

La question de constitutionnalité ou Le « ravisement » du constitutionnaliste

Guy CANIVET, 11 septembre 2009, séance de Rentrée de la Faculté de droit de Montpellier

Introduction

1 – Chacun sait que notre Constitution prévoit à son article 61, qu'avant leur promulgation, les lois peuvent ou doivent, selon les cas, être soumises, par les autorités politiques ou les parlementaires, au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. C'est ce que l'on appelle le contrôle *a priori* et *in abstracto* de la constitutionnalité de la loi, *a priori* parce qu'avant la mise en application de la loi, *in abstracto* parce que, de ce fait, détaché de toute situation concrète. C'est le seul prévu par le constituant de la V^e République ; il fut, pour la première fois introduit dans nos institutions en 1958. Et nul, dans une faculté de droit, n'ignore, qu'à ce mode unique de contrôle, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 en a ajouté un autre prévoyant que « *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*... ». Sous la désignation « question de constitutionnalité », cette innovation importante tant pour les citoyens que pour le système normatif, ouvre à chaque justiciable, à l'occasion d'un procès, par voie préjudicielle, un contrôle concret de la conformité de la loi promulguée aux droits et libertés de valeur constitutionnelle.

2 – Incluse dans la constitution par la réforme de l'été 2008, mais non encore mise en application, « la question de constitutionnalité », qui agite beaucoup ces temps-ci l'univers du droit, est tout à la fois à son aboutissement et à son commencement : elle est désormais gravée dans le marbre de la Constitution à l'article 61-1 ; tandis que, subordonnée pour son application aux modalités d'une loi organique en cours d'adoption, elle esquisse son devenir. C'est ce moment particulier du destin de l'institution, entre sa naissance et ses promesses, que je voudrais saisir avec vous. Pour l'évoquer, s'est imposé, assez intuitivement, je l'avoue, et sans doute contre toute raison, le titre d'un merveilleux roman de Marguerite Duras, l'un des plus magiques de l'histoire littéraire du XX^e siècle « Le ravisement de Lol V. Stein ». Au regard de notre sujet, c'est le mot « ravisement » qui m'a fasciné, fasciné par l'ambiguïté de son sens. Ambiguïté n'est pas multiplicité, polysémie disent les linguistes, car loin de séparer les diverses définitions proposées par les dictionnaires : action d'enlever de force, sentiment d'une âme en extase, enfin état jubilatoire, transport de joie, les variations sémantiques du mot s'interpénètrent, s'influencent, se colorent mutuellement dans une continuité plus ou moins aléatoire. « Ravie », arrachée à elle-même par un violent choc affectif provoqué par une scène hallucinante où son fiancé est séduit et enlevé par une femme magnétique au cours d'un bal, l'héroïne, au nom énigmatique de Lol V. Stein, porte ensuite sur elle-même, sur sa vie et sur le monde un regard de détachement « ravi ». Ravisement, rapt ou enchantement ? S'interroge la critique, violence ou transport délicieux ? Lol est-elle emportée par une sorte d'extase ou volée, frustrée ? « Dans ravisement » répond Marguerite Duras « J'ai voulu conserver l'équivoque ».

3 – Quel que soit le sens qu'on lui donne, le terme désigne en tout cas, un sentiment, un affect, un état de l'âme, une subjectivité. Or c'est précisément à travers le regard d'un sujet particulier, « le constitutionnaliste », qu'il soit enseignant-chercheur, juge, avocat, praticien quelconque de la Constitution, que je vous propose de voir la réforme ; d'un côté, son « ravisement », sa joie, sa satisfaction vive devant l'aboutissement d'un processus qu'il a voulu, provoqué et finalement accompagné à son terme, de l'autre, les profondes transformations que l'innovation imposera au constitutionnalisme et par répercussion l'enlèvement, l'élévation, la transfiguration, « le ravisement » que subiront ceux qui en sont les acteurs. C'est, vous l'avez compris, un jeu, un jeu avec les mots, auquel je vous invite, ce qui prive naturellement ce futile bavardage de toute portée scientifique. En même temps, le sentiment d'un tiers virtuel qu'il montre, celui du « constitutionnaliste » me dispense de tout avis personnel sur la réforme et surtout sur la loi organique en discussion, sujet sur lequel l'obligation de réserve à laquelle je suis tenu me commande le silence. Faut-il s'en excuser ? C'est un « non discours » que vous entendrez.

I. Le « ravi » de la crèche

4 – La foison de commentaires, d'articles publiés, de colloques, de débats organisés depuis la publication de la loi constitutionnelle

de juillet 2008, sur le nouvel article 61-1 de la Constitution révèle de la part de la doctrine une exaltation jubilatoire, une joie incantatoire, une explosion libératoire – libératoire de la tension d'une longue attente. Qu'on me pardonne la facétie ; ces manifestations suggèrent l'image du « ravi » de la crèche provençale, le santon émerveillé devant le fils de Dieu vivant, le messie dont l'avènement fut si longtemps promis, le passage de l'Ancien ou Nouveau testament. La question de constitutionnalité est en effet l'achèvement d'une campagne aussi longue que dramatique où se sont affrontés ses partisans et ses opposants. S'exprime alors la profonde satisfaction des uns devant la réussite d'un projet pour lequel beaucoup ont longuement milité : la joie est alors libérée (A). Tandis qu'en même temps se condensent les opinions diverses débattues durant ce long parcours, la joie est aussi déniée (B).

A. Joie libérée

5 – Une joie libérée, telle est bien l'impression que donne l'emballement de la doctrine depuis l'été 2008, autant pour saluer la réforme que pour stimuler sa mise en œuvre. Elle célèbre l'aboutissement d'un long parcours qui va de la rupture de 1789, déniait tout contrôle externe, *a fortiori* juridictionnel, sur la loi souveraine, jusqu'à la réalisation de l'État de droit soumettant toute norme à un corpus des droits fondamentaux.

1. Réduire la fracture révolutionnaire

6 – Selon la pensée commune, depuis la Révolution, l'instauration durable d'un contrôle effectif de constitutionnalité a été entravée par trois considérations d'égale importance et liées entre elles par un enchaînement logique. La première est la méfiance à l'égard du juge. Elle s'impose à la pensée révolutionnaire en raison des perversions du système judiciaire d'Ancien Régime et de l'influence politique conquise par les Parlements, siège d'une aristocratie de robe, qui, au prétexte de contrôler la conformité aux lois du Royaume des ordonnances du Roi, lors de leur enregistrement, ont tenu son pouvoir en échec. L'expression moderne et universelle de cette méfiance est le rejet du « gouvernement des juges », c'est à dire le refus de laisser au juge – qui n'étant pas élu, n'est investi d'aucune légitimité démocratique – une prise sur la loi votée par la représentation nationale. Loi des 16-24 août 1790 interdit en effet aux « *tribunaux d'empêcher ou de suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif--sous peine de forfaiture* », cette conception rousseauiste de la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale, exprimée dans l'article 6 de la déclaration de 1789, est le second obstacle, et sans doute le plus persistant, à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité. La troisième raison avancée de cette réticence est le principe de séparation des pouvoirs dans une interprétation qui proscrie toute immixtion du juridictionnel dans le pouvoir législatif. Selon cette théorie, seul le Parlement, par des procédures internes, est habilité à confronter la loi à la Constitution.

7 – Mais, dans un article récent, le professeur Dominique Rousseau montre que cette présentation de la tradition française d'hostilité au contrôle de la loi est discutable et a été depuis l'origine discutée. C'est, dit-il, un constat discutable parce que, loin de fonder une souveraineté absolue de la loi, la Déclaration de 1789 lui impose au contraire une dépendance à l'égard des principes de nécessité et d'égalité qu'elle énonce. Il en veut pour preuve que dès l'origine, les constituants ont cherché les formes possibles d'un contrôle de constitutionnalité ; celle d'une « jurie constitutionnaire » proposée par Sieyès, ou l'attribution au Roi d'un droit de veto destiné à s'assurer que les actes du Corps législatif sont conformes aux principes de la Constitution, celle, enfin, du dernier article de la Constitution de 1791 qui remet « *à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens et au courage de tous les français, le soin d'assurer la garde de la Constitution* ». Faudrait-il citer ici aussi l'expérience d'autres formes de contrôle de constitutionnalité, par exemple les pouvoirs confiés à cette fin au Sénat du premier puis du second empire ou encore ceux du Comité constitutionnel de la IV^e République.

8 – L'immunité constitutionnelle de la loi souveraine est aussi un dogme discuté, discuté dans la théorie même de la séparation des pouvoirs du XVIII^e siècle sur laquelle elle se fonde et qui, selon la formule d'un de ses promoteurs, est au contraire « *la plus forte garantie qui puisse exister de l'observance de la Constitution* ». Discutée, elle l'est davantage encore sous la III^e République. Présentée comme le moment où s'affirme la tradition républicaine de refus du contrôle de Constitutionnalité des lois, remarque Dominique Rousseau, cette période est aussi celle où se développe un puissant mouvement en faveur de son introduction. Ce courant doctrinal s'appuie tout à la fois sur la crise de la démocratie représentative qui fait perdre à la loi sa qualité d'expression de la volonté générale, sur une relecture de la loi des 16-24 août 1790 qui ne s'opposerait pas au contrôle juridictionnel de la loi, enfin sur une nouvelle dimension du rôle du juge chargé de faire respecter la hiérarchie des normes érigée en système par Kelsen, donc de faire prévaloir la Constitution sur la loi. Dans sa puissance cette doctrine rassemble les plus grands esprits du droit Constitutionnel de l'époque : Barthélémy, Mestre, Rolland, Hauriou, Beudant, Moye, Moreau, Duguit... ; ces auteurs de référence influencent les générations suivantes en jetant les bases d'un argumentaire qui s'expose encore aujourd'hui. Conçue au sein de l'Université, leur

revendication est relayée par la grande presse pour occuper le débat public, de sorte que les chambres sont saisies de plusieurs projets de révision constitutionnelle visant à introduire un contrôle juridictionnel sur la loi promulguée.

2. Réaliser l'Etat de droit

9 – C'est dans ce même courant, visant en définitive à la réalisation de l'Etat de droit, que s'inscrivent des tentatives plus récentes. Celle de 1990, suggérée par Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel et reprise par le Président de la République, François Mitterrand. L'initiative est allée assez loin puisqu'un projet de loi constitutionnelle et un projet de loi organique furent préparés, adoptés par le Conseil des ministres puis déposés sur le bureau de l'Assemblée nationale. Le texte constitutionnel fit l'objet de deux lectures dans chaque assemblée mais, dans le contexte politique de l'époque, il ne put aboutir, faute d'accord de l'Assemblée nationale et du Sénat.

10 – Ce fut donc un refus cinglant pour un projet qui avait pourtant été minutieusement mis au point. Aussi, l'idée fut aussitôt reprise. Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le Doyen Vedel, la réitéra dans le rapport remis au Président de la République en février 1993. Une nouvelle version de l'exception d'inconstitutionnalité, inspirée de la précédente, fut insérée dans un projet de loi constitutionnelle plus vaste, comprenant aussi, on s'en souvient, la réforme de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement et celle du Conseil supérieur de la magistrature. Mais le Sénat, sur le bureau duquel le texte fut déposé au mois de mars 1993, l'en retrancha immédiatement, de sorte que cette nouvelle tentative, elle aussi, tourna court.

11 – Dernière allusion, en 2001, le Premier ministre, Lionel Jospin fit brièvement ressurgir le projet d'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion du centenaire de la loi de 1901 sur la liberté d'association, sans que l'intention, exprimée dans un discours, ne débouchât sur une réalisation concrète.

12 – Si, pendant les années qui suivirent, l'exception d'inconstitutionnalité, affectée par ses échecs successifs, ne figure plus dans l'agenda politique, elle ne disparaît pas pour autant du débat académique où elle continua à susciter une littérature d'autant plus abondante, qu'à la faveur du développement du droit comparé, les progrès du contrôle de constitutionnalité dans les grandes démocraties deviennent de plus en plus visibles. On sait que dans le modèle du Common Law, le précédent *Mabury v. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis, remontant à 1803, a fondé une solide tradition de contrôle de constitutionnalité « diffus », opéré par toutes les juridictions ordinaires. Offrant la gamme complète des procédures possibles devant une Cour constitutionnelle spécialisée, de la saisine préalable à l'action populaire, le modèle austro-allemand est la référence de toutes les nouvelles constitutions européennes, tandis que le « recours d'amparo » du modèle hispanique, qui permet à chaque citoyen de saisir le juge constitutionnel de toute décision administrative ou judiciaire, se répand dans les Amériques centrale et du Sud. A cette liste, il faudrait ajouter d'autres expériences originales comme les modèles portugais et italien, eux aussi très aboutis. Dans le concert international, le contrôle de constitutionnalité à la française semble décidément bien primaire.

13 – Depuis 1958, il a cependant considérablement progressé. Sans entrer dans les détails de cette évolution, on peut en donner les grandes dates. 1971, d'abord, avec la décision dite « Liberté d'association » du 16 juillet, par laquelle le Conseil constitutionnel, à la faveur d'une interprétation constructive du préambule de la constitution de 1958, inclut dans le bloc de constitutionnalité, la Déclaration de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Organe spécifiquement institué pour régler les conflits de compétence entre les pouvoirs constitutionnels, le Conseil s'érige ainsi de lui-même en gardien de droits fondamentaux dont il révèle la valeur constitutionnelle. 1974 ensuite, date de la réforme constitutionnelle du 29 octobre qui étend à l'opposition parlementaire le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, originellement réservé aux autorités politiques ; nouveau mode de saisine qui deviendra largement majoritaire et renforcera profondément l'autorité du Conseil. 1985, avec la décision du 23 août, par laquelle le Conseil constitutionnel affirme le fondement du constitutionnalisme en une magnifique formule « *la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». En 2004, enfin, intervient la décision du 19 novembre où, tirant les conséquences de la participation de la France aux Communautés européennes, le Conseil constitutionnel se reconnaît, certes dans d'étroites limites, le pouvoir de contrôler la conformité au droit communautaire des lois de transpositions des directives. Ce bref rappel montre que le modèle français a tiré toutes les ressources possibles du contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi ; ce qui ne satisfait pas pour autant ceux, nombreux, qui, comme le Doyen Favoreu, estiment que refuser au citoyen le droit de contester la conformité à la Constitution de la loi promulguée qui porte atteinte à ses intérêts est un déni de justice.

14 – Cette mise en cause de la loi en vigueur, tout en rappelant constamment que même par voie d'exception sa compétence se limitait au contrôle des lois avant leur promulgation, le Conseil constitutionnel l'a entrouverte par une décision du 25 janvier 1985

ébergeant un principe que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient* ». Mais la brèche, la large brèche, fut surtout creusée par les juges ordinaires. Certes, malgré de fortes incitations de la doctrine, autant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation se sont, par principe, depuis toujours, dénié le pouvoir de juger de la conformité de la loi à la Constitution, c'est la fameuse théorie de l'écran législatif. En réalité, assez naturellement, ni l'un ni l'autre n'a pu aisément se résoudre à juger un litige selon une loi contraire à un principe constitutionnel. Ce fut d'abord la théorie de l'abrogation implicite construite par le Conseil d'Etat qui permet au juge, quel qu'il soit, d'écarter l'application d'une loi antérieure à 1958 qui serait manifestement contraire à la Constitution. Ensuite, dans chacun des ordres de juridiction, des litiges sont tranchés par référence directe à la Constitution, dans une interprétation qui n'est pas nécessairement celle qu'aurait donnée le Conseil constitutionnel. Tel est, par exemple, le cas du principe de dignité directement invoqué par la Cour de cassation pour fonder une obligation nouvelle d'information du patient par le médecin, obligation qui, on le sait, a totalement bouleversé la responsabilité et par contre-coup, pratique médicales. Enfin aussi bien le juge judiciaire que le juge administratif ont imaginé des moyens subreptices, leur permettant, par un contrôle dit « implicite », d'éviter de conférer une force normative quelconque à une loi inconstitutionnelle.

15 - Mais c'est l'application directe des normes internationales par les juridictions judiciaires et administratives qui a anéanti le dogme de la souveraineté intangible de la loi. Faut-il rappeler la fameuse jurisprudence IVG de 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel, bornant son horizon à la Constitution, a renvoyé au juge ordinaire le soin de réaliser, conformément à l'article 55 de la Constitution, la primauté sur le droit interne des traités et accords internationaux ratifiés ? On sait le parti que juges judiciaires et administratifs ont tiré de ce pouvoir « subversif » pour assurer la mise en compatibilité de la loi interne avec les principes fondamentaux issus de ces normes internationales, en particulier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

16 - La doctrine constitutionnelle n'a pas manqué de souligner le désordre normatif résultant de cette pluralité, sans direction ni cohérence, des voies de confrontation de la loi avec des droits fondamentaux de sources diverses, nationales et internationales. De sorte qu'une réforme s'imposait autant pour renforcer les droits des citoyens que pour restaurer la discipline dans le contentieux des libertés, en replaçant les valeurs constitutionnelles nationales au centre du dispositif de protection. C'est ce que dit sans détour le Président de la République dans le discours prononcé lors de la célébration du cinquantenaire de l'institution du Conseil : « *...je préfère que nos lois soient censurées sur le fondement de notre Constitution plutôt que sur le fondement de conventions internationales et européennes* ». C'est aussi ce qui ressort nettement des travaux préparatoires à la loi organique de la Commission des lois, en particulier de la règle de priorité de la question de constitutionnalité sur l'exception de conventionalité.

17 - Ce nouveau contexte explique sans doute la facilité avec laquelle la question de constitutionnalité, refusée en 1990 et 1993, s'est si facilement imposée en 2008. Voulu par le président de la République, préconisé par le Comité Balladur, compris dans la réforme constitutionnelle et adopté sans véritable opposition, est enfin en place le nouveau dispositif du contrôle de constitutionnalité qui émerveille le constitutionnaliste.

B. Joie déniée

18 - Ce qui ne veut pas dire que la joie soit unanime. Les quelques mois qui séparent le vote de la réforme de sa mise en œuvre, en particulier dans le cadre de la discussion de la loi organique, exacerbent les oppositions à l'œuvre depuis deux siècles, à partir des mêmes arguments qui vont du dogmatisme au scepticisme.

1. L'opinion dogmatique

19 - Ce sont les concepts qui animent l'opposition dogmatique, d'un côté celui de « l'Etat de droit », de l'autre celui de la « tradition ». Les auteurs les plus radicaux regrettent que la réforme constitutionnelle ne réalise pas complètement les conditions de l'Etat de droit. De ce point de vue, il est vrai que ne sont compris dans la nouvelle loi constitutionnelle, ni l'action populaire permettant au citoyen d'accéder sans restriction à la justice constitutionnelle, ni la contestation de la procédure d'élaboration de la loi puisque ne sont invocables par les plaideurs que les droits et libertés que la Constitution garantit, ni, enfin et surtout, un contrôle centralisé du respect de la constitution par les juridictions administratives et judiciaires. A l'inverse, les traditionalistes réprovent que soit abandonnée la spécificité originelle du contrôle de constitutionnalité à la française, limité à l'examen préalable de la loi et réservé à l'initiative des pouvoirs et partis politiques. En termes de conflits de pouvoir, une autre version de ce conservatisme est le phantasme de ceux qui craignent de voir le Conseil constitutionnel s'ériger en cour suprême compromettant la souveraineté juridictionnelle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Tous ceux-là prédisent, ensemble, une perte d'autorité du pouvoir

législatif, une grande insécurité juridique, une rupture d'équilibre du système juridictionnel, une aventure institutionnelle, une « *entreprise hasardeuse* », disent certains, et un nouvel avatar du gouvernement des juges totalement contraire à notre vision de la démocratie.

2. L'opinion sceptique

20 – C'est, en revanche, du point de vue de la réalité que se placent les sceptiques. Les uns estiment que la question de constitutionnalité est inutile dès lors que le contrôle de conventionalité permet déjà de censurer la loi contraire aux droits fondamentaux ; qu'en tous cas, telle que conçue, avec le filtre du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, elle ne changera rien, sauf à pousser les juridictions administratives et judiciaires à s'immiscer dans l'interprétation de la Constitution, au risque de contrarier la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de provoquer, à l'instar de ce qui s'est passé en Italie et en Belgique, une guerre des juges préjudiciable au crédit des institutions. A l'opposé, d'autres redoutent une remise en cause massive de l'appareil législatif, source d'insécurité, d'encombrement contentieux, de manœuvres judiciaires dilatoires et au final d'une regrettable judiciarisation de la vie sociale. Pour les dogmatiques comme pour les sceptiques, loin de provoquer l'enthousiasme la réforme engendre l'insatisfaction, la réprobation, l'amertume, la crainte, en un mot la frustration.

II. Le ravissement de Saint Paul

21 – Mais entre dogmatisme et scepticisme prend place la critique raisonnée. Ceux qui en pratiquent la méthode ont vite découvert que si, dans son état actuel, la question de constitutionnalité n'épuise pas l'Etat de droit, elle conduit néanmoins, sans abandonner notre tradition institutionnelle ni remettre en cause les équilibres de notre ordre juridique, à une profonde transformation du contentieux constitutionnel ; ce que Dominique Rousseau traduit par le « big bang » juridictionnel. Dense, dense et chaude, en effet, sera l'époque à venir d'expansion du cosmos constitutionnel en une double révolution, contentieuse et académique. Contentieuse, parce que le droit constitutionnel engendre désormais des droits subjectifs invocables par les plaideurs dans le cadre de procès investissant le Conseil constitutionnel lui-même, de ce fait érigé en véritable juridiction. Académique, parce que la pratique des principes et libertés à valeur constitutionnelles appliqué à des situations concrètes relevant des divers domaines du droit public et du droit privé renforce les rapports transversaux entre le droit constitutionnel et ces diverses matières, interpellant au passage les disciplines du droit.

22 - Dès lors il n'est guère douteux que les constitutionnalistes, acteurs de cette mutation, seront eux aussi transformés. Pourrait-on dire transfigurés ? Ce qui permettrait l'invocation d'un autre sens du « ravissement » : l'enlèvement, l'élévation, le transport d'une nature à une autre. Osera-t-on ici l'image du « Ravissement de Saint-Paul » dans la représentation qu'en donne le célèbre tableau peint par Poussin en 1649 exposé au Louvre, montrant l'arrachement de l'auteur des épîtres au monde physique pour le transporter dans celui du métaphysique ? Assurément, par sa dimension mystique, la métaphore est outrée. On n'en retiendra donc que l'idée, l'idée déjà forte, d'une transcendance du rôle du constitutionnaliste le grandissant d'une double dimension nouvelle, juridictionnelle et pluridisciplinaire.

A. La révolution contentieuse

23 – Invocable par les parties au procès d'abord dans la phase préalable devant le juge *a quo*, puis devant l'instance de filtrage des juridictions supérieures des ordres administratif et judiciaire, enfin dans la phase préjudicielle devant le Conseil, le droit constitutionnel devient contentieux, soumis à l'interprétation orientée au gré des prétentions comme au débat contradictoire des parties. Outre le fait incontestable que le Conseil constitutionnel se juridictionnalise, le constitutionnaliste devient alors débateur et stratège.

1. La stratégie

24 – Stratège, il le sera pour choisir parmi les droits fondamentaux invocables celui qui est le plus propice à satisfaire les intérêts qu'il défend. Alors il optera entre les droits fondamentaux de source constitutionnelle et ceux qui sont compris dans les déclarations des droits internationales, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme ; les uns et les autres, bien qu'exprimés en termes différents étant souvent - souvent mais pas toujours - en substance, identiques. L'option devra se faire non seulement par comparaison de leur contenu, mais aussi de la commodité des procédures de mise en œuvre et des sanctions dont leur non conformité ou leur non compatibilité est assortie. Les droits fondamentaux de source internationale directement et sans forme particulière invocables devant le juge permettent d'évincer « *inter partes* » la règle incompatible applicable au litige sans cependant

la faire disparaître de l'ordre juridique. Soumises à une procédure plus formelle, comprenant plusieurs phases, l'invocation des principes et droits de valeur constitutionnelle conduit à une sanction « *ergo omnes* » beaucoup plus radicale : l'abrogation des dispositions contestées. Cette mise en comparaison et en concurrence des deux sources de droits fondamentaux et les choix procéduraux qu'elle détermine sont l'un des enjeux majeurs de la réforme avec, en perspective, la renaissance programmée des droits et libertés constitutionnels. « *Il était plus que temps* » dit le Président de la République « *de permettre aux citoyens de s'approprier leur Constitution* ».

2. Le débat

25 – Mais l'arène judiciaire est par excellence le lieu du débat. Le constitutionnaliste devra y pratiquer une rhétorique combattante. Etablir et préciser la situation de fait, choisir et organiser ses arguments, répliquer à l'adversaire dans un objectif de conviction... Construire une défense pour parvenir à un résultat voulu est une démarche bien différente du raisonnement conceptuel consistant à confronter, dans l'absolu, les dispositions d'une loi à des principes fondamentaux abstraits ; appliquer des droits à des situations avérées, dans une situation concrète diffère de spéculer sur des potentialités d'atteinte à la Constitution. Cela suppose une autre logique, une autre méthode, un autre langage. Une autre logique incluant, même dans un cadre préjudiciel, des considérations factuelles, une autre méthode, celle de la dialectique processuelle et de la contradiction, un autre langage : sortir de l'expression formelle, figée et codée, parfois elliptique, des motivations de principe pour une pédagogie, lisible, compréhensible des droits et libertés constitutionnels dont jouissent les citoyens.

26 – Cette nouvelle pratique du droit constitutionnel rejaillit naturellement sur l'identité de ses serviteurs : ce ne sont plus seulement les enseignants-chercheurs, les membres du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat qui, selon l'expression d'un de ses anciens vice président « *vivent la Constitution à la main* », en tout cas dans un monde clos, un club à vrai dire un peu élitiste mais, beaucoup plus largement les avocats et les juges, acteurs ordinaires et quotidiens d'un droit constitutionnel vivant et offensif. Pour de telles applications entièrement nouvelles, cette catégorie naissante de praticiens de la Constitution est évidemment à former, ce qui suppose une révolution académique.

B. La révolution académique

27 – Assurément l'université ne peut rester en marge de ce mouvement. Elle est concernée tout à la fois par le nouveau contenu du contentieux constitutionnel et par une remise en cause des disciplines, ce par quoi je terminerai brièvement.

1. L'irruption de la vie

28 – « *... les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau .* ». Comment, mieux que Portalis dans le célèbre discours préliminaire du Code civil, dire l'irruption de la vie dans la jurisprudence. Ce phénomène, conséquence du contrôle en situation de conformité de la loi à la constitution, inédit pour le juge constitutionnel, affectera la nature de sa jurisprudence de deux manières. Même dans un cadre préjudiciel, c'est l'homme en situation et non plus l'idée ou le concept qui sera devant le juge et concerné par la décision ; l'homme de chair et la protection effective qu'il revendique ; la situation dans sa singularité, son incongruité parfois, plus souvent, son imprévu et les questions inattendues qu'ils posent. C'est à l'individu que s'adresse désormais la justice constitutionnelle, c'est par rapport à lui que se construit, s'apprécie et se critique la décision. Le « lancer de nain » ne sera plus réservé au seul juge administratif pas plus que la revendication au mariage d'un couple de même sexe au juge judiciaire. Alors la loi fondamentale s'enseignera comme un droit humain, vivant et concret, dans sa dimension contentieuse, influencé en tout cas par la situation de fait auquel s'appliquent les garanties. L'enjeu est d'importance. On sait l'influence qu'ont eue, pour le développement considérable de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme les enseignements et formations dispensés par les universités et les écoles du barreau. Il y a – on l'a nettement perçu – un rapport direct entre la qualité de la formation et l'intensité de la pratique. Le même soin devrait alors être apporté à l'enseignement des droits et libertés constitutionnels si on espère – c'est un objectif de la réforme- voir la déclaration de 1789 sollicitée tout autant, sinon davantage, que la convention européenne, le préambule de la Constitution de 1946, tout autant, sinon davantage, que la Charte sociale européenne.

29 – Conséquence d'une autre nature, l'analyse de la jurisprudence ne se limitera plus à la vingtaine de décisions annuelles rendues par le Conseil constitutionnel. Elle s'élargira à l'ensemble des jugements des juges *a quo* administratifs et judiciaires, aux arrêts de filtrage du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation et aux décisions préjudicielles du Conseil constitutionnel. C'est le

fonctionnement de l'ensemble d'une chaîne juridictionnelle qu'il s'agira d'observer, au prisme de la critique systémique d'un contentieux de nombre.

2. L'affectation des disciplines

30 – Ces multiples décisions intéresseront tous les domaines du droit, public et privé, procédural et substantiel, pénal et civil, social et commercial... Il s'agira alors de dégager les principes constitutionnels qui gouvernent ces matières. La dimension transversale du droit constitutionnel n'est certes pas méconnue, elle a donné lieu à de remarquables recherches, mais elle sera considérablement amplifiée. A travers la jurisprudence, s'agira-t-il, par exemple, d'enseigner tout à la fois le droit constitutionnel social et les fondements constitutionnels du droit social, et comme les pénalistes le savent déjà, un droit constitutionnel pénal et les fondements constitutionnels du droit pénal. De manière plus intuitive que raisonnée on suppose que cela devrait avoir des conséquences sur les relations entre les disciplines du droit. Toutefois, dans cette enceinte, par prudence autant que par incompétence, je ne me risquerai pas davantage sur ce terrain sensible.

Conclusion

31 – A l'ensemble de la classe juridique, il appartiendra de faire vivre la réforme, aux médias d'informer les citoyens des droits nouveaux qui leur sont conférés par la Constitution, aux avocats de les invoquer de manière utile, précise et documentée, aux juges ordinaires d'apprécier justement le sérieux ou la nouveauté de ces moyens, au conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'assumer avec loyauté et équilibré le rôle de filtre qui leur est assigné, au Conseil constitutionnel de se donner les moyens d'une véritable juridiction et de tenir une ligne jurisprudentielle claire et crédible ; l'ensemble sous le regard d'une doctrine vigilante et constructive.

32 – A ces conditions l'ère nouvelle d'un constitutionalisme à la française, voulue par le constituant, se mettra en place selon une vertueuse dynamique de progrès. Ce renouveau, chers étudiants, est le pari que vos aînés, les professeurs ici présents, ont fait pour vous ; vous aurez donc à l'assumer. Alors, peut-être, à votre tour, serez vous saisis d'un « ravissement » de troisième sens, dépassant chacun des deux autres ? Je veux parler de la fierté, la fierté de donner corps à une aspiration en mouvement depuis deux siècles, la fierté de construire un corpus de droits fondamentaux en dialogue entre les juridictions nationales et les juridictions européennes et internationales, la fierté de tenir sa place parmi les grands systèmes de justice constitutionnelle, la fierté de faire du modèle français un exemple pour les démocraties naissantes. De quoi, j'en conviens, être pris de vertige.

« A travers l'eau pure du diamant, l'avenir s'étalait en effet, étincelant. On y entraît, un peu aveuglé, étourdi » écrit Marguerite Duras dans un autre roman mythique « Un barrage contre le Pacifique ».

Merci de votre attention.