

# L'Etat de droit et l'évolution du Conseil constitutionnel français

par Fabien Gélinas

Professeur à la Faculté de droit et membre de l'Institut de droit comparé, Université McGill

La révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 a été décrite, non sans raison, comme une « petite révolution »<sup>1</sup>. En introduisant le mécanisme de la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) cette révision a ouvert la voie à un contrôle dit « *a posteriori* » des lois et permis au justiciable ainsi qu'aux tribunaux ordinaires de jouer un rôle dans le contrôle de constitutionnalité par le biais d'un renvoi au Conseil constitutionnel. Cet article propose de situer brièvement cette évolution constitutionnelle dans le contexte plus large du constitutionnalisme occidental, afin d'en mesurer l'impact sur le concept d'Etat de droit dont dépend ce constitutionnalisme.

On dit que l'expression française « *Etat de droit* » a été calquée sur le terme allemand « *Rechtsstaat* » à une époque, au début du XX<sup>e</sup> siècle, où il ne pouvait s'agir que d'une sorte de pléonasme. Pour la doctrine française d'alors, l'Etat est une société post-révolutionnaire caractérisée par la souveraineté du législateur, c'est-à-dire par ses lois. Cette conception est déjà apparente chez Montesquieu, pour qui « un Etat est une société où il y a des lois »<sup>2</sup>. Le contenu sémantique de l'Etat de droit, comme celui d'ailleurs de la République<sup>3</sup>, s'est donc en partie reposé sur celui de l'Etat tout court, jusqu'à ce

---

<sup>1</sup> Christine Maugüé & Jacques-Henri Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité* (Paris: Dalloz, 2011) pp.1, 3.

<sup>2</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748 (édition de 1758 revue par l'auteur), Livre XI, chapitre 3.

<sup>3</sup> Jean-Jacques Rousseau affirme que « tout Etat régi par des lois » est une république : *Contrat social*, Livre II, chapitre 6.

qu'il soit associé dans la doctrine contemporaine au contrôle de la constitutionnalité des lois introduit par la Constitution de 1958.

## **I - Institution et développement du Conseil constitutionnel**

Le Conseil constitutionnel est apparu sous sa forme actuelle avec la création de la Ve République et l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>4</sup>. Même si le texte de la Constitution accordait déjà au Conseil constitutionnel une place importante, il faut noter que ses pouvoirs ont considérablement évolué depuis 1958. En France, la nécessité de soumettre la loi à une norme supérieure n'a été reconnue qu'assez récemment. Depuis la révolution de 1789 le pays est marqué par le souvenir négatif des juges d'Ancien régime et par une conception de l'Etat de droit mettant l'accent sur la suprématie de la loi. Jusqu'en 1958 le pouvoir législatif est donc omnipotent et la loi n'est soumise à aucun contrôle. Le juge judiciaire<sup>5</sup> puis le juge administratif<sup>6</sup> refusent d'exercer un tel contrôle.

La seconde guerre mondiale et la décolonisation entraînent cependant de profonds changements. L'incapacité des gouvernements des années 1940 de résoudre la crise algérienne provoque la chute de la IVe République et l'adoption de la *Constitution de 1958*. Ses rédacteurs, Charles de Gaulle et Michel Debré en tête, mettent la crise algérienne sur le compte de la toute puissance du Parlement et de la faiblesse du gouvernement. La Constitution de la Ve République est donc traversée par l'idée de rationalisation des pouvoirs du Parlement et de renforcement du pouvoir exécutif<sup>7</sup>. La création du Conseil constitutionnel répond à la même logique. Le Conseil constitutionnel est en quelque sorte le « chien de garde du pouvoir exécutif », conçu pour contrôler le Parlement et garantir le respect du domaine réglementaire et des prérogatives

---

<sup>4</sup> *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*, JO, 5 October 1958, 9151, s 56-63 [*Constitution de 1958*].

<sup>5</sup> Cass crim 11 mai 1833, (1833) S I 357.

<sup>6</sup> CE, 6 novembre 1936, *Arrighi* (1936) Rec 966.

<sup>7</sup> Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9me éd. (Paris: Montchrestien, 2010) p. 24.

gouvernementales.<sup>8</sup> Les rédacteurs de la Constitution ont cependant évité d'instaurer une véritable juridiction constitutionnelle comme on la trouve en Allemagne. Le texte de la nouvelle Constitution laisse toutefois la porte ouverte à une évolution du rôle du Conseil constitutionnel.

Mais la première préoccupation du Conseil est de défendre sa légitimité. Le Conseil est composé de neuf membres nommés et d'un nombre variable de membres de droit<sup>9</sup>, ces derniers étant les anciens présidents de la République française.<sup>10</sup> L'absence de légitimité démocratique, au sens classique du terme, des membres nommés nourrit les soupçons de politisation du Conseil. En effet, ce sont le Président de la République, celui de l'Assemblée nationale et celui du Sénat qui nomment les membres du Conseil.<sup>11</sup> Ce mécanisme devient problématique lorsque les trois personnages effectuant les nominations appartiennent au même parti politique. La composition du Conseil constitutionnel a donc placé ce dernier dans une situation de faiblesse dès le départ.<sup>12</sup> Celui-ci a cherché, dans ses premières décisions, à rassurer les septiques en expliquant qu'il ne dépasserait pas les compétences que la Constitution lui avait explicitement attribuées. Dans une décision *Demande d'avis* du 14 septembre 1961 le Conseil explique ainsi que « la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel [et] que celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés »<sup>13</sup>. Le Conseil suit cette logique dans sa décision *Loi référendaire* du 6 novembre 1962 en se déclarant incompétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi adoptée par référendum, au motif que la

---

<sup>8</sup> Maugüé & Stahl, *supra* note 1 p. 10.

<sup>9</sup> *Constitution de 1958*, art. 56(1).

<sup>10</sup> *Ibid* art. 56(2).

<sup>11</sup> *Ibid* art. 56(1).

<sup>12</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 31.

<sup>13</sup> Cons const, 14 septembre 1961, (1961) Rec 55, 61-1 AUTR.

Constitution ne lui en donne pas expressément le pouvoir<sup>14</sup>. En quelques années le Conseil a ainsi créé les conditions de sa véritable montée en puissance, dont le point d'orgue est la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971.

Dans sa décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, le Conseil opère une petite révolution et assoit sa position dans le paysage institutionnel de la Ve République en censurant un projet de loi déposé par le gouvernement au motif qu'il violait la liberté d'association. Pour donner valeur constitutionnelle à la liberté d'association, qui n'était protégée par aucun article de la *Constitution de 1958*, le Conseil décide de la ranger au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution » (PFRLR)<sup>15</sup>. Le Conseil parvient à cette solution en donnant force juridique au Préambule de la *Constitution de 1958* qui renvoie au Préambule de la *Constitution de 1946*, qui lui-même renvoie aux PFRLR<sup>16</sup>. Le Conseil constitutionnel indique ainsi que la loi doit respecter, en plus de la Constitution, d'autres normes à valeur constitutionnelle. L'ensemble de ces normes, qui présente un caractère évolutif, est aujourd'hui désigné par l'expression « bloc de constitutionnalité »<sup>17</sup>.

Le fait de donner force juridique au préambule de la *Constitution de 1958* ouvre donc de manière considérable les horizons du contrôle de constitutionnalité des lois. Jusque là le Conseil constitutionnel vérifiait principalement la régularité formelle de la loi contestée, notamment le respect de la procédure législative et la répartition des compétences entre le Parlement et l'exécutif. A partir de 1971 il s'engage dans la voie d'un contrôle matériel,

---

<sup>14</sup> Cons const, 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, (1962) Rec 27, 62-20 DC [*Loi référendaire*].

<sup>15</sup> Cons const, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, (1971) Rec 29, 71-44 DC [*Liberté d'association*].

<sup>16</sup> Louis Favoreu & Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16<sup>me</sup> éd. (Paris: Dalloz, 2011) p. 53.

<sup>17</sup> Francis Hamon & Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 32<sup>me</sup> éd. (Paris: LGDJ, 2011) p. 842.

c'est-à-dire un contrôle portant sur le contenu même de la loi<sup>18</sup>. Le Conseil n'est plus seulement le régulateur de l'activité des pouvoirs publics mais il devient le gardien des droits et libertés contre la volonté législative d'une majorité gouvernementale<sup>19</sup>. Ce faisant, le Conseil constitutionnel accroît également son autorité et sa légitimité. Il n'est ni l'allié de l'exécutif ou du législatif, mais le protecteur des gouvernés. Par sa décision *Liberté d'association* le juge constitutionnel transforme donc fondamentalement son rôle.

Ce rôle est rapidement renforcé par une réforme constitutionnelle d'envergure adoptée en 1974 et concernant l'élargissement du mode de saisine du Conseil constitutionnel. Avant 1974 seuls le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat pouvaient le saisir<sup>20</sup>. Cela signifiait que si le Président, le gouvernement et le Parlement étaient de la même couleur politique, ce qui est habituellement le cas, l'opposition ne disposait d'aucun moyen d'avoir recours au Conseil constitutionnel et la majorité n'avait pas à se préoccuper de la constitutionnalité des lois qu'elle passait. Le 29 octobre 1974 le Congrès, c'est-à-dire le Sénat et l'Assemblée nationale réunis en session extraordinaire, modifie l'article 61 de la Constitution en étendant le droit de saisir le Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 Sénateurs<sup>21</sup>. Le fonctionnement du Conseil constitutionnel a été très affecté par cette réforme. En pratique, l'opposition saisit le Conseil pour demander le contrôle de la plupart des lois importantes et la saisine est presque systématique pour les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale, pour les lois relatives aux libertés, à l'immigration, à la bioéthique, à l'audiovisuel ou aux modes de scrutin<sup>22</sup>. Cette réforme accroît le pouvoir de

---

<sup>18</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 35.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 36.

<sup>20</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 839.

<sup>21</sup> *Ibid*.

<sup>22</sup> *Ibid*.

contrôle du Conseil en éliminant l'immunité *de facto* dont les lois passées par la majorité pouvait en pratique bénéficier.

## II – Vers un contrôle *a posteriori* lié au contentieux

Pour bien comprendre la situation à ce stade de développement du Conseil, il faut savoir que la France est liée par des obligations internationales dont celle de mise en conformité de ses lois avec certains engagements internationaux. Mais le Conseil s'est toujours refusé à inclure les traités internationaux dans le bloc de constitutionnalité et donc à contrôler la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France<sup>23</sup>. Ce refus peut être perçu comme une anomalie puisque l'article 55 de la Constitution dispose que les engagements internationaux ont une valeur supérieure à la loi<sup>24</sup>. Les juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire<sup>25</sup> ou administratif<sup>26</sup> ont donc été contraintes d'assurer le contrôle de la conformité des lois aux engagements internationaux. Ainsi, lorsqu'au cours d'un procès un plaideur se voit opposer une loi française il peut demander au tribunal d'écarter ladite loi au motif qu'elle serait contraire à un engagement international. Ce contrôle de conventionalité se fait par voie d'exception en cours d'instance et correspond donc à un contrôle *a posteriori* de la loi s'opérant indépendamment du contrôle de conformité à la Constitution assuré par le Conseil. Or le contrôle de conventionalité, déployé dans le contexte du contentieux judiciaire et administratif, a pris une importance considérable avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et cette dernière garantit le plus souvent des droits également protégés par la Constitution française. Mais cette dernière ne peut être invoquée par le justiciable. Le Conseil est ainsi en quelque sorte laissé pour compte dans l'important contentieux des droits de l'homme.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 vient renforcer l'impact de la Constitution dans ce contexte et les pouvoirs du Conseil constitutionnel en

---

<sup>23</sup> Cons const, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, (1975) Rec 19, 74-54 DC.

<sup>24</sup> Constitution de 1958, art. 55.

<sup>25</sup> Cass mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, (1975) D 487.

<sup>26</sup> CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, (1989) Rec 190.

leur donnant une place prépondérante dans le contentieux<sup>27</sup>. Les lois déjà promulguées peuvent maintenant faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité – contrôle dit *a posteriori* – et la saisine du Conseil constitutionnel est ouverte à tout justiciable, par le biais et à travers le filtre des tribunaux suprêmes de l'ordre judiciaire et administratif<sup>28</sup>. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose :

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 qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

L'article 62 de la Constitution est quant à lui modifié afin de préciser l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité. La disposition d'une loi en vigueur déclarée inconstitutionnelle « est abrogée » à compter de la publication de la déclaration d'inconstitutionnalité et c'est le Conseil qui précise si et dans quelle mesure les effets que la disposition a déjà produit peuvent être remis en cause<sup>29</sup>. La réforme est complétée, comme l'indique le nouvel article 61-1, par l'adoption, le 10 décembre 2009, d'une loi organique<sup>30</sup> elle-même déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>31</sup>. C'est cette loi organique qui baptise le nouveau mécanisme « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) et c'est elle qui dessine effectivement l'architecture du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Maugué & Stahl, *supra* note 1 p. 9.

<sup>28</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 840.

<sup>29</sup> *Ibid* art. 62.

<sup>30</sup> *Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009*, JO, 11 décembre 2009, 21379 [*Loi organique QPC*].

<sup>31</sup> Cons const, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (2009) Rec 206, 2009-595 DC [*Application 61-1*].

<sup>32</sup> Maugué & Stahl, *supra* note 1 p. 23.



La QPC est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010. Dans l'intervalle, plusieurs textes complémentaires sont adoptés. Le 4 février 2010 le Conseil constitutionnel se dote d'un règlement intérieur pour préciser la procédure à suivre devant lui<sup>33</sup>. Le 16 février le gouvernement passe un décret fixant les dispositions réglementaires applicables à la procédure suivie devant les juridictions administratives et judiciaires<sup>34</sup> et un décret relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle<sup>35</sup>. Le 1<sup>er</sup> mars le Président de la République visite le Conseil constitutionnel pour marquer l'entrée en vigueur du nouveau mécanisme. Le même jour, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation étaient saisis de plusieurs QPC<sup>36</sup>.

Toute partie à une instance peut soulever une QPC<sup>37</sup>. Par ailleurs, un tiers intervenant qui a, dans un litige opposant deux parties, un intérêt propre à soulever une QPC pour défendre un de ses droits constitutionnels peut le faire<sup>38</sup>. En revanche le juge ne peut soulever une QPC d'office<sup>39</sup>. La QPC peut être soulevée « devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation »<sup>40</sup>. La QPC peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel ou même de cassation<sup>41</sup>. La juridiction devant laquelle la QPC est soulevée doit évaluer si la QPC remplit les conditions posées par la loi organique de 2009. La première condition est une condition de forme : la QPC doit être présentée dans

---

<sup>33</sup> Cons const, 4 février 2010, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, JO, 18 février 2010, 2986 [*Règlement intérieur du Conseil constitutionnel*].

<sup>34</sup> *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*, JO, 18 février 2010, 2969.

<sup>35</sup> *Décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel*, JO, 18 février 2010, 2973.

<sup>36</sup> Maugué & Stahl, *supra* note 1 p. 26.

<sup>37</sup> *Ibid* p. 14.

<sup>38</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 244.

<sup>39</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 828.

<sup>40</sup> *Loi organique QPC*, s 23-1(1).

<sup>41</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 828.

un écrit distinct et motivé, à peine d'irrecevabilité<sup>42</sup>. A cette condition de forme s'ajoutent trois conditions de fond. Il faut tout d'abord que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, ou, dans le cas d'une affaire pénale, qu'elle constitue le fondement des poursuites<sup>43</sup>. C'est cette première condition qui fait que l'on peut parler de contrôle concret. Ensuite, la loi organique exige que la disposition contestée n'ait pas déjà été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel<sup>44</sup>. C'est le principe *non bis in idem*<sup>45</sup>. Il convient de noter que dans le cadre du contrôle *a priori* les lois sont déférées au Conseil constitutionnel dans leur intégralité mais que les moyens soulevés ne portent souvent que sur quelques-unes de leurs dispositions<sup>46</sup>. Par conséquent, une QPC est recevable sur les dispositions non contrôlées d'une loi contrôlée.<sup>47</sup> Il existe une exception à cette deuxième condition. Il est en effet possible de contester une disposition qui a déjà été déclarée conforme si le demandeur arrive à prouver qu'il y a eu un « changement de circonstances »<sup>48</sup>. Le Conseil constitutionnel a expliqué que le changement pouvait porter sur les circonstances de droit comme sur les circonstances de fait<sup>49</sup>. Enfin, il faut que la question ne soit pas dépourvue de caractère sérieux<sup>50</sup> c'est-à-dire qu'elle ne soit pas « manifestement infondée »<sup>51</sup>. Ce critère vise à écarter les questions « fantaisistes ou à but dilatoire »<sup>52</sup>.

Il faut noter que lorsque le justiciable conteste la validité de la loi à la fois par rapport à la Constitution française et par rapport à un engagement international de la France, la juridiction saisie doit se prononcer *en priorité* sur

---

<sup>42</sup> *Loi organique QPC*, s 23-1(1).

<sup>43</sup> *Ibid* at s 23-2(1)(1°).

<sup>44</sup> *Ibid* at s 23-2(1)(2°).

<sup>45</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 246.

<sup>46</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 829.

<sup>47</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 246.

<sup>48</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-2(1)(2°).

<sup>49</sup> *Application 61-1*, *supra* note 68.

<sup>50</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-2(1)(3°).

<sup>51</sup> Hamon & Troper, *supra* note 19 p. 829.

<sup>52</sup> Maugüé & Stahl, *supra* note 1 p. 60.

la transmission de la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation<sup>53</sup>. C'est pour cela que le mécanisme a été dénommé question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, cela ne signifie pas que la juridiction saisie ne puisse pas examiner également le moyen relatif à la conformité de la loi avec un engagement international. Elle doit simplement le faire après avoir examiné le moyen d'inconstitutionnalité<sup>54</sup>.

La juridiction saisie doit statuer « sans délai » sur la recevabilité de la QPC.<sup>55</sup> Si elle estime que la QPC est recevable, la juridiction transmet la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours<sup>56</sup> puis sursoit à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, voire du Conseil constitutionnel s'il y a lieu<sup>57</sup>. Si la juridiction saisie estime que la QPC ne satisfait pas aux conditions prévues, le procès continue. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours<sup>58</sup>. S'il veut contester cette décision le justiciable doit attendre que l'affaire soit jugée au fonds puis faire appel du jugement et accrocher à cet appel au fond l'appel contre le refus de transmission<sup>59</sup>.

Une fois déclarée recevable la QPC doit subir un deuxième filtre avant d'être transmise au Conseil constitutionnel. Ce deuxième filtre est opéré par la juridiction suprême de l'ordre saisi, c'est-à-dire par le Conseil d'Etat s'il s'agit d'une affaire administrative, ou par la Cour de cassations s'il s'agit d'une affaire judiciaire. Le but de ce mécanisme de double filtrage est d'éviter l'encombrement du Conseil constitutionnel et les recours dilatoires<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-2(2).

<sup>54</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 256.

<sup>55</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-2(1).

<sup>56</sup> *Ibid* art. 23-2(3).

<sup>57</sup> *Ibid* art. 23-3(1).

<sup>58</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-2(3).

<sup>59</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 260.

<sup>60</sup> Vlad Constantinesco & Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel français* (Paris: Presses Universitaires de France, 2010) p. 222.

Les juridictions suprêmes disposent d'un délai maximum de trois mois pour rejeter la QPC ou la transmettre au Conseil constitutionnel<sup>61</sup>. A défaut, la QPC est automatiquement transmise à ce dernier<sup>62</sup>. En cas de transmission au Conseil le régime des sursis à statuer s'applique<sup>63</sup>. Si la transmission est rejetée le procès au fond reprend<sup>64</sup>. Le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité de la disposition législative contestée avec la Constitution. Il ne se prononce pas sur les conditions de recevabilité.

Le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans un délai de trois mois<sup>65</sup>. Il peut rendre trois types de décisions. Il peut rejeter la QPC s'il estime que la disposition contestée est conforme à la Constitution<sup>66</sup>. Il peut rejeter la QPC tout en fournissant des réserves d'interprétation de la disposition législative<sup>67</sup>. Enfin, le Conseil constitutionnel peut déclarer la disposition contestée non conforme à la Constitution<sup>68</sup>. La disposition en question est alors abrogée à compter de la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à une date ultérieure fixée par cette décision<sup>69</sup>. La décision d'inconstitutionnalité produit des effets *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme abrogée et ne peut plus produire à l'avenir d'effets juridiques<sup>70</sup>.

### **III - Etat de droit et constitutionnalisme : l'évolution du Conseil en contexte**

Il faut remonter à l'époque révolutionnaire pour bien saisir le concept d'Etat de droit au-delà des embûches terminologiques. Dans son ouvrage intitulé *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Luc Heuschling dresse un portrait fort utile de l'évolution des trois vocables dans l'histoire des institutions et de la pensée

---

<sup>61</sup> *Loi organique QPC*, art. 23-4.

<sup>62</sup> *Ibid* art. 23-7.

<sup>63</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 262.

<sup>64</sup> *Ibid*.

<sup>65</sup> *Ibid* art. 23-10.

<sup>66</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 265.

<sup>67</sup> *Ibid*.

<sup>68</sup> *Ibid*.

<sup>69</sup> *Constitution de 1958*, art. 62.

<sup>70</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 265.

politique occidentale duquel se dégage une idée maîtresse<sup>71</sup>. Il s'agit d'assurer le gouvernement par le droit plutôt que par les hommes.

C'est bien entendu au bon plaisir du monarque que le « gouvernement par les hommes » est d'abord associé. Car c'est en réaction au despotisme monarchique et dans la poursuite des idées de liberté et d'égalité que se développe alors cette idée. La liberté consiste à « ne dépendre que de lois », selon la formule de Voltaire<sup>72</sup>, qui n'est pas très loin de celle de Montesquieu, pour qui il s'agit du « droit de faire tout ce que les lois permettent »<sup>73</sup>. L'égalité est, quant à elle, conçue principalement dans le rapport des individus avec la loi. A l'époque révolutionnaire, le despotisme se manifeste dans les colonies américaines par l'exercice des prérogatives royales maintenues par le droit impérial. C'est dans ce contexte que John Adams, à la veille de la révolution américaine, redonne à cette idée l'impulsion qui va assurer son épanouissement dans le constitutionnalisme d'aujourd'hui. Il définit l'essence de la république comme le gouvernement par le droit plutôt que par les hommes : « *a government of laws, and not of men* »<sup>74</sup>.

Cet objectif est atteint au premier degré par l'institution d'un législateur qui prendra la souveraineté des mains du monarque. L'institution est comprise, du moins en France, dans un esprit universaliste, une espèce de jusnaturalisme qui serait coupé de ses racines religieuses. On parle en effet du législateur, celui qui *porte* la loi. Comme à bien des égards le monarque de droit divin idéalisé avant lui, le législateur exprime, précise et adapte des principes généraux qu'il ne crée pas. Mais comme la loi universelle non écrite qu'elle porte et qu'elle met en œuvre et adapte, la loi formulée par le législateur ne peut suffire à gouverner, et donc à instaurer ce gouvernement par le droit. Aristote était déjà bien

---

<sup>71</sup> Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

<sup>72</sup> Voltaire, *Pensées sur le gouvernement* (1752), Chapitre V.

<sup>73</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748 (édition de 1758 revue par l'auteur), Livre XI, chapitre 3.

<sup>74</sup> John Adams, *Novanglus Paper No 7* (février 1775), disponible sur le site du Online Library of Liberty : <http://oll.libertyfund.org>.

conscient de la difficulté : « c'est justement parce que la loi ne peut embrasser que certains objets et qu'elle en laisse échapper d'autres, qu'on doute de son excellence et qu'on demande si, à mérite égal, il ne vaut pas mieux substituer à sa souveraineté celle d'un individu »<sup>75</sup>.

Voilà qui aurait pu tempérer l'enthousiasme généralisé envers toute idée d'un gouvernement par les lois, attirant l'attention sur l'intervention humaine nécessaire non seulement à leur formulation, mais également à leur mise en œuvre. Car, pas plus que l'exécutif ne peut être considéré comme l'épée de la loi tombant de manière mécanique, le juge ne peut être considéré comme sa « bouche », selon la métaphore introduite par Montesquieu<sup>76</sup>. En jugeant, il pose un acte d'autorité, il décide ce que la loi, dans sa généralité, n'a pas décidé. Or, comme le monarque, le président ou le ministre, le juge, ou le membre du Conseil constitutionnel, est humain ; il participe donc du gouvernement par les hommes.

Ces difficultés expliquent en partie le fait que l'idée du gouvernement par le droit ne s'est jamais présentée seule. Elle apparaît avec une autre idée force de la pensée révolutionnaire, sous la forme d'un principe organisationnel : la séparation des pouvoirs. Ce principe est expressément rattaché à son objectif par le célèbre article 30 de la constitution du Massachusetts de 1780, qui n'est d'ailleurs pas étrangère à la plume de John Adams. Cette célèbre disposition exprime l'exigence de la séparation des pouvoirs avant d'en dire sans détour la finalité : « ... *to the end it may be a government of laws and not of men* », afin d'assurer le gouvernement par le droit et non par les hommes. L'expression du

---

<sup>75</sup> *La politique*, Livre III, chapitre 11 §8, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3<sup>éd.</sup> rev. et corr., Paris, Ladrangé, 1876.

<sup>76</sup> « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748 (édition de 1758 revue par l'auteur), Livre XI, chapitre 6.

principe figure également, comme on le sait, dans la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>77</sup>.

Au cœur du principe de la séparation des pouvoirs réside l'idée de contrepoids. Prenant acte de ce que seul « le pouvoir arrête le pouvoir », comme le constatait Montesquieu<sup>78</sup>, le principe de séparation aménage en conséquence les institutions de manière à ce que chaque branche du pouvoir puisse être contrôlée par les autres. Mais il faut comprendre que l'idée de contrepoids est parfaitement neutre lorsqu'il s'agit de déterminer laquelle des trois branches l'emportera en cas de conflit, même s'il s'agit d'un conflit portant sur la Constitution. Ainsi, la résolution de tels conflits entre les branches de l'Etat semble être laissée aux jeux du pouvoir, y compris le pouvoir de persuasion. Le système des contrepoids est sensé assurer le maintien d'un certain équilibre entre les pouvoirs.

#### **IV – Vers un constitutionnalisme juridicisé et judiciarisé**

On peut conclure des développements précédents que les idées révolutionnaires ayant donné forme à la tradition constitutionnelle occidentale n'impliquent pas nécessairement le passage obligé à un constitutionnalisme juridicisé et judiciarisé. Dans l'histoire des idées constitutionnelles, ce type de constitutionnalisme est profondément marqué par la décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Marbury c. Madison*. La Cour suprême y considérait que la Constitution faisait partie du droit et y occupait une position privilégiée provoquant la nullité des règles de droit, y compris des lois du Congrès, qui lui étaient incompatibles. Cette conception qui, à terme, est devenue dominante, donne le dernier mot à l'interprète de la Constitution en cas

---

<sup>77</sup> « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (article 16).

<sup>78</sup> « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. » *De l'esprit des lois*, 1748 (édition de 1758 revue par l'auteur), Livre XI, chapitre 4.

de conflit entre les branches, en plaçant ces conflits sous l'empire du droit dont l'interprétation et l'application relèvent en dernier recours de la Cour suprême. Cette décision constitue un jalon important dans l'évolution des institutions politiques à travers le monde en ce qu'elle marque le début d'une marche qui, depuis la seconde guerre mondiale, semble inexorable vers l'assimilation de l'Etat de droit à un constitutionnalisme juridicisé et, dans la mesure où le contrôle peut être déclenché à l'occasion du procès, judiciarisé. – Pour le constitutionnalisme occidental, la seconde guerre mondiale a montré l'importance de contrôler le législateur et en particulier de protéger les minorités à l'encontre d'une majorité représentée par le pouvoir législatif. Cette évolution devient très claire lorsque l'on prend conscience du nombre considérable de pays qui, avant la guerre, ne prévoyaient aucun contrôle de la loi en vigueur par le juge et qui le prévoient aujourd'hui<sup>79</sup>. A mon avis, l'évolution graduelle du Conseil constitutionnel correspond dans une large mesure à cette marche historique.

Le Conseil a en effet vu le jour comme digne représentant dans la famille constitutionnelle occidentale d'un modèle politique de constitutionnalisme. Les règles gouvernant sa composition n'assurent aucunement que ses membres soient juristes et ses quelques membres de droit, anciens présidents de la République, garantissent au Conseil une expertise politique plutôt que juridique. L'adoption d'une procédure respectant le principe du contradictoire lors de la dernière réforme représentait ainsi une petite révolution dans les manières de faire du Conseil. A l'origine et jusqu'à tout récemment, l'impossibilité d'un contrôle constitutionnel effectué après l'entrée en vigueur de la loi conférait par ailleurs souvent à cette dernière une immunité privant en pratique la Constitution de son effet juridique. Comme le contentieux récent l'a bien

---

<sup>79</sup> Voir en général Carlo Guarnieri & Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 135; Ran Hirschl, *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004, p. 1.



montré, si la loi n'avait pas été soumise au contrôle *a priori*, elle pouvait avoir plein effet juridique malgré son caractère anticonstitutionnel. Cette immunité avait des conséquences considérables en raison de la théorie de la loi-écran, selon laquelle le contrôle du règlement d'application d'une loi ne pouvait s'appuyer sur la Constitution, cette dernière -- étant considérée valide par présomption irréfragable -- faisant écran entre le règlement et la Constitution.

Grâce à la réforme de 2008 qui a mis en place le contrôle *a posteriori*, le contrôle constitutionnel est passé d'un mécanisme politique à un mécanisme réellement juridique (legal) et judiciaire (justiciable). On parle d'une composante juridique car la norme constitutionnelle devient une norme juridique disponible au juge, bien qu'elle soit filtrée par les décisions du Conseil, dans l'application du droit. On parle d'une composante judiciaire, car chaque justiciable a la possibilité d'invoquer la norme constitutionnelle à l'encontre des lois qu'on cherche à lui imposer dans le cadre d'un procès.

Lorsqu'il s'agira de porter un jugement sur les réformes, il apparaîtra clairement que la QPC a donné au contrôle constitutionnel français l'occasion de se raffiner et de rattraper le retard considérable qu'il avait pris sur le contrôle conventionnel assuré par les tribunaux ordinaires. La pratique du contrôle conventionnel en vertu de la CEDH, comme celle du contrôle judiciaire américain avant lui, ne laissait subsister aucun doute sur les avantages considérables du contrôle *a posteriori* et par la même occasion les limites du contrôle *a priori*.

L'examen *a priori* auquel était limité le contrôle avant l'introduction de la QPC obligeait le Conseil constitutionnel à apprécier la constitutionnalité d'une loi de manière abstraite ou en essayant d'imaginer sa logique d'application. Or une loi peut paraître constitutionnelle au départ mais son application se révéler contraire à la Constitution, soit parce qu'elle s'applique à des situations que ni le législateur ni le Conseil constitutionnel n'avaient imaginées, soit parce que la

compréhension de tel ou tel principe constitutionnel a évolué avec le temps.<sup>80</sup> Le contrôle *a posteriori* permet de régler ce problème puisque la loi attaquée a déjà produit des effets au moment de son contrôle. Par ailleurs, l'impossibilité de saisir le conseil constitutionnel *a posteriori* conférait aux lois non contrôlées une présomption absolue et irréfragable de constitutionnalité : il pouvait donc y avoir, dans l'ordre juridique français, des lois en vigueur contraires à la Constitution.<sup>81</sup> Le contrôle *a posteriori* permet de contrôler la constitutionnalité de ces lois. Il restitue au citoyen-justiciable la norme constitutionnelle en rendant ce dernier partie aux processus de *raison pratique* qui doivent ultimement gouverner le déploiement de la force par l'Etat. Il résulte par ailleurs en un contrôle beaucoup plus fin de la conformité des normes entre elles en permettant une analyse plus concrète et mieux éclairée par les enjeux réels qu'elles mettent en présence. Je m'empresse de dire que ceci n'enlève rien à l'intérêt d'un contrôle *a priori*, qui présente certains avantages dans certaines circonstances. Mais ce contrôle ne saurait prendre la place du contrôle *a posteriori* car il est insuffisant, comme l'a bien démontré l'expérience française où plusieurs lois jadis protégées de la censure constitutionnelle après leur entrée en vigueur ont été déclarées anticonstitutionnelles dès la mise en place de la QPC.

La QPC a donc permis à la France de se rapprocher du modèle aujourd'hui dominant d'un constitutionnalisme juridicisé et judiciarisé. Il s'agit du modèle suivi en Russie. Mais il faut encore considérer ce développement à la lumière du principe d'organisation institutionnelle mobilisé pour assurer le gouvernement par le droit : celui de la séparation des pouvoirs. Ce qui est souvent passé sous silence,

Le modèle dominant d'un constitutionnalisme juridicisé et judiciarisé donne souvent l'impression d'un système où la branche ayant la responsabilité

---

<sup>80</sup> Rousseau, *supra* note 7 p. 41.

<sup>81</sup> Constantinesco & Pierré-Caps, *supra* note 77 p. 221.

de dire le droit constitutionnel doit invariablement et nécessairement avoir le dernier mot en cas de conflit entre les branches de l'Etat. Mais il faut se rappeler que le système des contrepoids mis en place avec la séparation des pouvoirs vise à assurer un équilibre où les branches de l'Etat se contrôlent les unes les autres sous l'empire de la constitution.

Aussi l'idée d'un « monopole du dernier mot » a-t-elle été âprement contestée dans l'évolution du constitutionnalisme et continue d'être fragile. Pour donner un exemple frappant, le président américain Andrew Jackson affirmait encore solennellement devant le Sénat en 1832, soit près de 30 ans après l'affaire *Marbury c. Madison*, que chacune des branches de l'Etat avait le devoir de prendre pour guide sa propre vue de la constitution : « The Congress, the Executive, and the Court must each for itself be guided by its own opinion of the Constitution »<sup>82</sup> Le président Jackson est d'ailleurs souvent cité comme ayant réagi à une décision de la Cour suprême, dont le juge en chef était alors John Marshall, à peu près comme suit : « John Marshall a rendu sa décision, voyons maintenant comment il s'y prendra pour la mettre en œuvre ». L'historien le plus autorisé de la présidence de Jackson estime que ce dernier n'a jamais prononcé ces paroles<sup>83</sup>, mais il est indéniable qu'une telle affirmation reflète fidèlement la vision que se faisait Jackson du rôle des différentes branches dans l'interprétation de la constitution. Les tentatives des récentes administrations américaines d'imposer leurs propres vues sur l'étendue du pouvoir exécutif en matière de défense et en matière de contrôle judiciaire des décisions du Président montrent la fragilité continue des acquis constitutionnels. Leur maintien dépend non seulement du développement mais également de la protection constante d'une culture de respect du droit et des institutions.

---

<sup>82</sup> Allocution au Sénat à l'occasion du veto présidentiel opposé au projet de loi bancaire, in *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, Volume III, éd. James D. Richardson, New York, Bureau of National Literature, Inc., 1897, pp. 576-91.

<sup>83</sup> Robert Remini, Entretien du 23 mars 1999, dans la série « Meet the historians », Independence Hall Association of Philadelphia, sur le site « [www.ushistory.org](http://www.ushistory.org) ».

## Conclusion

Je termine en proposant brièvement en guise de conclusion deux pistes de réflexion pour la Fédération de Russie. La première a trait à la mise en œuvre des décisions constitutionnelles ; la seconde à l'organisation du pouvoir judiciaire comme branche de l'Etat.

Concernant d'abord la mise en œuvre par les autres branches des décisions de la Cour constitutionnelle, la Russie a l'avantage aujourd'hui d'avoir dans ses textes des dispositions explicites traitant de cette question<sup>84</sup>. L'intérêt de ces dispositions est de couper court à tout argument sur une possible indépendance des branches de l'Etat dans l'interprétation de la Constitution. L'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle s'impose explicitement aux autres branches du pouvoir, ces dernières se voyant imposer une obligation institutionnelle d'exécuter ses décisions. La mise en place d'un département au sein de la Cour constitutionnelle pour assurer le suivi et la mise en œuvre de ses décisions doit à cet égard être saluée<sup>85</sup>. Car chaque atteinte à la Constitution, chaque refus par les autres branches d'exécuter sans détour les décisions constitutionnelles cause des dommages considérables à la culture même du constitutionnalisme. L'absence de sanction juridique explicite pour le défaut d'exécution des décisions constitutionnelles par les organes fédéraux n'est à cet égard pas une faiblesse du système mais une reconnaissance des limites du mécanisme des contrepoids entre les branches du pouvoir. Le pouvoir judiciaire ne pouvant lui-même manier l'épée, il est forcé d'emporter l'adhésion par la force de la raison et de la persuasion, qui sont tributaires d'une culture de respect pour le droit et les institutions. Dans une telle culture, le refus d'exécuter

---

<sup>84</sup> Article 80 de la Constitution, tel que modifié par la Loi constitutionnelle fédérale du 15 décembre 2001.

<sup>85</sup> Alexei Trochev, *Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990-2006* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) p. 208.

une décision constitutionnelle est considéré comme une crise politique majeure et doit être traité comme telle.

Pour ce qui concerne l'organisation du pouvoir judiciaire comme branche de l'Etat, je dirais que le développement d'un pouvoir judiciaire fort, en mesure de faire contrepoids aux autres branches de manière efficace, est plus aisé dans un système où le pouvoir judiciaire est unifié. La séparation des tribunaux judiciaires, administratifs et constitutionnels en France a fait dire à certains observateurs qu'il n'y existe pas réellement de pouvoir judiciaire. Pour comprendre cette remarque, il est utile de remonter aux propos de James Madison sur la séparation des pouvoirs. Ce dernier expliquait qu'une séparation stricte des fonctions ne revêtait pas une grande importance pour le maintien d'un équilibre des pouvoirs; qu'il suffisait plutôt que chaque branche fasse preuve d'une volonté propre : « *a will of its own* »<sup>86</sup>. Pour développer une telle volonté dans un contexte où le pouvoir judiciaire est dans une certaine mesure divisé, il est fondamental pour les juges de mettre en œuvre tous les moyens formels et informels possibles d'échanges et de coopération, dans le but de développer l'esprit de corps nécessaire à l'avènement d'un pouvoir judiciaire respecté, fort et uni, avec sa volonté propre. Encore ici, le pouvoir judiciaire de la Fédération de Russie est formellement mieux placé que son homologue français dans la poursuite des aspirations du constitutionnalisme tel qu'il est compris aujourd'hui.

---

<sup>86</sup> *The Federalist* No 51 : [www.constitution.org/fed/federa51.htm](http://www.constitution.org/fed/federa51.htm). Voir aussi, au même endroit, *The Federalist* Nos 48 & 49.