

Editorial

En France, à plus d'un titre, le contrôle de constitutionnalité des lois est une institution singulière. Singulière tout d'abord parce que, traditionnellement, les théories politique et constitutionnelle y étaient profondément hostiles. La France n'est pas, historiquement, la patrie du contrôle de la loi. Singulière, ensuite, parce que les étapes successives qui marquent, à partir de 1958, la construction du système, traduisent, chacune, une fonction particulière assignée à l'encadrement constitutionnel de la loi. Le mécanisme actuel n'est pas le fruit d'une conception homogène et cohérente de la justice constitutionnelle. Le contrôle de la loi est singulier enfin – et cela résulte directement des considérations précédentes –, du fait de ses modalités d'exercice. À un examen entrepris avant l'adoption de la loi par une autorité unique (le Conseil constitutionnel), sur saisine facultative d'un cercle restreint de personnalités (contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi, institué en 1958), s'est ajouté un contrôle *a posteriori*, exercé par la même autorité saisie cette fois par voie d'exception, lorsqu'au cours d'un procès est soulevée la question de la constitutionnalité de la loi (contrôle *a posteriori*, appelé « Question prioritaire de constitutionnalité » ou « QPC », instauré en 2008).

L'histoire constitutionnelle, l'évolution des idées politiques, les transformations du système juridique français et de son environnement permettent de comprendre la nature hybride du système française de contrôle de constitutionnalité. C'est ce que le présent dossier entend montrer.

Introduit en 1958 malgré une tradition politique et juridique réfractaire à tout contrôle de la loi, le contrôle de constitutionnalité n'apparaît pas sur un terrain vierge. Sans doute, depuis la Révolution, la théorie de la loi « expression de la volonté générale » et celle de la souveraineté du législateur excluent-elle radicalement tout contrôle de la loi (E. Zoller). La question de la soumission du législateur au droit parcourt toutefois la pensée politique, nourrie au XIX^e siècle par les études consacrées au modèle américain (Tocqueville, Laboulaye). Très tôt, apparaît ainsi dans la doctrine la double conception de la justice constitutionnelle, dont les mécanismes de contrôle *a priori* et *a posteriori* sont aujourd'hui la traduction : la justice constitutionnelle comme instrument de régulation des pouvoirs publics d'une part, comme arme de protection des droits et libertés de l'autre (F. Saint-Bonnet). Si aucun de ces modèles ne parvient à prendre corps dans le droit positif, ils structurent définitivement la pensée juridique et politique.

À la faveur des critiques suscitées par le fonctionnement du régime parlementaire sous la III^e République, le débat, latent depuis la Révolution, ressurgit au tournant du XIX^e et XX^e siècle. Les « affaires » et l'instabilité gouvernementale fragilisent le Parlement, dont on condamne à la fois l'omnipotence et l'impuissance. La théorie de l'État légal (Carré de Malberg), un État dominé par la loi (en réalité, dominé avant tout par les assemblées), montre ses limites. La question du contrôle de la loi est alors de nouveau discutée. Elle bute cependant sur un certain nombre d'obstacles (M.-J. Redor) : l'absence de valeur constitutionnelle conférée à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (au regard de quelle norme sera contrôlée la loi ?) ; la crainte de confier aux juridictions ordinaires un contrôle avant tout « politique » ; plus généralement le principe de séparation des pouvoirs et le dogme de la loi « expression de la volonté générale ». Le débat ne débouche ainsi que sur quelques vaines tentatives de réforme.

Il marque cependant un tournant. Parmi les protagonistes de la discussion, Ch. Eisenmann,

disciple de Kelsen, laisse entrevoir une issue. Son étude consacrée à la Cour constitutionnelle autrichienne montre en effet que l'obstacle de la souveraineté et de la séparation des pouvoirs peut être levé : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi ne conduit pas le juge à accaparer la souveraineté ; il consiste seulement, en cas de loi inconstitutionnelle, à indiquer que la norme a été adoptée au terme d'une « mauvaise » procédure (la procédure législative au lieu de la voie constitutionnelle). Dédramatisé, le contrôle de la loi peut se fondre dans un système politique dominé par la théorie de la souveraineté nationale (L. Favoreu et W. Mastor). L'idée ressurgira plus tard sous la plume de G. Vedel : le juge constitutionnel joue le rôle d'un simple « aiguilleur ».

Après un premier essai infructueux (Constitution du 27 octobre 1946), le contrôle de constitutionnalité est instauré par la Constitution du 4 octobre 1958. Le mécanisme qui est alors institué (un contrôle exercé avant la promulgation de la loi, par une autorité spécifique – le Conseil constitutionnel – saisi par une poignée d'autorités publiques) a vocation à contenir le Parlement afin de conforter la place de l'Exécutif. Il est conçu comme un instrument du parlementarisme rationalisé, une « arme contre la déviation du régime parlementaire » (M. Debré).

En 1971, il fait l'objet d'une profonde mutation. Pour la première fois à propos d'une loi, le Conseil constitutionnel vise « la Constitution, et notamment son Préambule » (décision n°71-44 DC du 16 juill. 1971, *Liberté d'association*). Par cette référence, il tranche le débat doctrinal relatif à la valeur juridique du Préambule et s'offre un panel de normes de référence, composé notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du Préambule de la Constitution de 1946. En acceptant de confronter la loi non plus aux seuls articles du corps de la Constitution de 1958, mais au « bloc » de constitutionnalité (L. Favoreu), le Conseil constitutionnel attribue au contrôle de la loi une nouvelle fonction : ce contrôle se présente désormais comme un instrument de protection des droits et libertés, ce que le pouvoir constituant entérinera en ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés et à soixante sénateurs (loi constitutionnelle du 29 octobre 1974).

Accidentellement apparu dans le cadre d'un mécanisme destiné à cantonner le législateur et à maintenir un certain équilibre des pouvoirs, le contrôle du respect par la loi des droits et libertés fondamentaux présentera longtemps l'étrange particularité d'un contrôle circonscrit dans le temps (un contrôle *a priori*) et confié à la vigilance d'un petit cercle d'autorités publiques. La vocation d'un tel contrôle commandait toutefois qu'il puisse être mis en œuvre à toute époque et à l'initiative des principaux intéressés : les citoyens. Refait alors surface, dans les années 1990, l'idée d'un contrôle par voie d'exception, déclenché par parties susceptibles, au cours d'un procès, de se voir appliquer des dispositions législatives inconstitutionnelles. Deux projets de réforme éclosent, l'un en 1990, l'autre en 1993. Aucun ne voit le jour.

L'essor du contrôle de conventionnalité de la loi (C. Cass., 24 mai 1975, *Jacques Vabre* ; CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*), enfin, renouvelle le débat. Il révéla en effet une anomalie : comment justifier qu'il soit impossible de contester la loi au regard de la Constitution, alors que dans n'importe quel procès, devant n'importe quel juge, les parties peuvent obtenir la mise à l'écart de la loi contraire au traité ? Alors même qu'elle prime dans l'ordre juridique interne, la Constitution était moins bien protégée que le traité. En 2008, le constituant élimine le hiatus. Le 21 juillet 2008, à une voix

près, le Congrès réuni à Versailles introduit en France le contrôle *a posteriori* de la loi. La loi organique du 10 décembre 2009 en précise la physionomie : ce contrôle est exercé par le jeu de la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC).

La protection constitutionnelle des droits et libertés étant apparue au sein d'un mécanisme de contrôle préalable et centralisé, qui répondait à sa propre logique (protéger l'exécutif contre l'excès de puissance du législateur), le contrôle *a posteriori* adopté en 2008, comme les projets de réforme qui l'ont précédé, a été pensé et conçu dans ce cadre. Sur plusieurs aspects, la « question prioritaire de constitutionnalité » en porte les marques.

Tout d'abord, le caractère centralisé du contrôle a été conservé. Si toute personne peut, à l'occasion d'une instance, soulever la contrariété d'une disposition législative avec la Constitution, la question n'est pas réglée par le juge saisi du litige. Elle est renvoyée au Conseil d'État et à la Cour de cassation (si sont remplies les conditions énoncées à l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009), ou posée directement devant ces Hautes juridictions, puis transmises par ces dernières au Conseil constitutionnel (si sont réunis les conditions d'exercice du contrôle de la loi définies aux articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance de 1958). Comme le contrôle *a priori*, le contrôle exercé dans le cadre de la QPC est confié au Conseil constitutionnel.

Ensuite, l'intervention du Conseil constitutionnel n'est guère distincte de celle qui est la sienne sur le terrain du contrôle *a priori*. Son contrôle est indépendant du litige. Dès lors que sont remplies les conditions de sa saisine, la question lui est transmise et le Conseil constitutionnel la tranche, même si le sort du litige pourrait être réglé indépendamment de la réponse donnée à la QPC. En cela, le mécanisme de la « question prioritaire de constitutionnalité » se démarque radicalement de celui des questions préjudicielles : comme dans le cadre du contrôle *a priori*, la traque de la loi inconstitutionnelle constitue en soi un objectif ; que celle-ci ait été déclenchée à l'occasion d'un procès entre deux parties est secondaire. Les effets de la décision du Conseil constitutionnel sont tout aussi radicaux que ceux produits par une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée *a priori*. Sur le terrain du contrôle *a priori*, la loi inconstitutionnelle n'accède pas à l'ordonnancement juridique : elle n'est pas promulguée ; sur le terrain du contrôle *a posteriori*, elle en sort : la loi inconstitutionnelle est abrogée.

Exercé par voie d'exception, le contrôle de constitutionnalité se présente, sur certains aspects, comme un contrôle objectif de la conformité de la loi à la Constitution. D'autres éléments indiquent cependant qu'il s'agit bien d'un contrôle exercé par voie d'exception. Par exemple, le contrôle *a posteriori* ne porte pas sur des dispositions législatives désincarnées ; il couvre la loi telle qu'interprétée par les juges (décision n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010) ou appliquée par les pouvoirs publics (Civ. 1ère, 16 nov. 2010). Produit d'une longue évolution de la conception de la justice constitutionnelle, le mécanisme français du contrôle de la loi présente ainsi un caractère hybride.

Surtout, les contrôles *a priori* et *a posteriori* doivent désormais tenir compte de l'essor du droit de l'Union. Ce dernier primant sur le droit constitutionnel des États membres - sans pour autant remettre en cause la suprématie des constitutions -, les juges constitutionnels européens ont dû adapter leur office, désormais inscrit au sein d'un « ordre juridique intégré à l'ordre juridique

interne et distinct de l'ordre juridique international » pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel français (décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*). Ce n'est pas une logique de soumission mais ce sont des logiques de coopération (Cour de justice de l'Union européenne) et de contrôle (Cour européenne des droits de l'homme) qui caractérisent les rapports de systèmes. En soulevant une question préjudicielle devant le juge de l'Union (décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F*), le Conseil constitutionnel ne se soumet pas à son autorité hiérarchique mais respecte sa compétence (en l'occurrence, celle qui découle de l'article 267 du Traité UE : lorsque une question relative à l'interprétation des traités ou la validité ou l'interprétation des actes de l'Union « est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est *tenue* de saisir la Cour »).

Le présent dossier a pour ambition de mettre en valeur la richesse de ces multiples évolutions qui offrent au contrôle de constitutionnalité français un visage si singulier. En 1958, personne ne pouvait imaginer l'essor qu'allait connaître ledit contrôle, historiquement peu conforme à la perception française de la souveraineté de la loi. Les arguments que l'on pourrait qualifier de « culturels » se sont progressivement affaiblis sous le poids de mutations initiées par le Conseil constitutionnel lui-même (décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* pour ne citer qu'elle), le pouvoir constituant (l'ouverture de la saisine aux parlementaires et l'instauration de la QPC) et la construction européenne. D'autres évolutions sont à venir, qu'elles soient majoritairement souhaitées (la suppression de la catégorie des membres de droit), très partagées (le contrôle de conformité des engagements internationaux à la Constitution) ou encore isolées (l'introduction des opinions séparées).