

LES CHANGEMENTS DE L'ETAT DE DROIT: ILLUSTRATION FRANCAISE DES QUATRE SAISONS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Didier BLANC*

ABSTRACT: *By establishing the matter of harm within constitutionality along with the revision of July 23, 2008, the French Constitution thus brings additions to the control of constitutionality regarding laws, which up to this moment have been fallen behind in what concerns the European standards of the rule of law. However, the feature of a typical French control continues, as evidenced by the technical aspects of the matter of harm within constitutionality and its implementation.*

KEYWORDS: *Laws' Constitutionality Control, French Constitution, Rule of Law, Judicial review.*

JEL CLASSIFICATION: *K 10*

Les relations tumultueuses et consubstantielles de l'Etat et du droit connaissent un tour nouveau sous l'empire de l'Etat de droit, appelé non seulement à gouverner les relations entre l'Etat et le droit, mais à irriguer l'ensemble des strates du système juridique, renvoyant « à une notion de droit positif »¹. L'une des conditions centrales de la réalisation positive de cet Etat de droit tient, ainsi que Kelsen l'a démontré, dans l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois illustrative d'une justice constitutionnelle.

L'instauration en France d'un contrôle de constitutionnalité des lois fut non seulement tardive, mais aussi et surtout imparfaite, si on la compare à d'autres Etats comme la Roumanie². Bien que relevant du « modèle européen » de la justice constitutionnelle³, le contrôle mis en place s'en distingue par la traditionnelle révérence à l'égard de la loi tirant son origine de la Révolution française, laquelle avait érigé la loi au rang suprême en raison de sa qualité à exprimer la volonté générale. Telle est la conséquence directe de l'article 6 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen énonçant fortement: « La loi est l'expression de la volonté générale ». Inspirée par la pensée politique de Jean-Jacques Rousseau telle qu'exposée dans le *Contrat social*, cette conception de la valeur et de l'origine de la loi prend au cours du XIXème siècle et au

* Vice-doyen de la Faculté de droit et de science politique, Université de Versailles-Saint-Quentin.

¹ O. JOUANJAN, Etat et droit, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 649.

² F. MALVASIO, L'exception d'inconstitutionnalité en Roumanie : la question préjudicielle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n°27, p. 83 et s.

³ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1986, p. 16.

début du XX^{ème} siècle l'allure d'un dogme républicain. Il en découle selon R. Carré de Malberg, une identification « entre le pouvoir législatif et la souveraineté populaire »⁴, il s'ensuit que la loi « est souveraine en raison de son origine populaire ». Cette souveraineté de la loi a longtemps constitué un obstacle théorique et politique à l'instauration de son contrôle, la puissance suprême ne connaissant pas d'autre volonté que la sienne.

La loi pouvait trôner en majesté au sein d'un système constitutionnel ignorant de la hiérarchie des normes et ayant progressivement conduit à une néfaste confusion entre la souveraineté de la loi et celle de ceux ayant en charge de l'élaborer: les parlementaires. Dans ces conditions, les assemblées font montre d'une forte réticence à l'égard d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, abordé durant la Troisième République sous l'angle d'une exception d'inconstitutionnalité pouvant être soulevée devant le juge ordinaire en raison précisément de l'inexistence d'un juge *ad hoc*.

Pour autant, la problématique d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'échappe pas à la doctrine au tournant des années 1920⁵. Après des réflexions éparses sur l'existence « de lois contraires au droit »⁶, suivies d'une meilleure connaissance de la politique jurisprudentielle de la Cour Suprême⁷, une affaire dite « Ratier » – précédée par celle des Tramways de Bucarest intéressant la Roumanie⁸ – aux confins de la politique et du droit fournit l'occasion à la doctrine non seulement de prendre position sur la possibilité d'un contrôle diffus de la constitutionnalité des lois exercé par le juge ordinaire mais aussi d'en tracer les traits originaux⁹. Quelles que soient les positions exprimées par les uns et les autres, « la très grande majorité des juristes sont favorables au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception »¹⁰. En dépit de ce relatif unanimité, ni les juges, ni les parlementaires ne posent les bases d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

L'immédiat après-guerre reste marqué par la défiance parlementaire, si bien que toute trace d'une justice constitutionnelle est absente du projet de Constitution issu des travaux de la première assemblée constituante. En revanche, on doit à la seconde l'insertion « des dispositions relatives au contrôle de constitutionnalité, mais avec de telles réserves que, finalement ce contrôle est très réduit et pour ainsi dire symbolique »¹¹. Le symbole ressort de la compétence du Comité constitutionnel nouvellement créé,

⁴ *La Loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, rééd. Sirey, 1931, 1984, p. 5.

⁵ Cf. D. ROUSSEAU, La question du contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^{ème} République, *Revue belge de droit constitutionnel*, 1994, n°3-4, p. 311 et s.

⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, tome 3, 2^{ème} éd., 1925, p. 721-722.

⁷ Cf. E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁸ Cette affaire a permis, contrairement à l'affaire Ratier, « l'institution par voie prétorienne du contrôle de constitutionnalité ». Cf. L. STANGU, La Cour constitutionnelle de Roumanie. Rétrospective historique, *Actes de la deuxième réunion préparatoire de Bamako : les institutions de la démocratie et de l'Etat de droit*, mars 2000, p. 98, <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/bamako.306.pdf>

⁹ Cf. M. MILET, La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier. *Revue française de science politique*, 1999, n°6, p. 783 et s.

¹⁰ *Idem*, p. 798.

¹¹ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, rééd. 1949, p. 551. L'appréciation du Doyen VEDEL s'est avérée parfaitement fondée, le Comité constitutionnel n'ayant été saisi qu'une seule fois sous la IV^{ème} République.

« étroitement limitée » par un « texte (qui) n'a pas voulu envisager de front l'hypothèse où l'Assemblée Nationale souveraine aurait violé la Constitution »¹².

La souveraineté parlementaire constitue le double obstacle théorique et politique sur lequel vient s'échouer l'instauration d'un véritable contrôle de constitutionnalité. Si depuis Tartuffe les vices à la mode passent pour vertus, les modes changent et avec elles les institutions. Si bien qu'à la charnière des IV^{ème} et V^{ème} République, la volonté des constituants présente un profil exactement inverse, il s'agit alors au printemps 1958 de briser la souveraineté parlementaire en raison précisément des excès d'une assemblée.

Toutefois, la tradition française d'un attachement profond autant qu'ancien au prestige de la loi doublée d'une méfiance à l'égard du juge conduit à l'installation d'un contrôle de constitutionnalité des lois centralisé et concentré entre les mains des acteurs politiques, pouvant être qualifié faute de mieux d'« à la française » (I). Malgré les imperfections initiales, l'incommensurable mérite du constituant réside dans l'inauguration d'un contrôle de constitutionnalité riche de potentialités, se découvrant au fil du temps et débouchant sur « l'émancipation réussie du Conseil constitutionnel »¹³. Au point que 50 ans après la naissance du Conseil constitutionnel et du contrôle qu'il exerce sur les lois, il convient de souligner le couronnement d'un mouvement en faveur d'un renforcement de l'Etat de droit mettant partiellement fin à l'exception française¹⁴ (II).

I – Le temps des soupçons : l'installation d'un contrôle de constitutionnalité des lois « à la française »

Les fondateurs de la V^{ème} République sont moins attachés à l'introduction d'une justice constitutionnelle incarnant l'Etat de droit qu'au contrôle de l'activité parlementaire. Quelle meilleure manière en effet de contrôler une institution que d'en contrôler l'activité, à défaut d'en déterminer - l'impossibilité est absolue ici au nom du principe démocratique du suffrage - la composition ? Le contrôle de constitutionnalité des lois est ainsi appréhendé comme un moyen de subordination du Parlement (A). De cette intention originale découle la création d'une nouvelle institution : le Conseil constitutionnel. Sa figure est éloignée de celle des autres cours constitutionnelles européennes au point que nombre d'auteurs doutent à l'origine de son caractère juridictionnel, tant sa proximité avec le monde politique est forte. Institution sous influence, le Conseil constitutionnel, semaille de l'automne, est figé dans les glaces de l'hiver institutionnel gaullien (B).

A) L'automne du contrôle de constitutionnalité des lois : la subordination parlementaire

Le constituant en 1958 avance à découvert, la transformation du Comité constitutionnel en Conseil constitutionnel résulte d'une démarche pragmatique et non d'une réflexion dogmatique articulée autour de l'Etat de droit. De sorte qu'en « créant le

¹² *Idem*, p. 552.

¹³ P. JAN, Justice, juges et pouvoir, in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^o République. Réflexions pour un cinquantenaire*, Paris, La documentation française, 2008, p. 159.

¹⁴ Sur ce point cf. M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 175.

Conseil constitutionnel, la constitution de 1958 rompa, timidement, avec ce qu'il était convenu d'appeler le légicentrisme »¹⁵.

Les travaux préparatoires sont riches d'enseignement puisque le Comité constitutionnel reçoit dans un premier comme principale attribution l'arbitrage des conflits pouvant naître au sujet du domaine de la loi, celui-ci faisant à rebours de la tradition républicaine l'objet d'une détermination matériellement exhaustive¹⁶. Dans un deuxième temps, se pose la question de « la possibilité de saisir un tribunal constitutionnel (...) [lorsque] la loi votée est contraire à la Constitution »¹⁷. Enfin dans un troisième temps, au moment où le Comité devient « Conseil »¹⁸, ses attributions en matière de contrôle de la loi sont clairement dessinées.

Cependant, il ne s'agit pas pour le constituant de lui tracer une destinée comparable aux cours constitutionnelles européennes, il ne doit pas être « en réalité le gardien de la Constitution »¹⁹. Ce rôle est dévolu par l'article 5 de la Constitution au Président de la République. Si bien que l'intention manifeste des constituants est : « éviter un véritable contrôle de constitutionnalité des lois »²⁰. L'équivoque est tôt dissipée puisque Michel Debré, alors Garde des Sceaux, présente en ces termes l'avant projet constitutionnel au Conseil d'Etat : « La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la volonté du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'assemblées »²¹.

L'évocation douteuse du régime parlementaire et plus solide de « la tradition française » motivent le caractère « particulier » du Conseil constitutionnel. Cette nature distinctive, est double, elle se retrouve dans sa composition politique et dans sa saisine par des autorités politiques éclairant sa fonction politique.

Alors que la plupart des autres cours constitutionnelles sont constituées de magistrats ou d'autres membres entrant dans la catégorie des professionnels du droit, le Conseil constitutionnel présente l'allure d'un organe politique et non juridictionnel. Cette appréciation ressort de sa composition, qui peut être qualifiée de politique dans la mesure où parmi ses neuf membres trois sont désignés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale et trois par le Président du Sénat. Sans compter que

¹⁵ D. ROUSSEAU, Vive la QPC ! La quoi ? *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010, n°26, p. 15.

¹⁶ L'article 34 de la Constitution de 1958 innove en substituant au traditionnel critère organique de la loi, un critère matériel précisément destiné à mettre un terme à la souveraineté parlementaire. Sur ce point : T.S. RENOUX et M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2005, p. 404 et s.

¹⁷ D. MAUS, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1987, vol. 1, p. 272.

¹⁸ C'est-à-dire le 8 juillet 1958, cf. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2005, 5^{ème} éd., pp. 17-18.

¹⁹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., p. 382.

²⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, 7^{ème} éd., p. 27.

²¹ Discours de Michel DEBRE en ligne :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/cohabitation/debre.shtml>

pour d'obscures raisons²², les anciens Présidents de la République sont déclarés membres de droit.

Les modalités de saisine du Conseil constitutionnel attestent de sa raison d'être telle que l'affirme Michel Debré : « Subordonner la loi » et avec elle le Parlement. Pour ce faire, un contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires est imaginé à l'article 61 de la Constitution afin d'empêcher d'une part que la mise en œuvre de la Constitution par les parlementaires ne vise à desserrer l'étreinte du parlementarisme rationalisé et d'autre part que le droit parlementaire ne contrarie les prescriptions constituantes²³. Ce même article 61 prévoit un contrôle facultatif qui lors des travaux préparatoires en 1958 pouvait être déclenché par le seul Président de la République, puis en définitive par quatre autorités politiques : ce dernier, le Président de l'Assemblée nationale, celui du Sénat ou le Premier ministre. Cette saisine par des autorités politiques éloigne la perspective jugée peu engageante d'une justice constitutionnelle, les débuts du Conseil constitutionnel confirment le pli initial en le plongeant dans le long hiver des années 1960.

B) L'hiver du contrôle de constitutionnalité des lois : un Conseil constitutionnel sous influence

L'installation du Conseil constitutionnel ne trompe pas la doctrine, il « apparaît moins comme une institution juridictionnelle que comme un organe politique »²⁴. La désignation de ses premiers membres provoque la « stupeur » tant font défaut « les interprètes de l'esprit du droit »²⁵. Il est vrai que le Président du Conseil constitutionnel désigné par le Président de la République était membre du parti fondé par le général De Gaulle, le Rassemblement du peuple français (RPF) et avait été élu député de l'Yonne sous cette étiquette en 1951 ; il avait à ce titre présidé le groupe RPF à l'Assemblée nationale. Sa nouvelle position aurait pu l'inciter à s'éloigner de la sphère gaullienne, c'est l'inverse qui se produit, continuant « de jouer, parallèlement à sa fonction officielle, le rôle, qui était le sien depuis le RPF, de conseiller et de confident du général De Gaulle »²⁶. D'autres membres du Conseil constitutionnel appartiennent également à la mouvance gaullienne, au premier rang desquels Georges Pompidou, directeur de cabinet du Président de la République en 1958, occupant sa fonction de 1959 à 1962, démissionnant pour exercer les fonctions de Premier ministre. De sorte que « les premières désignations » ont pu être jugées « assez déconcertantes pour l'opinion », même si *in fine*, certains auteurs affirment que « les juristes sont en majorité »²⁷.

²² Il s'agissait selon les acteurs de l'époque d'assurer une retraite honorable au dernier Président de la République, René COTY.

²³ A cet égard, l'expérience tirée d'un précédent de 1949 relatif aux conditions de mise en cause de la responsabilité présidentielle a pu guider les rédacteurs de la Constitution et en particulier M. DEBRE, cf. *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, pp. 31-32.

²⁴ M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1961, 2^{ème} éd., p. 793.

²⁵ C. EISENMAN, *Palindromes ou stupeur ?* Le Monde, 5 mars 1959, reproduit en annexe, *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*

²⁶ J.-P. MACHELON et A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU et X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1983)*, Paris, Dalloz, 2009, p. 25.

²⁷ *Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit.*, p. 790.

Ce qui n'empêche pas Maurice Prélot, également député RPF sous la IV^{ème} République, puis sénateur des partis lui ayant succédé, de préciser que ces juristes « sont exclusivement choisis parmi les praticiens, comme s'il était souhaité que l'interprétation de la Constitution s'accomplisse, à l'instar de son élaboration, en dehors de toute ambiance doctrinale »²⁸. Le travers n'est pas propre aux premières nominations car à l'occasion du cinquantenaire de l'institution, G. Carcassonne relevait non seulement qu'il « n'y a généralement pas beaucoup de professeurs de droit », mais aussi que 4 membres sur 66 « ont été des magistrats de l'autorité judiciaire »²⁹.

Cette grande proximité entre l'exécutif, le RPF et les membres de la nouvelle instance affaiblit sa position, ce qui est naturellement une circonstance aggravante du point de vue de l'Etat de droit, s'ajoutant à une histoire constitutionnelle hostile au contrôle de constitutionnalité des lois et aux intentions constituantes. Aussi, les premiers pas du Conseil constitutionnel sont davantage guidés par la « raison d'Etat » auquel il se trouve tôt confronté en matière de contentieux électoral³⁰, que par les principes inhérents à l'Etat de droit.

C'est précisément à partir d'une présumée violation de la Constitution que va éclater la première crise importante au sein du Conseil constitutionnel. Le 18 mars 1960, le Président de la République refuse de convoquer une session extraordinaire³¹, alors que plus de la majorité des députés le demandait, ce qui ne manque pas de soulever « une tempête de protestations, fondées sur un article très précis de la Constitution, l'article 29 »³². L'interprétation discutée et discutable du Chef de l'Etat s'agissant de sa compétence à opposer un tel refus³³ a conduit Vincent Auriol, siégeant en qualité de membre de droit après avoir été Président de la République de 1947 à 1954, à saisir le Conseil constitutionnel au sujet des conditions de sa saisine. Motivant la séance du 7 avril 1960, la demande de V. Auriol vise à permettre au Conseil constitutionnel de s'auto-saisir afin qu'il ne soit plus « impuissant en face d'une violation de la Constitution »³⁴. Pour ce faire, il propose une révision de l'article 61 de la Constitution dont l'occasion est donnée par une réforme constitutionnelle engagée au sujet des dispositions intéressant la Communauté³⁵. Cette initiative sans lendemain incita V. Auriol à ne siéger que de manière fort épisodique.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Hors série 2009, p. 11.

³⁰ Cf. *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 28.

³¹ Le texte est publié par la *RDP*, 1960, p. 315.

³² G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *Histoire de la Vème République (1958-2007)*, Paris, Dalloz, 2007, p. 60.

³³ Selon J. CADART, « tous les juristes et tous les politiques estimaient (et ils estiment toujours qu'il en est ainsi) qu'en cette circonstance le chef de l'Etat était obligé de signer le décret d'ouverture de la session extraordinaire », *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1980, tome II, p. 1005.

³⁴ *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 60.

³⁵ La Constitution comportait un titre XII De la Communauté, consacré aux relations entre la France métropolitaine et les peuples des territoires d'Outre-mer, aménagé par la loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960 et abrogé par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995.

Les années suivantes demeurent émaillées de décisions et d'événements attestant du lien étroit unissant le Conseil constitutionnel à son « créateur »³⁶. Seuls les observateurs attentifs³⁷ décèlent des signes de dégel dans la jurisprudence constitutionnelle, annonciateurs de temps nouveaux.

II – Le temps des moissons : la fin heurtée de l'exception française

Pour que Déméter apparaisse en majesté, il faut attendre le début des années 1970. Deux événements majeurs vont se produire durant cette période. Le premier relève de la volonté propre du Conseil constitutionnel, le second du constituant. Tous deux contribuent à transformer le Conseil constitutionnel et avec lui le contrôle de constitutionnalité des lois dans un sens favorable à l'Etat de droit. Cette chrysalide du Conseil constitutionnel, parfois présentée comme une « seconde naissance »³⁸, est annonciatrice du printemps du contrôle de constitutionnalité (A). Certains, croyant sans doute à la métempsychose, ne manquent pas d'annoncer une « troisième naissance »³⁹ à l'occasion de sa saisine par les particuliers. Il est vrai que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en vigueur depuis le 1^{er} mars 2010 approfondit le sillon tracé une quarantaine d'année auparavant et peut à ce titre là être présentée comme l'été du contrôle de constitutionnalité (B).

A) Le printemps du contrôle de constitutionnalité des lois : la chrysalide du Conseil constitutionnel

Le début des années 1970 marque « une révolution juridique et politique »⁴⁰ provoquée l'une par une décision du Conseil constitutionnel, l'autre par une révision de la Constitution.

La première s'incarne dans la plus célèbre de toutes les décisions du Conseil constitutionnel : celle du 16 juillet 1971⁴¹, « véritable coup d'État juridique » ouvrant la « voie vers un contrôle juridictionnel des lois fondées sur le respect par le législateur des libertés et droits fondamentaux »⁴².

Il ne s'agit pas ici d'ajouter aux analyses savantes suscitées par cette décision⁴³, mais d'en souligner les traits saillants.

³⁶ Sur cette période : *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 25 à 41.

³⁷ Cf. L. FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, *RDJ*, 1967, p. 5.

³⁸ N. LENOIR, *Le métier de juge constitutionnel. Entretiens avec Noëlle Lenoir*, *Le débat*, 2001, n°114, p. 178. L'expression apparaît déjà en 1994 dans la bouche de R. BADINTER, alors Président du Conseil constitutionnel.

³⁹ En février 2007, France Culture consacrait une émission à l'éventualité d'un contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel intitulée : *Vers une "troisième naissance" du Conseil Constitutionnel ?* à laquelle participaient plusieurs membres de cette institution dont deux de ses anciens présidents.

⁴⁰ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, 12^{ème} éd., p. 301.

⁴¹ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, 15^{ème} éd., p. 255 et s.

⁴² R. BADINTER, *Une longue marche du Conseil à la Cour constitutionnelle*, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n°25, p. 6.

⁴³ Cf. J. ROBERT, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, *RDJ*, 1971, n°p. 1171; J. RIVERO, *La garantie par le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de la Constitution*, *AJDA*, 1971, p. 537;

Premièrement, les faits⁴⁴ à l'origine de cette décision témoignent de l'enjeu politique que représente le contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁵. Deuxièmement, contrairement à la volonté des rédacteurs de la Constitution⁴⁶, le Conseil constitutionnel puise dans le Préambule de la Constitution les normes de référence de son examen de la conformité des lois. Troisièmement, en procédant de la sorte, le Conseil constitutionnel passe d'un contrôle de la régularité externe de la loi à un contrôle interne, portant sur le fond puisque le Préambule ne présente aucune utilité sur le plan formel. Quatrièmement, le Conseil constitutionnel mesure parfaitement la portée de sa décision et son contexte, celui de la fin de la présidence du général De Gaulle⁴⁷, le transformant à l'imitation des « autres institutions étrangères » en « défenseur des libertés »⁴⁸.

Enfin, cinquièmement, cette décision illustre en creux qu'un accord au sein de la classe politique dirigeante pour ne pas saisir le Conseil constitutionnel peut masquer une violation de la Constitution⁴⁹ et en tout état de cause l'empêcher d'avoir à se prononcer.

Ce dernier point motive partiellement la révision de la Constitution le 29 octobre 1974. Annoncée par V. Giscard d'Estaing dans son message au Parlement du 30 mai 1974, la réforme est présentée au Conseil des ministres du 21 août 1974 pour être adoptée le 21 octobre 1974 et prend forme dans la loi constitutionnelle n°74-904. Sans s'attarder sur la faculté d'« auto-saisine » prévue initialement dans le projet soumis aux députés⁵⁰, mais rejetée en raison du pouvoir exorbitant que celui-ci aurait laissé peser sur le Parlement, la portée de la révision de 1974 n'est pas considérée dans un premier temps à sa juste valeur. L'opposition n'a pas apporté ses voix lors du Congrès à cette loi constitutionnelle, généralement présentée comme une « réformette »⁵¹, « un

⁴⁴ S. DE BEAUVOIR et M. LEIRIS fondent une association, Les Amis de la Cause du peuple, soutenant le journal du même nom, organe de la Gauche prolétarienne dont la dissolution est prononcée en 1970. Le Préfet de police de Paris refuse cette création, la décision est attaquée devant le Tribunal administratif de Paris, lequel rappelle que seuls les tribunaux judiciaires peuvent décider de la nullité de la constitution d'association. Le gouvernement soumet aux assemblées un projet de loi ayant pour objet de priver de base légale la jurisprudence administrative en modifiant la loi du 1^{er} juillet 1901 relative aux associations. En dépit de l'opposition du Sénat, inquiet des risques que le dispositif fait courir aux partis politiques constitués en association, la loi est adoptée ; elle sera déférée au Conseil constitutionnel par le Président du Sénat, Alain POHER.

⁴⁵ F. LUCHAIRE, membre à cette époque du Conseil constitutionnel souligne cette dimension : Souvenirs du 16 juillet 1971, in *La liberté d'association et le droit*, Conseil constitutionnel, colloque des 29-30 juin 2001. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/dossiers_thematiques/loi_centenaire_loi_1901/2vendredi.pdf Cet aspect ressort également des documents publiés in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit, p. 207 et s.

⁴⁶ R. JANOT a indiqué avoir en 1958 rejeté fermement le caractère constitutionnel du Préambule après avoir discuté de cette question avec le général De Gaulle et Michel Debré. Cf. D. ROUSSEAU, op. cit, p. 28.

⁴⁷ G. PALEWSKI, Président du Conseil constitutionnel en 1971 reconnaît que cette institution pouvait être rangée « au nombre des "bénévoles" », il lui « semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée ». Cité par P. AVRIL et J. GICQUEL, op. cit, p. 50.

⁴⁸ *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 215.

⁴⁹ Le Sénat est durant cette période la seule institution échappant relativement à l'emprise gaulliste en raison de sa sensibilité centriste. La saisine de 1971 est seulement précédée de celle de 1962 faite par G. MONNERVILLE au sujet de la loi référendaire relative au mode d'élection du Président de la République.

⁵⁰ Cf. projet de loi constitutionnelle portant révision de l'article 61 de la Constitution, Assemblée nationale, déposé le 27 septembre 1974, n°1181.

⁵¹ V. GISCARD D'ESTAING, in *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 118.

divertissement constitutionnel »⁵². Pourtant, elle prévoit la possibilité pour 60 sénateurs ou 60 députés de saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi, ce qui permet à ses géniteurs de la présenter comme donnant « à l'opposition des droits accrus »⁵³.

Cette saisine minoritaire « entraîne trois phénomènes qui défient l'ingénierie constitutionnelle, déjouent les craintes des détracteurs de la réforme constitutionnelle et dépassent les calculs de ses promoteurs : un accroissement considérable du nombre et de la densité des normes constitutionnelles, lesquelles réduisent d'autant la marge de manoeuvre de la future majorité ; une « juridictionnalisation » de la procédure, laquelle légitime l'institution et sa jurisprudence ; une participation directe du juge aux grands problèmes de société, laquelle le conduit par le jeu de l'interprétation à orienter les grands principes directeurs de l'action législative⁵⁴.

Cette révision constitutionnelle est celle, avec le passage de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, qui a profondément modifié le fonctionnement de la Vème république au-delà des attentes de ses instigateurs. De la dynamique créée découle « une période d'euphorie constitutionnelle dont les manifestations sont diverses: accroissement des compétences du Conseil, émergence d'une nouvelle discipline universitaire (le contentieux constitutionnel), d'une nouvelle approche du droit constitutionnel (le droit constitutionnel jurisprudentiel) et d'une nouvelle génération de constitutionnalistes, une médiatisation des décisions du Conseil constitutionnel... »⁵⁵.

A partir de la moitié des années 1970 et durant les années 1980, le Conseil constitutionnel et avec lui le contrôle de constitutionnalité des lois s'enracinent dans le paysage constitutionnel français. Alors que le contrôle des lois ordinaires n'a « donné lieu qu'à neuf décisions en quinze ans⁵⁶», depuis 1974 le nombre de loi déféré croît pour atteindre plusieurs dizaines par an (18 en 1982, 26 en 2009). Cette exceptionnelle montée en puissance nourrit les travaux de la doctrine⁵⁷, mais n'est pas sans inconvénient, reposant de manière chronique la légitimité de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel⁵⁸. Le point fait débat, partageant la doctrine entre ceux qui considèrent qu'il « est possible de soutenir que le Conseil constitutionnel "en fait trop" »⁵⁹ et ceux au contraire qui y voient « davantage une peur qu'une réalité »⁶⁰.

⁵² J.-P. COT, Extrait des débats, XXe Anniversaire du débat sur la réforme de la saisine du Conseil constitutionnel, *Bulletin de l'Assemblée nationale*, 27 janvier 1995, n°54, p. 44.

⁵³ Projet précité n°1181.

⁵⁴ P. JAN, Le Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 2001, n°99, p. 73.

⁵⁵ *Idem*, p. 73.

⁵⁶ O. DUHAMEL, Conseil constitutionnel, in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 196.

⁵⁷ Cf. *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Journée d'études du 16 mars 1994, Paris, Economica, 1995 ; D. MAUS et A. ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 2006.

⁵⁸ Cf. G. DRAGO (dir.), B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999.

⁵⁹ P. BLACHÈRE, Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 27.

⁶⁰ D. ROUSSEAU, Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La juridictionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 19.

Quoi qu'il en soit, au terme de cette double séquence, il est permis d'affirmer que la « greffe du contrôle de constitutionnalité a pris et l'Etat de droit ne s'en porte que mieux »⁶¹. Pour se porter mieux encore, l'élargissement de la saisine est envisagé à l'orée des années 1990, il est riche des promesses de l'été,

B) L'été du contrôle de constitutionnalité des lois : la question prioritaire de constitutionnalité

Le bicentenaire de la Révolution française est l'occasion pour le Président de la République, François Mitterrand, de faire sienne l'idée ancienne⁶², d'une saisine du Conseil constitutionnel, avancée quelques mois plutôt par le Président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter⁶³. Cette intention prend forme au printemps 1990 avec un projet de loi constitutionnelle⁶⁴, toutefois elle n'aboutit pas en raison de l'opposition sénatoriale. Trois après, en prolongement des propositions pour une révision de la Constitution élaborées par un comité présidé par Georges Vedel⁶⁵, un nouveau texte, moins restrictif que celui du comité Vedel, est à nouveau présenté aux parlementaires et à nouveau refusé par le Sénat⁶⁶. Ce double refus condamne pour longtemps, quinze ans, toute nouvelle initiative en la matière.

La volonté, fructueuse cette fois, d'étendre aux particuliers la saisine du Conseil constitutionnel réapparaît en 2007, avec la création d'un Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République. Présidé par l'ancien Premier ministre Edouard Balladur, le comité instauré à l'initiative du Président de la République, Nicolas Sarkozy, reçoit de ce dernier l'indication notamment d'examiner « les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel pourrait être amené à statuer, à la demande des citoyens, sur la constitutionnalité de lois existantes »⁶⁷. Dans ces conditions, le « comité n'a donc guère éprouvé d'hésitation à recommander aux pouvoirs publics de s'engager dans la voie d'une réforme qui aurait pour objet de permettre à tout justiciable d'invoquer, par la voie dite de l'exception, devant le juge qu'il a saisi, la non-conformité à la Constitution de la disposition législative qui lui est appliquée, à charge pour ce juge d'en saisir le Conseil constitutionnel dans des conditions à définir »⁶⁸.

⁶¹ P. JAN, *Pouvoirs*, op. cit., p. 73.

⁶² Cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit. p. 74, note 33.

⁶³ Cf. F. LUCHAIRE, Une réforme constitutionnelle différée : le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions, *RDP*, 1990, p. 1625. Voir aussi le n° spécial de la *RFDC*, 1990, n°4.

⁶⁴ Projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n°1203, déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

⁶⁵ S'agissant de la saisine du Conseil constitutionnel par les citoyens, la proposition du comité « reprend pour l'essentiel le dispositif présenté en 1990 au Parlement ». *Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, Paris, La documentation française, 1993, p. 76.

⁶⁶ Projet de loi constitutionnelle portant révision de la constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (dispositions modifiant le titre VII) - 10 mars 1993. Les aspects du texte intéressant le Conseil constitutionnel disparaissent devant le Sénat à l'occasion de son examen.

⁶⁷ Une V^e République plus démocratique, Paris, La documentation française - Fayard, 2007, p. 107. Le texte intégral est téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.comite-constitutionnel.fr/le_rapport/index.php

⁶⁸ *Idem*, p. 88.

La définition de cette saisine va relever des travaux du comité⁶⁹, ainsi que naturellement du constituant⁷⁰, pour finir entre les mains du législateur organique⁷¹. Ce dernier détermine le cadre d'une saisine originale baptisée : question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cette QPC est la manifestation attendue d'une révolution juridique, doublant le contrôle de constitutionnalité à la française d'un « contrôle concret *a posteriori* à la française »⁷². Ce dernier qualificatif témoigne de la persistance des particularités du contrôle.

Une analyse détaillée du dispositif applicable depuis le 1^{er} mars 2010 n'entre pas dans le cadre de cette contribution⁷³, il s'agit ici, après en avoir brossé les grands traits, d'en souligner les spécificités afin de démontrer la persistance d'un contrôle de constitutionnalité des lois « à la française ».

Le dispositif de l'article 61-1 de la Constitution relatif à la QPC permet à un justiciable de soulever devant le juge une exception fondée sur la conformité d'une loi à la Constitution au motif qu'elle porte atteinte aux droits et libertés qu'elle garantit. Le juge premier saisi peut décider de saisir à son tour la juridiction suprême de l'ordre auquel il appartient (Conseil d'Etat, Cour de cassation), laquelle peut décider à son tour de saisir le Conseil constitutionnel.

De cette présentation plusieurs constatations s'imposent. En premier lieu, il est possible « désormais d'affirmer sans risque que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une exception d'inconstitutionnalité, et qu'elle n'est pas davantage une question préjudicielle »⁷⁴. En deuxième lieu, des doutes existent quant au domaine de la QPC, d'évidence le statut des lois référendaires est ouvert, or le législateur organique ne tranche pas la question, si bien qu'il revient au Conseil constitutionnel de la trancher⁷⁵. En troisième lieu, d'autres interrogations devront être levées par le Conseil constitutionnel, devant « apporter des précisions sur les juridictions soumises à la réforme (peut-il être visé par celle-ci en tant que juge électoral ?), sur la notion de disposition législative au sens de l'article 61-1 (les lois organiques sont-elles incluses ?), sur l'étendue des droits et libertés constitutionnellement garantis ainsi que sur les moyens

⁶⁹ Cf. Article 61-1 tel que proposé par le Comité, *idem*, p. 148.

⁷⁰ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF du 24 juillet 2008, p. 11890.

⁷¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009, p. 21379. Cf. P. BON, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 18 décembre 2009, RFDA, 2009, p. 1107. Le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution détaille les aspects intéressant les diverses juridictions intéressées, JORF du 18 février 2010, p. 2969

⁷² O. PFERSMANN, Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori*, *Petites Affiches*, 19 décembre 2008, n°254, p. 105.

⁷³ Pour un examen approfondi : V. BERNAUD, in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2009, 3^{ème} éd., p. 1438 ; X. PHILIPPE, La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique, *RFDC*, 2010, n° 82.

⁷⁴ A. BORZEIX, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? Un recours individuel en abrogation de la loi, *Gazette du Palais*, 2 mars 2010, n°61, p. 18.

⁷⁵ Cf. P. JAN, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n° 252, p. 9. Pour mémoire, depuis 1962 le Conseil constitutionnel refuse de contrôler les lois référendaires au motif qu'il ne peut contrôler « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, cf. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 120 et s.

d'inconstitutionnalité susceptibles d'être invoqués »⁷⁶. En quatrième lieu, de solides doutes pèsent sur la conformité de la QPC au droit de l'Union européenne, principalement en raison de son caractère prioritaire. Or, la jurisprudence de la Cour de justice exprimée dans son arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978⁷⁷ retient l'obligation pour le juge national de laisser inappliquer sa législation⁷⁸. Accessoirement se pose la question de l'articulation entre la QPC et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. Ces éléments motivent une controverse doctrinale dont la presse généraliste a pu rendre compte⁷⁹, nourrie par un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 soulevant la question de la conformité de la QPC avec le droit de l'Union⁸⁰ et par la position orthodoxe du Conseil constitutionnel rappelé dans sa décision 2010-605 du 12 mai 2010⁸¹. En cinquième lieu et en dernier lieu, la QPC rapproche le Conseil constitutionnel dans sa mission des autres juridictions constitutionnelles, pourtant son mode de désignation demeure soumis au pouvoir politique. Pour cette seule raison: « Que ce Conseil ne soit pas une Cour, saute aux yeux. Surtout lorsqu'on le compare à ses homologues étrangers »⁸². De toute évidence, pour être parfaite au sens premier, l'introduction de la QPC aurait dû entraîner la transformation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle.

L'ensemble de ces éléments obscurcit le ciel de l'Etat de droit, au point créer un climat orageux. Il faut cependant se garder d'en exagérer le danger, en matière constitutionnelle, multiples sont les exemples de révisions constitutionnelles dont la portée a dépasser la volonté de ses auteurs. A cet égard, l'attitude des juridictions concernées sera déterminante⁸³. Quoi qu'il en soit, la QPC clôt un cycle fertile ouvert en 1958 et son avènement, malgré un environnement juridique incertain, reste « un beau jour pour l'Etat de droit ! »⁸⁴.

⁷⁶ B. GENEVOIS, Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. À propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *RFDA*, 2010, n°1, p. 11.

⁷⁷ Aff. 106/77, rec. 629, cf. D. BLANC, *Guide du droit de l'Union européenne*, Paris Ellipses, 2008, pp. 164-165.

⁷⁸ Cf. B. GENEVOIS, *RFDA*, 2010, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁹ G. CARCASSONNE et N. MOLFESSIS, La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité, *Le Monde* du 23 avril 2010 ; G. DRAGO, La Cour de cassation, défenseur des libertés, *Le Monde* du 4 mai 2010.

⁸⁰ Pour un premier commentaire : D. ROUSSEAU et D. LEVY, La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? *Gazette du Palais*, 27 avril 2010, n°117, p. 12 ; D. SIMON et A. RIGAUX, Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité, *Europe*, mai 2010, p. 5.

⁸¹ Consultable en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/page-d-accueil.1.html>

⁸² *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série 2009, *op. cit.* p. 11.

⁸³ Visiblement le Conseil d'Etat « joue le jeu du renvoi », cf. A. LEVADE, QPC 1, 2 et 3 : le Conseil d'Etat joue le jeu du renvoi ! *Recueil Dalloz*, 29 avril 2009, n° 17, p. 1061.

⁸⁴ R. BADINTER, *JORF*, débats du Sénat, séance du mercredi 13 octobre 2009, n°101, p. 8568.