part, la spécialisation des juges. C'est le gage de succès du mécanisme de renvoi et donc de la réforme dans son ensemble.

D'un côté, Cour suprême et Conseil d'Etat exercent un rôle de filtrage de l'exception d'inconstitutionnalité, et non d'appréciation de la constitutionnalité de la loi (solution qui aurait été celle d'un contrôle diffus), ou de pré-jugement. Ils exercent aussi, le cas échéant, le contrôle de conventionalité de la loi.

Quant au Conseil constitutionnel, un point d'équilibre consiste à considérer qu'il n'est pas juge du litige, ni même du « lien de dépendance avec l'issue du litige », mais seulement de la conformité de la disposition législative à la Constitution. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil constitutionnel français, refusant de s'immiscer dans la compétence du juge de la question, ne contrôle pas s'il existe une instance en cours, s'il existe un mémoire distinct, ou encore si les dispositions contestées sont bien « applicables » au litige – cette dernière condition étant plus stricte dans la Constitution d'Algérie. Cela relève du seul juge du renvoi.

L'expérience montre qu'une répartition claire des offices est précieuse, quelle qu'elle soit. Elle installe une collaboration des juridictions. Elle permet d'aborder sereinement les situations où l'articulation sera peut être plus discutée.

Parmi les éventuelles difficultés, le contrôle de la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence. En France, lors des deux premières années d'application de la QPC, le contrôle de l'interprétation a été la source d'un conflit important entre juridictions souveraines. Là encore, il a fallu trouver un équilibre. Quel est-il ?

D'une part, le juge de droit commun reste le juge naturel de l'interprétation de la loi et le Conseil constitutionnel doit en tenir compte, et je dirai même s'en inspirer dans son propre contrôle, ce qui est généralement le cas. D'autre part, le Conseil constitutionnel ne peut contrôler la loi sans prendre en compte son interprétation par la jurisprudence, sauf à méconnaître le droit constitutionnel du justiciable de contester une disposition dont « dépend l'issue » de son litige, pour reprendre les termes de l'article 188, c'est-à-dire dans la pleine portée que lui donne le juge. Pour le cas français, la combinaison de ces termes a conduit, inéluctablement, à consacrer le contrôle de la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence, c'est-à-dire, non pas le contrôle des décisions des juridictions supérieures des deux ordres, mais la prise en compte, par le Conseil constitutionnel, de l'interprétation constante de la disposition législative. Cela signifie que la vérification de la conformité des dispositions législatives se réalise en tenant compte de l'interprétation relative à leur champ d'application, à leurs conditions d'application ou à leur portée générale. La QPC porte ainsi, dans la seule

mesure de ce qu'en a déterminé le juge ordinaire lui-même, sur le « système applicatif » de la loi, pour reprendre une formule utilisée par Massimo Luciani.

On retrouve ici une doctrine d'origine italienne, celle du « droit vivant »... Elle repose sur une idée à portée universelle selon laquelle l'interprétation est un objet propre au contrôle a posteriori : Dès lors que le Constituant a voulu qu'une exception d'inconstitutionnalité puisse être soulevée à l'encontre d'une loi promulguée, la contestation du justiciable porte nécessairement non sur la disposition telle qu'adoptée par le législateur mais sur la disposition telle qu'appliquée, c'est-à-dire interprétée, par les juges. Le déplacement de l'objet de la contestation est ce qui distingue fondamentalement le contrôle de constitutionnalité a priori, qui ne porte que sur une loi « sèche » non encore appliquée, du contrôle de constitutionnalité a posteriori, qui porte sur la loi « vivante » de son application effective et évolutive. Cette logique existe partout dans les Etats européens. Bien sûr, sa mise en œuvre apaisée requiert des ajustements pratiques et jurisprudentiels.

2. L'exception d'inconstitutionnalité soulève la question des interactions du contrôle a priori et du contrôle a posteriori.

Sur ce point, trois observations s'imposent :

2.1. 1^{ère} observation : Le Conseil constitutionnel d'Algérie, comme le Conseil constitutionnel français, fait partie des rares cours constitutionnelles à exercer concomitamment un contrôle a priori et un contrôle a posteriori des lois en matière de droits fondamentaux.

On peut observer, s'agissant du cas français, que le premier n'a pas souffert de l'apparition du second. Le contrôle a priori s'est maintenu dans un volume au moins égal à celui qu'on lui connaissait avant la réforme (au cours des années 2000, 25% à 45% des lois promulguées ont été déférées au Conseil constitutionnel).

2.2. 2^{ème} observation : on peut s'attendre à une plus-value protectrice de l'exception d'inconstitutionnalité au regard du contrôle a priori. Je veux dire par là, que le contrôle a posteriori présente un complément de garantie à l'égard du contrôle a priori. Je prends deux exemples pour l'illustrer.

En premier lieu, la QPC permet de traiter de façon inédite certaines dérives, comme, par exemple, la tendance du législateur à réduire par petites touches successives les garanties légales de certaines exigences constitutionnelles : certains dispositifs peuvent être validés par le juge constitutionnel à leur origine, puis leurs diverses modifications ponctuelles ont été toutes validées pour elles-mêmes dans leur contexte d'adoption. De ce point de vue, en

France, l'affaire de la garde à vue est significative. Elle témoigne de ce que le juge est véritablement en mesure de porter une appréciation d'ensemble sur le dispositif modifié et sur la permanence de l'équilibre constitutionnel entre les objectifs poursuivis et les mesures mises en œuvre pour y parvenir.

En second lieu, on peut anticiper que le Conseil constitutionnel sera conduit à examiner une question sur laquelle il a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises dans le cadre a priori, en devant répondre, cette fois, à des griefs à front renversé de ceux qui lui étaient soumis. C'est significatif, par exemple, dans une affaire relative à l'âge de la retraite que le Conseil français a dû traiter : il avait toujours été saisi, jusqu'alors, de griefs tendant à contester le report de l'âge de la retraite au nom du droit au repos et de la protection sociale des « vieux travailleurs ». La QPC lui a donné l'occasion de voir un travailleur contester la législation qui le contraint au repos – ou, plus exactement, qui permet à son employeur de lui imposer la retraite.

2.3. 3^{ème} observation : Un des enjeux de cette coexistence est de préserver la cohérence entre les deux contrôles. Sur ce point, les textes relatifs à l'exception devront être particulièrement vigilants, ainsi que la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ces textes. Un des moyens d'assurer cette cohérence est d'instituer la règle selon laquelle la question constitutionnelle ne peut, en principe, porter sur une disposition législative ayant fait l'objet d'un examen préalable par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances.

Les interactions entre les deux contrôles (dont la nature n'est pas profondément différente) sont réelles. Trois options, qui peuvent d'ailleurs potentiellement se combiner, paraissent devoir être étudiés :

Primo, le Conseil constitutionnel devra-t-il s'engager dans une forme de délestage du contrôle a priori par le contrôle a posteriori ? La censure préventive pourrait progressivement être réservée à l'inconstitutionnalité manifeste, un contrôle plus poussé apparaissant d'autant moins nécessaire que le Conseil constitutionnel pourra, le cas échéant, reprendre la main lors de son application.

Cette orientation présente des risques, notamment celui de dépendre du filtrage qui sera exercé par les juridictions de renvoi.

Deusio, faut-il progressivement dissocier entre un contrôle a priori centré sur le respect de la procédure d'adoption de la loi et un contrôle a posteriori réservé, ainsi qu'il l'est en vertu de la Constitution, à la protection des droits et libertés ? Au premier, le contrôle formel ; au

second, le contrôle substantiel. Les contraintes des délais de jugement et, le cas échéant, le volume des affaires à traiter peuvent favoriser une telle tendance.

Tertio, faut-il recentrer le contrôle a priori sur saisine de nature politique, par contraste avec le contrôle de l'exception d'inconstitutionnalité qui, par nature, tend quant à lui à s'affranchir du débat politique ?

Rien d'inéluctable dans ces différentes options. Pas de solution toute faite non plus. Les choix retenus donneront à la procédure son identité contentieuse et, au système de contrôle de constitutionnalité, son équilibre.

3. Enfin, troisième et dernier élément que j'évoquerai, le rôle renforcé du juge constitutionnel doit s'articuler harmonieusement avec celui du législateur.

Cette articulation n'est pas propre à l'exception d'inconstitutionnalité. Il en va du contrôle de constitutionnalité dans son ensemble.

A cet égard, l'enjeu est de définir un équilibre pérenne qui garantisse que la contestation politique ne sorte jamais de l'espace des institutions. Pour ce faire, il faut garder à l'esprit deux vérités : d'une part, le respect de la Constitution est un devoir avant d'être une contrainte, la loi n'est jamais affaiblie mais au contraire sa légitimité est renforcée par le contrôle de constitutionnalité ; d'autre part, le juge constitutionnel doit demeurer sensible à ne pas délégitimer le débat politique, entraver le travail législatif du Parlement ou rétrécir le périmètre de la discussion politique légitime.

Les outils jurisprudentiels existent pour préserver cet équilibre. Ils concernent aussi bien les techniques de contrôle que la modulation des effets des décisions.

Parmi ces outils, comme on le voit souvent en droit comparé d'une façon ou d'une autre, le juge constitutionnel prend soin de préciser « qu'il ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que celui du Parlement ». Par ce self-restraint, qui se traduit dans son degré de contrôle, le juge constitutionnel entend ne pas s'ingérer dans les questions sociales, dans « la vie sociale » pour reprendre la formule de la Cour belge, pas plus qu'il n'a à établir des « programmes de changement social » pour citer les termes de la Cour suprême du Canada.

Une telle vision n'est pas unanime, ni forcément intangible. L'exception d'inconstitutionnalité place le juge en situation d'être régulièrement encouragé à intervenir dans certaines controverses sociales, ou certains débats économiques. Certaines font preuve expressément d'activisme (comme la cour d'Afrique du Sud ou le Tribunal fédéral du Brésil), dans un

contexte où est admise une logique de codétermination de la loi, une véritable cogénération qui n'est toutefois pas l'apanage de tous les systèmes.

Mais il en va, plus généralement, de la façon dont le juge constitutionnel entend actualiser les droits constitutionnels au regard du contexte et de l'évolution de la société, sujet qui sera abordé par une autre contribution.

Conclusion

Pour conclure ce trop long rapport – qui est presque une « déclaration d'amour » pour reprendre l'image utilisée précédemment par Francis Delpérée – on aboutit à une idée simple. L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas qu'une réforme en plus. Comme d'autres qu'on pourrait isoler. Elle provoque des changements significatifs, dont j'ai tenté de retracer quelques manifestations. Elle génère une pratique résolument dynamique et proactive du contrôle de constitutionnalité de la loi. Elle favorise le développement d'une « préoccupation » constitutionnelle. Elle accélère le rythme de la demande de droit – Avant la QPC, le Conseil constitutionnel français rendait une vingtaine de décisions par an, il en rend aujourd'hui deux cent. Les QPC tranchées suscitent, nourrissent, voire provoquent d'autres à venir... ce cercle vertueux s'est vite installé. Il est la démonstration qu'en droit aussi, l'offre crée la demande !

L'exception d'inconstitutionnalité, c'est aussi un changement de système. Elle implique tous les acteurs du droit. Elle mobilise la participation de tous. Elle provoque un réel changement de perspective. Une nouvelle vision. Une perception renouvelée du droit constitutionnel – un droit plus vivant, plus connecté à la société, plus quotidien... Elle en fait un droit des gens ! dont chacun peut se saisir, avec une prise de conscience de la plus-value constitutionnelle dans la protection des droits et libertés.

Bien sûr l'exception d'inconstitutionnalité ne part pas de rien. C'est d'ailleurs une garantie de son succès. Elle a vocation à s'appuyer sur l'acquis jurisprudentiel jusqu'ici élaboré. On observe, en termes comparatifs, que la facilité avec laquelle la juridiction constitutionnelle assume ses nouvelles fonctions doit beaucoup à cet acquis à la fois juridique, technique et méthodologique. D'autant plus lorsque le contrôle opéré en « exception d'inconstitutionnalité » n'est pas exempt d'une forme de mimétisme à l'égard du contrôle a priori, comme en France, où le Conseil n'a pas souhaité introduire de dissociation entre le contrôle abstrait a priori et le contrôle abstrait a posteriori.

Tout ce processus déplace le centre de gravité de l'ordre juridique vers la Constitution et tend à faire accepter l'idée que le Conseil constitutionnel pourrait être le régulateur dont l'ensemble de l'ordre juridique a besoin.

On l'a vu, l'exception génère aussi de nouveaux équilibres institutionnels, qu'il appartient au législateur organique de mettre en place. Mais comme l'indique la célèbre formule, si les hommes font l'histoire, ils ne savent pas l'histoire qu'ils font.