

LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2008 EN FRANCE ET LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

Bertrand MATHIEU

En France, la Constitution ne fait pas référence à l'existence d'un pouvoir juridictionnel, pas même d'un pouvoir judiciaire, elle parle seulement de l'autorité judiciaire (art. 64).

La réalité d'un pouvoir juridictionnel résulte à la fois d'une situation socio-politique et d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel. On relèvera d'ailleurs que le Président de la République emploie cette expression lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation en janvier 2009.

Marqué par la méfiance contre les juges, alors que les Parlements d'Ancien régime avaient freiné les réformes susceptibles de faire évoluer la monarchie, le droit constitutionnel français n'a jamais accordé au juge une place équivalente à celle occupée par les titulaires des autres fonctions de l'État. La naissance, le développement, la reconnaissance¹ d'un pouvoir juridictionnel s'est opérée, sous la V^o République, à l'encontre du texte constitutionnel qui ne voit dans la justice qu'une autorité. Si la Constitution de la V^o République s'est attachée à remettre en cause la souveraineté parlementaire, c'est plus sur le terrain institutionnel que sur le terrain juridictionnel que cette opération a été conçue. L'autorité judiciaire est reconnue en ce que le Président de la République est garant de son indépendance et en ce qu'elle est gardienne de la liberté individuelle. Cette dernière référence renvoyant en fait à la protection de la sûreté, c'est à dire contre des mesures de police ou de détention arbitraires. Il n'est pas question du juge administratif dans le texte constitutionnel.

Sans modification spectaculaire du texte constitutionnel, la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel (et non judiciaire du fait de l'existence de plusieurs ordres juridictionnels en France) a été confirmée par le Conseil constitutionnel et prudemment confortée par la révision constitutionnelle de 2008.

I-L'émergence du pouvoir juridictionnel en France

Cette émergence résulte à la fois d'un contexte favorable et d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel

¹ Par le Conseil constitutionnel, notamment décision 80-119 DC

1-Un contexte social et politique favorable à l'émergence d'un « pouvoir » juridictionnel

Indépendamment de la formulation constitutionnelle, la justice tend à s'ériger en un véritable pouvoir. Cette évolution se manifeste de plusieurs manières. D'une part, le développement d'un droit fondé essentiellement sur les droits fondamentaux renforce incontestablement la figure du juge. D'autre part, la pénalisation de la vie sociale tend à se développer. Il en est ainsi s'agissant du développement de la mise en cause de responsables politiques dans des affaires économiques ou de financement de la vie politique. Il en est de même du développement de la pénalisation de certains comportements, en matière de relations entre les sexes, de relations de travail (lois sur le harcèlement moral ou sexuel, l'homophobie...), voire en matière de prise de position politique ou idéologique (par ex. lois mémorielles). Sur le plan international, l'érection d'entités, comme l'humanité, en sujets de droit et l'affaiblissement de l'idée de souveraineté conduisent à une internationalisation du droit pénal, dont la Cour pénale internationale représente l'une des traductions les plus éclatantes.

Dans certains systèmes constitutionnels, et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge peut imposer au constituant, fut-il le peuple, un certain nombre de règles. Dans ce cas le système politique n'est plus fondé, au sens strict du terme, sur la démocratie, entendue comme traduisant la souveraineté du Peuple — même s'il fonctionne de manière démocratique — mais un système fondé sur les droits fondamentaux. Or un système fondé sur les droits fondamentaux est différent d'un système fondé sur la démocratie et un système fondé sur les droits fondamentaux est nécessairement régulé par le juge.

Apprécié dans un système donné ce renforcement du pouvoir du juge est démultiplié par la « circularité » du droit jurisprudentiel. Le droit supranational des droits fondamentaux occupe une large place qui tient à l'emprise croissante des droits internationaux, tout particulièrement européens, et à la grande diversité de ces sources. Essentiellement à partir des valeurs occidentales et dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, se forge, ainsi, un droit universel des droits fondamentaux. La prégnance de ce système est assurée par le développement du rôle des juges, constitutionnels ou supranationaux, érigés en gardiens de ces « Tables de la loi ».

Dans ce contexte, les autorités juridictionnelles manifestent une certaine prétention à s'ériger en pouvoir indépendant. Pourtant, c'est une erreur de croire que la séparation des pouvoirs exige l'érection d'un pouvoir juridictionnel totalement autonome. La séparation des pouvoirs nécessite la collaboration entre les pouvoirs. Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser et seul le pouvoir arrête le pouvoir, comme l'a écrit Montesquieu qui considérait, par

ailleurs que le pouvoir du juge était potentiellement le plus dangereux d'entre les pouvoirs. La figure d'un juge, grand prêtre et régulateur suprême de la vie sociale peut être inquiétante.

2-La reconnaissance par le juge constitutionnel de l'existence d'un pouvoir juridictionnel

S'agissant des juridictions judiciaires et administratives, le Conseil constitutionnel a posé les fondements de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel dans sa décision 80-119 DC du 22 juillet 1980. Il a en effet considéré qu'« *Il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement* ». L'on retrouve ici un certain nombre des éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un pouvoir : un organe indépendant, doté d'une mission spécifique, dans laquelle ne peuvent, en principe, intervenir les autres pouvoirs. Incontestablement, le pouvoir juridictionnel est ici placé sur le même plan que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Concernant les juridictions financières, le Conseil constitutionnel a également reconnu leur indépendance dans sa décision 2001-448 DC. Cette reconnaissance concerne, en l'espèce, la Cour des comptes qui contrôle les comptes publics et assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et dont le projet de loi de révision constitutionnelle de 2008 renforce le rôle auprès du Parlement dans l'évaluation des politiques publiques.

Il convient d'intégrer à ce pouvoir d'autres ordres constitutionnels : l'indépendance du Conseil constitutionnel résulte de son statut constitutionnel (décision 2008-566 DC), en particulier ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent à toutes les autorités administratives et politiques (art. 62 C) et il est aujourd'hui admis qu'il remplit une fonction juridictionnelle. À côté des ordres juridictionnels, judiciaire, administratif et constitutionnel, il existe une juridiction d'une nature particulière, dont l'existence est expressément prévue par la Constitution : la Cour de justice de la République, chargée de juger de la responsabilité pénale des ministres pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. L'indépendance de la Cour de justice de la République a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision 93-327 DC du 19 novembre 1993. Il s'agit d'un ordre juridictionnel politique.

II-La révision constitutionnelle de 2008 conforte l'existence d'un pouvoir juridictionnel

Si l'existence d'un pouvoir juridictionnel, écartée par le texte constitutionnel, mais implicitement reconnue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas formalisée par la révision, ce qui se justifie au regard de l'opposition politique qu'aurait rencontrée une telle reconnaissance, il n'en reste pas moins que les institutions juridictionnelles sortent renforcées de cette réforme. Ce renforcement ne concerne pas seulement la fonction juridictionnelle, il concerne plus largement les autorités qui exercent une telle fonction.

Ainsi le rôle de la Cour des comptes auprès du Parlement est-il renforcé. Le Conseil constitutionnel se voit confier le contrôle préalable des référendums d'origine mixte, parlementaire et populaire, le contrôle de l'existence des documents devant accompagner les projets de loi et le contrôle, au delà d'un certain délai, du maintien de la procédure de l'article 16C.

Mais ce sont essentiellement deux mesures qui sont, en la matière, emblématique : la mise en place d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité et la réforme du Conseil supérieur de la magistrature.

1-La réforme du Conseil supérieur de la magistrature

Le Conseil supérieur de la magistrature a pour mission d'assister le Président de la République dans sa mission de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (art. 64 C). Son organisation et ses compétences sont prévues par l'article 65 C. Le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations distinctes, l'une pour les magistrats du siège et l'autre pour le parquet. Ses attributions consistent à faire des propositions ou à donner des avis, conformes ou non, pour la nomination des magistrats. Le Conseil supérieur de la magistrature joue également le rôle d'une juridiction disciplinaire.

La réforme de cette institution devait prendre en compte plusieurs exigences : assurer l'indépendance de la magistrature, éviter le corporatisme judiciaire, assurer un mécanisme satisfaisant de responsabilité des magistrats. Le renforcement de l'indépendance de la magistrature se traduit par le fait de retirer la présidence du Conseil supérieur de la magistrature au Président de la République, pour la confier s'agissant de la formation des magistrats du siège et de la formation plénière au Premier président de la Cour de cassation et s'agissant de la formation compétente pour les magistrats du parquet au Procureur général près la dite Cour. Le Comité avait proposé, dans le souci d'éviter un éventuel procès en corporatisme, de confier la présidence à une personnalité n'appartenant ni à l'ordre judiciaire ni au Parlement. De même la proposition du Comité prévoyant que les magistrats seraient minoritaires au sein des deux formations du Conseil supérieur de la magistrature (celle chargée des magistrats du siège et celle chargée des magistrats du parquet), a suscité une

forte opposition, que l'on n'oserait qualifier de corporatiste, chez les magistrats. C'est pourquoi le texte adopté abandonne cette figure pour les formations disciplinaires. Par ailleurs, le Conseil supérieur de la magistrature devra donner son avis pour les nominations de l'ensemble des membres du Parquet.

2-La question prioritaire de constitutionnalité

Le contrôle de constitutionnalité en France est le long aboutissement d'une évolution qui s'est opérée dans un contexte de départ particulièrement défavorable. Dans la Constitution de 1958, ni catalogue de droits fondamentaux, ni véritable juridiction constitutionnelle. Seulement une volonté, dans le Préambule de la constitution, d'inscrire les nouvelles institutions dans la tradition républicaine française. Il est encore inconcevable que la loi, expression de la volonté générale, soit soumise au contrôle du juge. C'est le Conseil constitutionnel qui prend l'initiative du changement en intégrant les textes visés dans le Préambule de 1946 et relatifs à ce que l'on appelle aujourd'hui les droits et libertés fondamentaux, au sein des normes de référence du contrôle de constitutionnalité (décision de 1971 « Liberté d'association »). Le deuxième acte, qui offre aux acteurs politiques l'accès à ce nouvel outil, c'est la réforme de la Constitution opérée en 1974 qui permet à l'opposition, de saisir le Conseil constitutionnel. Ce sont en réalité les exigences du droit international, et plus particulièrement du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme qui vont conduire la Cour de cassation, puis le Conseil d'État à écarter l'application de la loi inconstitutionnelle. Les masques tombent : le juge peut juger la loi. Les rôles sont répartis : au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité de la loi, dans le cadre d'un contrôle abstrait, a priori et sur saisine politique, au juge ordinaire, judiciaire ou administratif, le contrôle de la conventionnalité de la loi en vigueur à l'occasion de son application et dans le cadre d'un contentieux. Reste que la constitutionnalité de la loi ne peut être appréciée à l'occasion de son application, alors que le contrôle de constitutionnalité présente de nombreux angles morts. L'instauration d'une nouvelle procédure appelée « exception d'inconstitutionnalité » qui permettait à chaque justiciable de soulever la question de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative devant un juge à l'occasion d'un procès, cette question étant en définitive jugée par le Conseil constitutionnel a fait l'objet d'un projet de loi constitutionnel en 1993 qui n'a pas été adopté du fait, notamment, de l'hostilité du Parlement. C'est à l'occasion de l'élection présidentielle de 2007 que la question est à nouveau au cœur du débat politique. Elu, le Président Sarkozy engage une procédure visant à une réforme importante de la Constitution, crée à cette fin un Comité de réflexion présidé par l'ancien Premier Ministre, Edouard Balladur, et introduit cette question au titre de celle qui devront être examinées par le Comité. Les

propositions du Comité retiennent l'instauration d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité. Après quelques hésitations, le Président Sarkozy décide d'inscrire cette nouvelle procédure dans le projet de loi constitutionnelle qui est adopté le 27 juillet 2008.

Dans ses grandes lignes, la procédure est la suivante, à l'occasion d'un litige devant n'importe quelle juridiction, un justiciable peut invoquer la violation par une disposition législative qui lui est appliquée des droits et libertés que lui reconnaît la Constitution. Cette question, qui prime sur une éventuelle question de conventionalité, d'où l'intitulé retenu de « question prioritaire de constitutionnalité, arrête alors le déroulement du procès le juge doit se prononcer sans délai sur le point de savoir si la disposition n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution, sauf changement de circonstances, et si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Si ces conditions sont remplies, la question, selon un mécanisme de double filtre, est transmise au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, selon l'ordre juridictionnel intéressé, qui se prononce dans un délai de trois mois sur le point de savoir si la question est sérieuse ou nouvelle et dans l'affirmative la transmet au Conseil constitutionnel, si ce dernier juge la disposition contraire à la Constitution, il en prononcera l'abrogation en disposant de la compétence d'en aménager les effets dans le temps.

L'objet de cette intervention n'est pas d'entrer dans les détails de cette nouvelle procédure (cf. B. Mathieu La question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de droit, La Semaine juridique, 2009, p. 602) mais de souligner quelques uns des enjeux dont elle est porteuse en ce qui concerne les rapports entre les juges.

**Les rapports entre le juge national et le juge européen*

Cette nouvelle procédure par le caractère prioritaire qu'elle reconnaît à la question de constitutionnalité ne vise pas tant à établir une hiérarchie entre les normes européennes et les normes constitutionnelles que la prévalence de ces dernières dans l'ordre juridique national.

Cette question a fait l'objet de nombreux débats lors des travaux préparatoires. Alors que le projet du gouvernement réservait la primauté de la question de conformité au droit de l'Union européenne, le Parlement a décidé de poser le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, sans réserve.

Le débat portait sur la conformité du mécanisme retenu au droit de l'Union européenne. Cette question dépasserait le cadre de cette présentation. Elle a néanmoins été renvoyée par la voie d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne par la Cour de cassation qui, hostile à la question prioritaire de constitutionnalité tente de faire obstacle à la réforme constitutionnelle en invoquant la contrariété de la loi organique qui la met en

œuvre au droit de l'Union (C Cass QPC, 16 avril 2010, note B. Mathieu, La Semaine juridique, 2010, p. 866).

Au contraire le Conseil d'État rentre dans la logique de la nouvelle procédure en considérant qu'une disposition jugée conventionnelle n'est pas nécessairement constitutionnelle. (CE QPC n° 336753, note B. Mathieu, La Semaine juridique, 2010, p. 871).

La question renvoie en fait à une question plus générale qui est celle de la répartition entre le droit commun, protégé, en dernière instance, par le juge européen et le droit spécifique à chaque État protégé par le juge national.

*Dialogue ou rivalité des juges nationaux?

Les conditions de ce dialogue, ou de cette rivalité, peuvent s'apprécier au travers de deux mécanismes : le filtrage de la question de constitutionnalité et la nature du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur la loi.

-Le filtrage de la question

La Cour de cassation ou le Conseil d'État, doivent, notamment vérifier que « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Il s'agit donc d'un contrôle matériel plus approfondi que celui exercé par le juge d'abord saisi. La question est alors de savoir si le filtre ne va pas être trop serré, les hautes juridictions judiciaires et administratives, pouvant en fait exercer un contrôle négatif, c'est à dire considérer que la question n'est pas sérieuse, la constitutionnalité étant « évidente ». Ces craintes semblent infondées au regard des premières décisions du Conseil d'État (cf. B. Mathieu, Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État, La Semaine juridique, 2010, p. 868). Elles ne le sont pas au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a refusé (décision du 7 mai 2010) de renvoyer au Conseil constitutionnel la question, pourtant débattue de la constitutionnalité de dispositions incriminant la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité.

-Contrôle abstrait ou contrôle concret de la loi ?

La question est alors de savoir si le Conseil constitutionnel va exercer un contrôle de la loi appliquée identique à celui qu'il exerce sur la loi avant son entrée en application. Le contrôle a posteriori est-il de même nature que le contrôle a posteriori ?

La logique de la nouvelle procédure tend à faire du contrôle opéré dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, un contrôle objectif, c'est à dire un contrôle de la loi et non de son application.

Il n'en reste pas moins que si la distinction entre contrôle concret et contrôle abstrait est claire, sur le plan théorique, elle l'est moins sur le plan pratique. C'est en fait la mission du juge ordinaire qui pourrait être à la fois concurrencée et encadrée par l'intervention du juge constitutionnel.

Cette question trouve son prolongement dans celle relative à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

Jusqu'à présent les juges ordinaires reconnaissent, au nom d'une interprétation restrictive des dispositions de l'article 62 al 3 C, selon lequel « les décisions du Conseil constitutionnel ... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et judiciaires », l'autorité de chose jugée aux décisions du Conseil constitutionnel. La logique du nouveau système de la question prioritaire de constitutionnalité, la sécurité juridique, une interprétation moins étroite des dispositions constitutionnelles pertinentes, les règles régissant l'autorité des décisions de la Cour EDH, militent en faveur d'une reconnaissance de l'autorité de chose interprétée aux décisions du Conseil constitutionnel.

Cette reconnaissance s'impose s'agissant de l'interprétation de la Constitution.

Mais la question peut également se poser s'agissant de l'interprétation que le Conseil constitutionnel pourra être amené à donner s'agissant de la disposition législative soumise à son examen. Il pourrait en résulter quelques tensions entre les trois plus hautes instances constitutionnelles (cf. en ce sens, D. Salas, débat sur la question prioritaire de constitutionnalité, in Revue « Constitutions », Dalloz, 2010, n°1).

La question sera alors de savoir l'usage que le Conseil constitutionnel fera des réserves d'interprétation ou d'application de la loi. En effet, comme c'est le cas dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil sera nécessairement appelé dans certains cas à préciser que la disposition contestée est conforme à la Constitution à condition d'être interprétée ou appliquée, ou de ne pas l'être, de telle ou telle manière. Cette interprétation, si elle figure dans le dispositif de la décision, s'imposera en vertu du second alinéa de l'article 62 de la Constitution à l'ensemble des juridictions. De ce point de vue, la Cour de cassation et le Conseil d'État pourraient craindre que le Conseil constitutionnel s'imisce plus directement dans la fonction d'interprétation de la loi par l'exercice du contrôle *a posteriori*.

Ainsi, la révision de 2008, prend acte de la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, conforte son indépendance sans aller jusqu'à lui reconnaître une véritable autonomie et introduit par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité de nouveaux rapports entre les juridictions nationales et entre ces dernières et les juridictions européennes.

Revizuirea constituțională din 2008 în Franța și puterea jurisdicțională

Rezumat

Emergența în Franța a unei puteri jurisdicționale se realizează dificil și progresiv din cauza unei tradiții ostile recunoașterii unei puteri judiciare. Însă existența unei astfel de puteri este o realitate care a fost luată în considerare de către Consiliul constituțional. Importantă reformă constituțională din 2008 nu a încurajat recunoașterea unei astfel de puteri. Două măsuri marchează, totuși, promovarea puterii jurisdicționale și se înscriu într-o evoluție comună cu ansamblul statelor democratice, mai precis reafirmarea independenței judecătorilor, ceea ce nu semnifică autonomia lor, și dezvoltarea controlului constituționalității prin instaurarea unui control a posteriori al constituționalității legilor.

