

Le contrôle de constitutionnalité français dans le contexte européen et international: Une question de priorités

Ottavio Quirico*

I. Introduction

Le concept de norme est fondamental. Avec les notions d'espace, de population et de pouvoir, il contribue à la définition de l'état en tant qu'ordre juridique, du moins si l'on présume une certaine identité entre la norme et le droit (ou le devoir). Ainsi, d'un point de vue hiérarchique (vertical), tout ordre juridique peut être conçu comme un système de règles organisées sur différents niveaux. Ce constat découle tant d'une perception statique que d'une vision dynamique du droit, au sein de laquelle les normes s'enchaînent verticalement en fonction des actes-sources qui les génèrent. Les normes constitutionnelles se situent au sommet de la représentation pyramidale du système et l'une d'entre elles sera hypothétiquement choisie comme norme fondamentale. Elles sont suivies par les lois et ensuite les règlements. Afin d'assurer la cohérence et la stabilité du système, il faut que les normes de rang inférieur soient conformes aux normes situées à un niveau supérieur. Cet impératif de cohérence, communément et imparfaitement appelé principe de légalité, se métamorphose en principe de constitutionnalité lorsqu'il s'applique au rapport entre les normes infra-constitutionnelles et la Constitution (en présupposant que les normes constitutionnelles ne sont pas mutuellement exclusives).

La conception pyramidale de l'ordre juridique implique une dimension horizontale, qui complète cette hiérarchie. L'existence même des normes présuppose la possibilité de leur violation, conçue en tant que comportement anti-normatif. C'est la raison pour laquelle un contrôle est établi par le biais de sanctions ayant un effet réparateur ("si *a, b* doit être").¹ Cela s'avère également applicable dans le cadre des rapports intra-normatifs. Il arrive, en effet, qu'une violation s'inscrive à la fois dans la verticalité de la hiérarchie et l'horizontalité

* Docteur en Droit - ATER, Académie de Lille. A partir de septembre 2010, Marie Curie Fellow, Université Panthéon-Assas (Paris 2) en collaboration avec l'Institut Universitaire Européen et le Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. L'auteur tient à remercier Dov Jacobs et Axelle Reiter pour leurs précieuses suggestions.

¹ Voir H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945, trad. fr. [B. LAROCHE et B. FAURE, Paris, L.G.D.J., 1997], p. 96.

de l'infraction. Notamment, la création de normes non-conformes à la Constitution est un acte anti-normatif, puisque contraire aux normes constitutionnelles. Selon la théorie classique du contrôle de constitutionnalité, dans le système concentré (modèle Kelsenien adopté en Europe), la (non-)conformité d'une norme est établie par un organe *ad hoc* et a une valeur générale (*erga omnes*). Dans le système décentré (modèle Schmittien adopté dans les systèmes de *common law*), la (non-)conformité d'une norme est établie par les juges ordinaires et a normalement une valeur *ad hoc*; c'est-à-dire, n'ayant d'effet que pour le seul procès en cours. Le contrôle de constitutionnalité concentré peut être *a priori* ou *a posteriori*, selon qu'il est exercé avant ou après l'entrée en vigueur des normes. Le contrôle de constitutionnalité décentré n'est jamais *a priori*. Dans le cadre du contrôle concentré *a posteriori*, la sanction de l'invalidité est imposée par une Cour Constitutionnelle -c'est-à-dire, un organe judiciaire- à l'encontre d'une norme inconstitutionnelle en vigueur. Tel est le cas, par exemple, de l'Italie, de l'Espagne, de l'Autriche et de l'Allemagne. En revanche, avant l'entrée en vigueur de la norme, sa conformité à la Constitution est contrôlée par un organe 'politique', afin qu'un éventuel défaut de conformité soit corrigé de façon préventive. Tel était le rôle du Conseil constitutionnel français avant la réforme du 23 juillet 2008. Tandis que le contrôle *a priori* est fondé sur *le droit* abstrait et assure l'équilibre des pouvoirs, le contrôle *a posteriori* est basé sur *les droits* concrets. Dans le premier cas, le droit objectif est mis en cause. Par contre, dans la deuxième hypothèse, le point de départ de la vérification est la violation d'un droit subjectif.

Quand bien même il existerait une ancienne tradition de contrôle préventif, l'ordre juridique français n'avait pas prévu d'organe *ad hoc* préposé au contrôle de constitutionnalité des normes et ce jusqu'à la quatrième république, période durant laquelle le Comité constitutionnel a été mis en place. Ce n'est toutefois qu'avec la Constitution de 1958 qu'une institution efficace a vu le jour, grâce à l'instauration du Conseil constitutionnel, chargé d'une vérification préventive de type consultatif. La réforme opérée par la loi No 724 du 23 juillet 2008, basée sur le rapport du Comité des sages ou Comité Balladur,² a introduit en France la possibilité d'un contrôle non seulement *a priori*, avant l'entrée en vigueur des normes, mais aussi *a posteriori*, après leur entrée en vigueur. La réforme a certainement été influencée par le modèle en vigueur dans d'autres pays européens, qui ont traditionnellement adopté le

² Voir **Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République**, *Rapport et 77 propositions*, 29 oct. 2007, disponible en ligne sur le site <http://www.comite-constitutionnel.fr>.

contrôle concentré *a posteriori* exercé par un tribunal constitutionnel, mais elle adopte en même temps des solutions originales.³ La présente étude vise à comprendre comment le modèle français se situe dans le contexte européen et international par une analyse systématique et comparative, qui s’articule autour de ses aspects organique, procédural et substantiel.

II. La nature composite du contrôle de constitutionnalité

A. Les changements introduits par la réforme de 2008

L’hostilité initiale des constitutions françaises au contrôle de constitutionnalité a été justifiée de différentes façons. La tradition jacobine, opposée à la limitation du pouvoir des assemblées législatives par l’autorité judiciaire et donc à l’idée de justice constitutionnelle, a souvent été invoquée à cet égard. Cette approche serait conforme à la conception de la loi comme expression de la ‘volonté générale’ et à la vision du juge comme simple ‘bouche de la loi’, incapable de vérifier la validité des normes, dans le cadre d’une rigide séparation des pouvoirs.⁴ Dans une telle optique, la démocratie parlementaire primerait sur le positivisme constitutionnel.⁵ D’une façon plus nuancée, on remarque que l’idée du contrôle de constitutionnalité est présente en France dès 1879.⁶

A partir de 1958, le Conseil constitutionnel exerce le rôle de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des normes. En vertu de l’article 61 de la Constitution, ce contrôle *doit* être effectué avant la promulgation des lois organiques, la soumission au référendum des propositions de loi et l’adoption des règlements des assemblées parlementaires. En revanche, les lois *peuvent* être déférées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation par le président de république, le premier ministre, les présidents de l’Assemblée Nationale et du Sénat. Il s’agit, à la fois, d’un contrôle d’ordre substantiel et procédural, qui s’ajoute au

³ Pour une analyse systématique du contrôle de constitutionnalité dans une perspective de droit comparé, voir M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 2009; L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 1996; M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1972.

⁴ Voir F. FABBRINI, “Il nuovo modello di giustizia costituzionale francese”, *Quaderni Costituzionali*, 2008, pp. 894-895.

⁵ Cf L. GARLICKI, “La légitimité du contrôle de légalité: Problèmes anciens et développements récents”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 227-246.

⁶ Voir D. ROUSSEAU, “La question préjudicielle de constitutionnalité: Un big bang juridictionnel?”, *Revue de droit public*, 2009, pp. 632-sv.

contrôle de la conformité des traités à la Constitution en vertu de son article 54 et à la vérification de la régularité procédurale des suffrages prévue aux articles 58, 59 et 60. Dans le cadre du parlementarisme rationalisé, le Conseil a agi essentiellement comme “organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics”.⁷ Son importance a progressivement augmenté à partir des années 1970.⁸ D’un côté, le Conseil a lui-même élargi son pouvoir en décidant d’exploiter le préambule de la Constitution de 1958 comme partie intégrante du ‘bloc de constitutionnalité’.⁹ De l’autre, la révision constitutionnelle de 1974 a étendu le pouvoir de soulever la question de constitutionnalité à soixante députés ou soixante sénateurs.

La loi No 724 du 23 juillet 2008, qui introduit en France le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, fait suite aux deux tentatives de réforme inabouties de 1989 et 1993.¹⁰ Elle ajoute à la Constitution un nouvel article 61-1, lequel prévoit que:

“Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’Etat ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article”.

Il s’agit d’une innovation importante par rapport au modèle traditionnel.¹¹ La nouveauté essentielle de cette réforme tient à un facteur procédural, la dimension temporelle de l’existence des normes juridiques. Désormais, le contrôle de constitutionnalité s’exerce non seulement avant l’entrée en vigueur d’une disposition normative (contrôle préventif ou *a priori*), mais aussi après son entrée en vigueur (contrôle *a posteriori*).¹² Le critère déterminant

⁷ Voir **Conseil constitutionnel**, *Loi relative à l’élection du président de la république au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, § 2, disponible en ligne sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr>; **J.-C. GROSHENS**, “A propos du Conseil constitutionnel”, *Revue de droit public*, 2009, pp. 589-591.

⁸ Sur le rôle du Conseil constitutionnel dans l’ordre juridique français, voir **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, “Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 269-276.

⁹ Cf **Conseil constitutionnel**, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association*, Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

¹⁰ *Projets de lois constitutionnelles No 1203*, déposé à l’Assemblée nationale le 30 mars 1990, et *No 231*, déposé au Sénat le 10 mars 1993. Pour une présentation de la réforme du contrôle de constitutionnalité, voir **D. CHAUX**, “L’exception d’inconstitutionnalité, 1990-2009: Réflexions sur un retard”, *Revue de droit public*, 2009, pp. 566-569.

¹¹ **D. ROUSSEAU**, “La question préjudicielle de constitutionnalité”, *o.c.*, p. 638, qui parle de “*big bang radical*”. Pour une vision plus nuancée, voir **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, “La question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, p. 21.

¹² Avant la réforme, en vertu de la décision du Conseil constitutionnel No 85-187 DC, la constitutionnalité d’une loi promulguée ne pouvait être utilement contestée qu’“à l’occasion de l’examen de dispositions législatives qui

de différenciation entre les deux types de contrôles est donc constitué par l'entrée en vigueur des règles.

La mise en place du contrôle *a posteriori* est détaillée par la loi organique No 2009-1523 du 10 décembre 2009.¹³ Elle s'organise autour de l'exceptionnalité de la non-conformité des normes. En effet, puisqu'un contrôle a déjà été effectué *a priori* -si nécessaire- par le Conseil constitutionnel, la non-conformité des normes à la Constitution relève de l'anomalie et non de la règle. L'exception peut seulement être relevée par les parties, et non pas d'office, et elle concerne exclusivement les lois qui violent des règles constitutionnelles relatives aux droits et libertés. Dès lors, elle est limitée tant du point de vue substantiel que du point de vue formel. Sous l'angle de la procédure, l'exception peut être soulevée à tout moment -au cours d'une instance juridictionnelle- de manière incidente (article 23-1).

Le juge *a quo* est appelé à effectuer une évaluation de l'exception sur la base de trois critères. Tout d'abord, il faut que la question soit "applicable au litige ou à la procédure", ou bien qu'elle "constitue le fondement des poursuites".¹⁴ En outre, il est nécessaire que la norme contestée n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par une décision antérieure du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. En dernier lieu, il faut que l'exception soulevée "ne soit pas dépourvue de caractère sérieux". En cas d'évaluation positive, le juge *a quo* transmet la question à la juridiction suprême compétente; c'est-à-dire, soit la Cour de Cassation soit le Conseil d'Etat. La question de constitutionnalité est 'prioritaire' par rapport à celle de conventionalité (article 23-2).¹⁵ La transmission implique le sursis du procès, jusqu'à ce qu'il soit décidé de l'exception, sauf en ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires, les mesures relatives aux privations de liberté, la nécessité de statuer dans un délai déterminé ou en urgence, ou encore en présence de conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie (article 23-3). Avant de transmettre l'affaire au Conseil constitutionnel, avec les mémoires et les conclusions des parties, la juridiction suprême procède à une évaluation de la question sur

la modifient, la complètent ou affectent son domaine"; voir **Conseil constitutionnel**, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, § 10, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

¹³ Voir le texte sur le site internet: <http://www.senat.fr/leg/pjl08-613.html>.

¹⁴ L'article 23-2 du projet de loi organique 1599 du 8 avril 2009 présenté par le gouvernement prévoyait que l'exception "commande l'issue du litige ou la validité de la procédure"; voir **B. MATHIEU**, "La question prioritaire de constitutionnalité", *Semaine juridique*, 28 sept. 2009, No 40, p. 13.

¹⁵ Cette 'priorité' a été introduite durant la première lecture du projet à l'Assemblée nationale; voir **B. MATHIEU**, "La question prioritaire", *o.c.*, p. 13, et *infra*, section III, B, 1.

base des deux premiers critères mentionnés. Elle considère également si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux (article 23-5).¹⁶ Les juridictions suprêmes se prononcent dans un délai maximum de trois mois, à l'expiration duquel la transmission est réputée automatique.¹⁷ Un double filtre est donc mis en place, exception faite du cas où la question de conformité est soulevée directement devant la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat, auxquels cas le filtre est unique.

En cas de transmission, le Conseil constitutionnel avise le président de la république, le premier ministre -lesquels peuvent tous deux présenter des observations- et les présidents des assemblées parlementaires (article 23-8). Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la question, le Conseil statue en audience publique, sauf exception motivée, après avoir entendu contradictoirement les observations des parties (article 23-10). L'extinction de l'instance *a quo* est sans conséquence pour l'examen du Conseil constitutionnel (article 23-9). La décision du Conseil constitutionnel est définitive et est publiée au Journal Officiel de la République. Elle est notifiée aux parties et communiquée au premier ministre, au président de la république et aux présidents des assemblées parlementaires. Elle est aussi communiquée au Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation et au juge *a quo* (article 23-11). La norme déclarée inconstitutionnelle est abrogée à partir du jour de la publication de la décision ou d'une date ultérieure fixée par le Conseil constitutionnel (efficacité différée). L'efficacité de la décision est donc *ex nunc*. Mais le Conseil peut aussi préciser les conditions et les limites de la remise en cause des effets déjà produits par une norme déclarée inconstitutionnelle (article 62 *alinea* 2 de la Constitution).

B. Un contrôle juridictionnel sous influence politique?

Conformément à la conception de l'ordre normatif, inspirée de Hans Kelsen, qui pose la Constitution au sommet de la hiérarchie normative, dans les systèmes européens le contrôle de constitutionnalité s'exerce de façon concentrée et par le biais d'un organe *ad hoc*.¹⁸ Quelques exceptions existent; par exemple, l'Estonie, où une division de la Cour suprême est chargée du contrôle de constitutionnalité. Dans tous les cas, ces organes exercent une fonction

¹⁶ L'article 23-4 du projet présenté par le gouvernement parlait de "difficulté sérieuse".

¹⁷ Voir B. MATHIEU, "La question prioritaire", *o.c.*, p. 13.

¹⁸ Cf Y. MÉNY, "Révolution constitutionnelle et démocratie: Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), p. 48.

de type strictement juridictionnel.¹⁹ Dans le contexte français, selon une partie de la doctrine, dans le cadre du contrôle *a priori* le Conseil Constitutionnel exercerait une fonction essentiellement législative, qui impliquerait une dépendance importante vis-à-vis du contexte politique, tandis que l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité le rapprocherait plutôt des organes de contrôle européens en lui conférant une fonction purement juridictionnelle.²⁰ La question reste tout de même controversée.²¹

Du point de vue de la fonction, le contrôle de constitutionnalité est un acte de nature fondamentalement judiciaire. Une telle interprétation est certainement valable pour le contrôle *a posteriori* mais devrait s'appliquer aussi au contrôle *a priori*. En effet, dans les deux cas, l'organe de vérification doit évaluer la conformité d'une norme à la Constitution, afin de l'éliminer (élimination 'positive'), de la compléter (élimination 'négative' d'une règle dans la mesure où elle "ne prévoit pas"), ou encore de la modifier (élimination 'alternative' d'une règle en tant qu'elle dispose "au lieu de").²² Le véritable caractère différentiel du contrôle *a priori* consiste dans le fait qu'il peut empêcher l'entrée en vigueur d'une norme, tandis que le contrôle *a posteriori* peut seulement mener à l'élimination d'une norme qui est déjà efficace. Il est vrai que dans le contrôle *a posteriori* la décision de l'organe de vérification influence la décision finale du juge *a quo*, c'est-à-dire un droit déterminé. Toutefois, il est également vrai que le contrôle *a priori* influence toutes les décisions judiciaires au regard des droits concernés par l'existence de la norme suspectée d'inconstitutionnalité. Certes, la vérification préventive participe au processus législatif mais l'organe de contrôle est appelé à effectuer une opération d'évaluation de cohérence du système normatif et à prononcer l'invalidité des normes qui y dérogent ("si *a, b* doit être"); donc, il dit le droit avec autorité de chose jugée.²³

¹⁹ Voir **F. BILE**, "Cinquante ans de contrôle de constitutionnalité en Europe: Introduction", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), p. 46; **L. GARLICKI**, "La légitimité", *o.c.*, p. 229.

²⁰ Cf **Y. GAUDEMET**, "Brouillard dans les institutions: A propos de l'exception d'inconstitutionnalité", *Revue de droit public*, 2009, pp. 585-586; **L. BURGORGUE-LARSEN**, "Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité", *Revue française de droit administratif*, 2009, p. 799; **F. FABBRINI**, "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a posteriori Constitutional Review of Legislation", *German Law Journal*, 2008, pp. 1307-sv.

²¹ Voir **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 270; **T. GROPPI**, "Riformare la giustizia costituzionale: Dal caso francese indicazioni per l'Italia?" *Attes du congrès ASTRID*, Rome, 27 mai 2009, pp. 5-sv., <http://www.astrid-online.it/Dossier--R2>; **G. CARCASSONNE**, "Les membres du Conseil constitutionnel: 1958-2008", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), p. 11.

²² Cf **F. BILE**, "Cinquante ans", *o.c.*, p. 47.

²³ Voir **L. FAVOREU**, *Les Cours constitutionnelles*, *o.c.*, pp. 21-22; **J.-L. WARSMANN**, "La place du Conseil constitutionnel dans les institutions de la Cinquième République", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), p. 14; qui, dans le contexte du contrôle préventif, considère le Conseil constitutionnel comme un "juge constitutionnel" qui "juge de la constitutionnalité des lois".

Il s'agit d'un juge qu'on pourrait qualifier de "purement normatif" et ce n'est pas par hasard que Kelsen lui attachait beaucoup d'importance dans le cadre de sa vision de l'ordre juridique.

Une telle interprétation est confirmée par le fait que les juridictions *ad hoc* peuvent effectuer un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ainsi, avant la réforme de l'article 127 de la Constitution italienne opérée par la loi No 3/2001, la *Cour* constitutionnelle procédait au contrôle préventif des lois régionales renvoyées par l'état. De plus, actuellement la *Cour* interprète le recours étatique ayant pour objet les statuts régionaux et les lois qui les modifient, sur base de l'article 123 de la Constitution, comme une forme de contrôle préventif. De même, la *Cour* constitutionnelle autrichienne peut vérifier si un acte administratif ou législatif entre dans la compétence de la fédération ou des *länder* avant sa promulgation. Dans cette optique, l'amendement No 321 de l'article 25 du projet de révision constitutionnelle, présenté par Badinter et les autres membres du groupe socialiste au cours de la première lecture au Sénat, proposait de remplacer les mots 'Conseil constitutionnel' par 'Cour constitutionnelle', puisque "la dénomination adoptée en 1958 était déjà paradoxale, dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne donnait pas de conseil au gouvernement [...] et était inappropriée s'agissant d'une institution dont la compétence essentielle est d'ordre juridictionnel", de sorte qu'il aurait fallu "reconnaître à l'institution sa véritable identité de 'Cour' à l'instar de ses homologues européens".²⁴ Cet amendement a été rejeté au cours de la deuxième lecture du projet à l'Assemblée nationale et a donc disparu du texte définitif approuvé par le parlement réuni en congrès.

En ce qui concerne l'aspect organique, la composition du Conseil constitutionnel n'a substantiellement pas été touchée par la réforme, malgré quelques modifications. Le Conseil demeure donc composé de neuf *conseillers*, dont le mandat dure neuf ans, sans possibilité de prolongation et avec renouvellement par tiers tous les trois ans. L'organe de contrôle n'est donc pas devenu une cour mais reste un conseil.

Dans ce cadre, un premier problème est posé par l'absence de qualités techniques préalables à la nomination, contrairement à la tendance des autres systèmes juridiques

Voir aussi: **G. ZAGREBELSKI**, "Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité en Italie", *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, p. 12; **D. VERGOTTINI**, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2004, p. 188.

²⁴ Voir le texte de l'amendement sur le site: http://ameli.senat.fr/amendements/2007-2008/365/Amdt_321.html.

européens.²⁵ En Italie, par exemple, les quinze *magistrats* de la Cour constitutionnelle [*Corte costituzionale*] sont désignés parmi des techniciens avérés du droit; juges, professeurs ordinaires et avocats ayant une expérience d’au moins vingt ans d’exercice. Les seize *judges* du Tribunal constitutionnel fédéral allemand [*Bundesverfassungsgericht*] sont choisis parmi les membres des cours fédérales et autres diplômés en droit. L’achèvement des études en droit et l’exercice d’une profession juridique sont des conditions préalables pour devenir membres de la Cour constitutionnelle [*Verfassungsgerichtshof*] en Autriche. En Espagne, les douze *judges* du Tribunal constitutionnel [*Tribunal constitucional*] sont désignés parmi les juristes qui ont au moins quinze années d’expérience professionnelle. En Belgique les conditions sont moins strictes, puisqu’il ‘suffit’ d’avoir été magistrat ou parlementaire pendant cinq ans pour être nommé. Ainsi, une partie de la doctrine remarque que jusqu’en 2008 deux tiers des conseillers ont été désignés parmi les politiciens, contre seulement cinq conseillers choisis parmi les professeurs de droit public et quatre parmi les autorités judiciaires.²⁶

En revanche, on met en évidence la désignation récente de personnalités telles que Renaud Denoix de Saint-Marc, ancien président du Conseil d’Etat, et Guy Canivet, ancien premier président de la Cour de Cassation, qui reflètent le souci de doter le Conseil constitutionnel d’une compétence juridique indiscutable.²⁷ De plus, on constate que seuls quatorze des soixante-six membres nommés jusqu’en 2008 n’avaient aucune formation juridique de base, les autres étant pour la plupart des licenciés en droit.²⁸ Finalement, la pratique institutionnelle conduirait à acquérir les compétences initialement défailtantes, d’autant plus que le Conseil peut s’appuyer sur la contribution de services, en particulier ceux du secrétaire général et de son entourage; lesquels disposent d’une connaissance juridique remarquable.²⁹ Quant à la présence à vie des présidents de la république, d’un côté elle est déstabilisatrice -et il est vrai que le projet du Comité Balladur envisageait de la supprimer-,³⁰ mais d’autre part elle serait aussi bénéfique, en raison de l’expérience acquise par les présidents dans leur activité de garants de la Constitution.³¹

²⁵ Cf **D. ROUSSEAU**, “La question préjudicielle de constitutionnalité: Une belle question ?”, *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, p. 10.

²⁶ Voir **T. GROPPi**, “Riformare”, *o.c.*, p. 6.

²⁷ Cf **G. CARCASSONNE**, “Les membres”, *o.c.*, pp. 11-12; **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, “Le Conseil constitutionnel”, *o.c.*, p. 277.

²⁸ Voir **G. CARCASSONNE**, “Les membres”, *o.c.*, p. 10.

²⁹ *Ibid.*, p. 12.

³⁰ Voir **Comité de réflexion**, *Rapport*, pp. 90-91 et 147, article 56, *alinea 2*; **G. CARCASSONNE**, “Les membres”, *o.c.*, p. 13.

³¹ Cf **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, “Le Conseil constitutionnel”, *o.c.*, p. 279.

Les membres du Conseil sont nommés par des représentants de la majorité politique; c'est-à-dire, le président de la république, après avis des Commissions permanentes des Assemblées parlementaires,³² ainsi que par les présidents des Assemblées parlementaires. Les anciens présidents de la république font également partie du Conseil constitutionnel. En conséquence, la procédure de composition du Conseil constitutionnel a une forte connotation politique.³³ Quant à la nomination par le président de la république, l'introduction de l'avis des Commissions permanentes est vue comme une garantie.³⁴ Toutefois, elle n'exige pas de majorité qualifiée, puisque le consensus des deux cinquièmes de chaque commission suffit pour que la nomination soit approuvée.³⁵ L'Allemagne, l'Autriche et la Belgique adoptent aussi un modèle de nomination purement politique. En revanche, le modèle espagnol prévoit la participation à la nomination du Conseil général de la justice, à côté des nominations par le Congrès, le Sénat et le gouvernement. En Italie, les juges de la Cour constitutionnelle sont nommés par les magistrats suprêmes de la juridiction judiciaire et administrative, le parlement et le président de la république. Dès lors, si, d'un côté, la majorité peut faire valoir son poids par le biais de la nomination parlementaire, d'un autre côté, les magistrats suprêmes participent à la nomination, tandis que le président de la république, qui n'appartient ni à la majorité ni à l'opposition, n'est qu'un garant de la Constitution.

Finalement, du point de vue du processus décisionnel, il semble que les membres de la haute juridiction tendent quand même à assumer un rôle juridictionnel et à s'affranchir de l'influence des autorités qui les nomment. Cela résulte de l'aptitude à se prononcer sur la base de l'argumentation juridique, notamment par le respect du précédent, et de l'imposition progressive du respect de règles procédurales strictes dans la prise de décisions.³⁶ En tout cas, l'influence politique, certes présente, ne saurait anéantir l'impartialité de l'institution, surtout vu le discrédit personnel qu'engendrerait l'adoption d'éventuelles décisions partiales.³⁷ Par ailleurs, une telle influence n'est pas forcément négative, puisqu'elle permet aux membres du Conseil de garder contact avec le contexte qui est à la base du processus normatif.³⁸

³² Cette procédure consultative a été introduite par la réforme constitutionnelle de 2008.

³³ Voir T. GROPPi, "Riformare", *o.c.*, p. 6.

³⁴ Cf. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 278.

³⁵ Voir T. GROPPi, "Riformare", *o.c.*, p. 6.

³⁶ Cf. J.-C. GROSHENS, "A propos du Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 592.

Contra: T. GROPPi, "Riformare", *o.c.*, pp. 6-8; qui voit dans la récente ouverture des archives du Conseil constitutionnel une tentative *a posteriori* de démontrer l'évolution dans un sens juridictionnel d'une procédure qui demeurerait autrement essentiellement politique.

³⁷ Voir G. CARCASSONNE, "Les membres", *o.c.*, p. 13.

³⁸ Cf. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 277.

III. Les mécanismes adoptés: Des solutions hybrides

A. L'élément procédural: Différences et similarités par rapport au modèle européen

Le principe de concentration est atténué dans beaucoup de systèmes européens par la possibilité d'un recours individuel incident comme en Italie ou direct comme en Allemagne, en Autriche et en Espagne. De ce point de vue, la France, qui est passée du contrôle abstrait (*in abstracto*) au contrôle concret (*in concreto*), ne fait plus exception. La réforme de 2008 pourrait ainsi être vue comme une tentative d'établir un meilleur équilibre entre la démocratie parlementaire, dans laquelle les droits fondamentaux sont garantis par l'infaillible volonté générale, et la considération des droits de l'homme comme premier moteur du système constitutionnel, supérieur à la volonté générale, prônée par le positivisme constitutionnel.³⁹ En effet, par la procédure du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel acquiert le pouvoir d'abroger une loi et devient un 'législateur négatif', capable de contrebalancer la 'législation positive' du parlement.⁴⁰ Tandis que le contrôle préventif est un acte *dû* dans quasiment tous les cas, exception faite pour les lois, le contrôle *a posteriori* est physiologiquement *possible*. En raison de l'extension temporelle et de l'élargissement subjectif, toute partie à une instance judiciaire peut soulever l'exception. Couplé avec le contrôle abstrait *a priori*, le contrôle concret *a posteriori* assure donc une vérification *constante* et exhaustive de la conformité des règles à la norme fondamentale.⁴¹ Notamment, il introduit la possibilité d'un examen de conformité en cas de changement de circonstances (de droit et de fait), ce qui aurait autrement été impossible.⁴² En outre, il assure la possibilité de 'programmer' l'action judiciaire sur base de la non-conformité d'une disposition législative à la Constitution.

Le contrôle de constitutionnalité préventif demeure toutefois une caractéristique précieuse du modèle français. Il assure une vérification générale de la validité des normes qui permet d'épargner les moyens procéduraux, dans une optique d'économie juridique. L'absence de ce mécanisme dans les systèmes non-francophones peut constituer une lacune.

³⁹ Cf Y. MÉNY, "Révolution constitutionnelle", *o.c.*, pp. 49-sv.; J.-C. GROSHENS, "A propos du Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 589; F. FABBRINI, "Kelsen in Paris", *o.c.*, pp. 1310-1311.

⁴⁰ Voir J. ROUX, "De la décision de renvoi à la décision du Conseil constitutionnel", *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, p. 50.

⁴¹ *Ibid.*, p. 284.

⁴² Voir B. MATHIEU, "La question prioritaire", *o.c.*, p. 13; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 282.

En Italie, par exemple, le contrôle croisé successif des lois régionales introduit par les régions et l'Etat (article 127 de la Constitution italienne et article 39 de la loi No 87/1953) et des pouvoirs et lois étatiques soulevé par d'autres organes étatiques (article 37 de la loi No 87/1953) ou les régions (article 39 de la loi No 87/1953) pourrait être simplifié par l'introduction du contrôle préventif. Cela vaut aussi pour la faculté du gouvernement de soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'un statut régional dans le délai maximum de trente jours après sa publication (article 123 *alinea* 2 de la Constitution italienne). Plus généralement, en Italie le contrôle abstrait serait très opportun en dehors des conflits de compétence, même dans le cadre du seul contrôle *a posteriori*, notamment si on donnait aux minorités parlementaires la possibilité d'un recours direct.⁴³ D'ailleurs, la vérification abstraite serait conforme à l'esprit du contrôle de constitutionnalité envisagé originellement par le législateur constituant mais qui a ensuite été abrogée par la loi No 1 du 9 février 1948, qui introduisait la saisine incidente et donc la vérification *in concreto*, finalement perfectionnée par la loi No 87 du 11 mars 1953.⁴⁴ En général, le contrôle abstrait est indispensable pour éviter que des 'zone franches' d'inconstitutionnalité subsistent dans l'ordre juridique. Bien que ce soit possible en théorie, il est extrêmement improbable que des normes qui n'ont pas d'influence sur des situations 'justiciables' -par exemple, celles qui concernent la répartition des pouvoirs- puissent faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité. En outre, d'autres effets procéduraux bénéfiques pourraient en dériver. En Italie, l'introduction du contrôle abstrait permettrait de réduire la pression sur le président de la République, qui a en tant que "garant de la Constitution" la faculté de renvoyer aux assemblées une loi potentiellement entachée d'inconstitutionnalité avant sa promulgation, pour un examen plus approfondi.⁴⁵

Au niveau du contrôle *a posteriori*, le système français opte pour la formule de la question préjudicielle, ce qui impose à la juridiction saisie la suspension du litige en cours. Il s'agit d'un modèle adopté par bon nombre d'états européens; normalement, en même temps que d'autres formes d'action, telles que le recours direct, comme en Allemagne et en Italie, mais sans la limitation matérielle relative aux droits fondamentaux. Un tel choix privilégie la sécurité juridique et l'épargne des moyens procéduraux par rapport aux exigences de

⁴³ Cf T. GROPPI, "Riformare", *o.c.*, pp. 10 s.

⁴⁴ Voir G. ZAGREBELSKI, "Aspects abstraits", *o.c.*, p. 12.

⁴⁵ A ce propos, les vicissitudes de la promulgation de la loi No 124 du 23 juillet 2008 -"Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato", connue sous le nom de "Lodo Alfano"- sont très significatives.

célérité.⁴⁶ Le juge français reste quand même compétent pour prendre les décisions non prorogables pour des raisons d'urgence, ce qui paraît logique mais n'est pas expressément prévu dans d'autres systèmes, comme en Italie. Contrairement à la plupart des modèles qui ont adopté le contrôle *in concreto*, comme l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie, le modèle français ne prévoit pas la possibilité de soulever l'incompatibilité d'office. Il s'agit de la solution adoptée par la loi 2009-1523 en application des propositions du Comité Balladur,⁴⁷ mais elle n'est pas imposée par l'article 61-1 de la Constitution, qui prévoit la question préjudicielle dans le cas où "il est soutenu" qu'une disposition législative porte atteinte à certains droits. D'après une partie de la doctrine, le choix d'accorder aux seules parties la faculté de soulever l'exception d'inconstitutionnalité serait la conséquence naturelle de sa restriction matérielle à la protection des droits fondamentaux.⁴⁸ Certes, une telle procédure vise à exclure toute possibilité de contradiction entre les juridictions administrative et judiciaire,⁴⁹ mais elle est problématique du point de vue de la dimension temporelle.⁵⁰ Son impossibilité laisse aux parties le choix entre l'exception d'inconstitutionnalité, qui entraîne la suspension du procès, et celle d'inconventionnalité, qui écarte le renvoi et est donc plus rapide.⁵¹ Dès lors, l'exception d'inconventionnalité est plus avantageuse pour les parties, ce qui risque de réduire les cas d'application du contrôle de constitutionnalité.⁵²

Un double filtre est prévu pour la vérification du bien fondé de la question d'inconstitutionnalité; tout d'abord par le juge *a quo* et, ensuite, par le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation. Il s'agit d'un système similaire au renvoi des questions préjudicielles devant la Cour de justice européenne par les juridictions ordinaires, qui n'a pas son pareil dans les autres ordres européens internes. Bien qu'il ait été expérimenté pendant un certain temps en Allemagne, il a été abandonné en 1965 et n'est pratiqué nulle part ailleurs. En Autriche, d'ailleurs, la saisine de la Cour constitutionnelle par les juridictions suprêmes a été modifiée en 1975.⁵³ Le système du double filtrage interprète de manière restrictive les

⁴⁶ Voir **D. CHAUVAUX**, "L'exception d'inconstitutionnalité", *o.c.*, p. 571.

⁴⁷ Voir **Comité de réflexion**, *Rapport*, *o.c.*, pp. 90-91, 125 et 148.

⁴⁸ Cf **T. GROPP**, "Riformare", *o.c.*, p. 4.

⁴⁹ Voir **D. CHAUVAUX**, "L'exception d'inconstitutionnalité", *o.c.*, p. 573.

⁵⁰ Cf **E. PIWNICA**, "Le rôle des avocats dans le traitement de la question préjudicielle de constitutionnalité", *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, p. 35.

⁵¹ Voir **C. HUGLO**, "Le rôle utile des praticiens dans la mise en œuvre de la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité", *Semaine juridique*, 10 mai 2010, No 19, p. 547.

⁵² Voir **L. BURGORGUE-LARSEN**, "Question préjudicielle", *o.c.*, pp. 796-797.

⁵³ Pour une comparaison plus approfondie des modèles de filtrage, voir *ibid.*, pp. 794-795; **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, "La question préjudicielle", *o.c.*, p. 16.

indications du Comité Balladur, qui n'excluaient pas le renvoi direct par le juge *a quo*.⁵⁴ Le premier filtre vise à empêcher des exceptions purement dilatoires, tandis que le second filtre tend à limiter le travail de l'organe constitutionnel de contrôle, qui doit demeurer *extrema ratio*. Certes, l'existence du contrôle de constitutionnalité *a priori* peut justifier une certaine réserve par rapport au contrôle *a posteriori*.⁵⁵ Cependant, le double filtre déplace le risque d'engorgement du Conseil constitutionnel vers les juridictions ordinaires suprêmes.⁵⁶ De plus, il rend extrêmement difficile l'accès du citoyen à la justice constitutionnelle, notamment en cas d'absence de dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle.⁵⁷ A ce sujet, la suppression du 'dialogue direct' entre le juge des faits et le juge des lois pourrait créer des tensions entre les juridictions administrative et judiciaire d'un côté et le Conseil constitutionnel de l'autre.⁵⁸ Vu que de telles dissensions se manifestent déjà dans les systèmes qui ne prévoient qu'un seul filtre, elles risquent de se multiplier dans le cadre d'une double vérification préalable.⁵⁹ Les effets pourraient être ressentis au niveau de la décision finale, tant il est vrai qu'en Italie le souci d'éviter la possibilité de discordances a parfois poussé la Cour constitutionnelle à s'aligner sur l'interprétation des juridictions ordinaires.⁶⁰ Finalement, le filtrage multiple est quelque peu paradoxal, dans la mesure où il impose aux juges professionnels une double évaluation préalable du bien fondé de la question d'inconstitutionnalité, alors que la vérification finale est effectuée par des personnes qui n'ont pas nécessairement une formation juridique.⁶¹

Le double filtre s'accompagne de critères de vérification très sévères. La nécessité d'un lien avec le litige *a quo* et le caractère sérieux de l'exception rappellent, à quelques exceptions près, les critères classiques adoptés par les modèles étrangers. En Italie, la question soulevée doit présenter un caractère déterminant [*rilevanza*] et non manifestement infondé [*non manifesta infondatezza*], et elle doit susciter un doute raisonnable quant à la conformité

⁵⁴ Voir **Comité de réflexion**, *Rapport*, *o.c.*, pp. 90-91, 125 et 148.

⁵⁵ Cf **J. MASSOT**, "Quels filtres pour la question de constitutionnalité ?", *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, p. 26.

⁵⁶ Voir **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 283.

⁵⁷ Sur le 'dialogue' entre le Conseil constitutionnel et les juridictions suprêmes, voir **R. DE GOUTTES**, "Le dialogue des juges", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), pp. 21-sv.

⁵⁸ Cf **L. BURGORGUE-LARSEN**, "Question préjudicielle", *o.c.*, p. 794; **D. ROUSSEAU**, "La question préjudicielle de constitutionnalité", *o.c.*, pp. 638-641.

⁵⁹ Voir **B. MATHIEU**, "La Cour de Cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour du Luxembourg", *Semaine juridique*, 26 avril 2010, No 17, p. 464; *Id.*, "Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat", *ibid.*, p. 465.

⁶⁰ Voir **G. ZAGREBELSKI**, "Aspects abstraits", *o.c.*, p. 16.

⁶¹ Cf **D. ROUSSEAU**, "La question préjudicielle de constitutionnalité", *o.c.*, pp. 641-642; *supra*, section II, B.

de la loi à la règle constitutionnelle. En Allemagne, le juge *a quo* doit être “convaincu” de l’inconstitutionnalité de la loi.⁶² L’exigence de l’absence d’une déclaration préventive de conformité par le Conseil constitutionnel, à l’exception des changements de circonstances, vise à coordonner les contrôles *a priori* et *a posteriori* afin d’éviter une double vérification de la même question. En outre, l’évaluation par la Cour de Cassation ou le Conseil d’Etat de la “nouveauté” et du “caractère sérieux” de la question soulevée sont problématiques par rapport aux critères imposés au juge *a quo*. En premier lieu, on perçoit mal en quoi le paramètre de la “nouveauté” se distinguerait de la nécessité d’éviter le dédoublement des décisions du Conseil constitutionnel sur une même question. Ensuite, le principe positif, qui requiert que la question “présente un caractère sérieux”, est difficile à cerner par rapport au critère négatif qui exige que la question “ne soit pas dépourvue de caractère sérieux”.⁶³ Les différentes variantes s’expliquent vraisemblablement par la nécessité de conférer aux juridictions suprêmes des instruments autonomes de vérification par rapport aux juges *a quo*, afin d’éviter que le second filtre ne devienne un véritable mécanisme d’appel de la première décision. L’objectif est probablement d’atténuer de potentielles tensions intra-juridictionnelles, mais la rédaction en ressort excessivement compliquée.⁶⁴

B. L’élément matériel: La difficile coordination entre l’ordre juridique interne et l’espace normatif international

1. L’espace normatif interne: La portée controversée du contrôle

Du point de vue interne, la révision vise, avant tout, à offrir une nouvelle voie de recours aux justiciables pour défendre leurs droits fondamentaux et parfaire le répertoire constitutionnel. En effet, la déclaration d’inconstitutionnalité permet l’abrogation *erga omnes* de la norme.⁶⁵ A la base de la réforme se trouverait, donc, l’exigence d’assurer la cohérence de l’ordonnement juridique.

⁶² Voir M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, “La question préjudicielle”, *o.c.*, p. 17.

⁶³ Voir D. CHAUVAUX, “L’exception d’inconstitutionnalité”, *o.c.*, p. 569; selon lequel l’évaluation de la juridiction suprême serait plus approfondie que celle de la juridiction *a quo*.

⁶⁴ Voir D. ROUSSEAU, “La question préjudicielle de constitutionnalité”, *o.c.*, p. 8; M. CALAMO-SPECCHIA, “Il Conseil constitutionnel et l’exception d’inconstitutionnalité”, *Actes du congrès ASTRID*, Rome, 27 mai 2009, pp. 19-20, <http://www.astrid-online.it/Dossier--R2>.

⁶⁵ Cf D. CHAUVAUX, “L’exception d’inconstitutionnalité”, *o.c.*, p. 573.

Sous l'angle de l'extension objective, le contrôle de constitutionnalité concerne les seules "dispositions législatives" et leur conformité aux "droits et libertés que la Constitution garantit".⁶⁶ Quant aux dispositions législatives, il n'existe pas de limites, de sorte qu'elles peuvent concerner aussi bien des questions substantielles que procédurales.⁶⁷ On peut envisager une disposition législative comme une prescription résultant d'un seul texte législatif ou bien de la combinaison de plusieurs textes.⁶⁸ Par contre, les règles constitutionnelles invoquées ne concernent que les droits et libertés.⁶⁹

Couplée avec la voie du recours incident, cette solution est originale. En effet, les modèles allemand, espagnol et autrichien l'adoptent exclusivement dans le cadre du recours direct.⁷⁰ Elle diffère également du système italien, où l'exception d'inconstitutionnalité concerne toutes les normes constitutionnelles. En dehors des difficultés relatives à la définition du domaine des droits et libertés, il semble que le champ du 'bloc de constitutionnalité' se limite aux seules règles substantielles dans le cadre de l'exception préjudicielle.⁷¹ Cependant, une partie de la doctrine critique cette conclusion, parce qu'elle exclut le citoyen du contrôle de la Constitution dans son ensemble, contrairement aux systèmes dans lesquels le contrôle de constitutionnalité s'exerce à la fois par rapport aux règles constitutionnelles substantielles et procédurales, comme en Belgique et en Espagne.⁷²

Du point de vue formel, dans le modèle préventif, le Conseil s'estimait en droit de vérifier la constitutionnalité de toutes les dispositions de la loi soumise à son attention, suivant la logique du contrôle abstrait.⁷³ Dans le cadre du contrôle concret, la doctrine doute de cette possibilité, notamment en raison de la vision du procès juridictionnel en tant que "chose des parties" qui empêche les magistrats de statuer *ultra petita*.⁷⁴ Toutefois, dans une optique

⁶⁶ Bien que le texte proposé par le Comité Balladur mentionne explicitement les "libertés et droits *fondamentaux* reconnus par la Constitution" (*italique ajoutée*), il faut quand même estimer que l'article 61-1 de la Constitution concerne le même champ de droits identifié par le Rapport du Comité des sages.

Voir **Comité de réflexion**, *Rapport*, *o.c.*, pp. 90-91, 125 et 148; **B. MATHIEU**, "La question de constitutionnalité, quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?", *Petites affiches*, 25 juin 2009, No 126, pp. 20-21.

⁶⁷ Voir **Y. GAUDEMET**, "Brouillard dans les institutions", *o.c.*, p. 584.

⁶⁸ Cf **B. MATHIEU**, "La question de constitutionnalité", *o.c.*, p. 18.

⁶⁹ Pour une critique de cette limitation, voir **M. CALAMO-SPECCHIA**, "Il *Conseil Constitutionnel*", *o.c.*, p. 15.

⁷⁰ Voir **M. FATIN-ROUGE STÉFANINI**, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, p. 282.

⁷¹ Sur la définition du champ des "droits et libertés" dans le cadre du 'bloc de constitutionnalité', voir **L. BURGORGUE-LARSEN**, "Question préjudicielle", *o.c.*, p. 791.

⁷² *Ibid.*, p. 789.

⁷³ Voir **Conseil constitutionnel**, *Loi de finances rectificative pour 1996*, Décision 96-386 DC du 30 décembre 1996, § 4, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁷⁴ Cf **D. ROUSSEAU**, "La question préjudicielle de constitutionnalité", *o.c.*, p. 643.

comparatiste, on pourrait admettre la possibilité d'une décision finale qui concerne aussi bien les dispositions contestées que les dispositions connexes, suivant le modèle du contrôle concret italien (article 27 de la loi 87/1953).

En ce qui concerne l'efficacité temporelle d'une déclaration de non-conformité, la France opte pour l'abrogation *ex nunc* ou annulation, couplée avec la possibilité expresse d'une modulation rétroactive; suivant en cela le modèle autrichien. Cette solution se rapproche de celle des systèmes qui adoptent l'efficacité *ex tunc* ou nullité de la décision, comme l'Allemagne et l'Espagne, tout en permettant de sauvegarder rétroactivement une partie des effets déjà produits. En Italie, par contre, la solution est sensiblement différente, puisque les décisions de la Cour ont une efficacité rétroactive, exception faite de la chose jugée, et s'appliquent donc aux seuls procès en cours.

2. L'espace normatif externe: Une question de coexistence

Sous l'angle des rapports entre ordres juridiques, le contrôle de constitutionnalité s'insère dans le contexte international et européen, dont l'impulsion a alimenté la réforme française. En effet, en raison de l'impossibilité antérieure d'un contrôle de constitutionnalité, le juge avait recours au contrôle de conventionnalité, qui permet la non-application d'une norme dans un cas d'espèce en raison de sa non-conformité à une convention internationale ou au droit européen, en vertu de l'article 55 de la Constitution française.⁷⁵ Dès lors, l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité peut être vue comme le reflet procédural interne d'une certaine hostilité envers la reconnaissance de la primauté du droit européen et international, dans le sillage de l'article 54 de la Constitution française.⁷⁶ Ainsi, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* vise à résoudre le paradoxe en vertu duquel le juge français recherchait le respect des grands principes et libertés dans le droit conventionnel, notamment la Convention européenne des droits de l'homme (dorénavant, "CEDH"), plutôt que dans sa propre Constitution.⁷⁷

⁷⁵ Voir, notamment, **Cass., Ch. mixte**, *Société des cafés Jacques Vabre*, No 73-13556, 24 mai 1975, <http://www.courdecassation.fr>; **Conseil d'Etat**, *Nicolo*, No 108243, 20 oct. 1989, <http://www.conseil-etat.fr>.

⁷⁶ En ce sens, voir **Comité de réflexion**, *Rapport*, o.c., pp. 87-88.

⁷⁷ Cf **L. BURGORGUE-LARSEN**, "Question préjudicielle", o.c., pp. 790 et 796.

Le texte de la loi organique 2009-1523 considère la question de constitutionnalité comme “prioritaire”.⁷⁸ Dès lors, au cas où une partie soulèverait en même temps des questions de constitutionnalité et de conventionnalité, la question de constitutionnalité serait traitée en premier lieu, suivant une logique opposée au principe selon lequel le juge devrait appliquer d’abord les moyens qui lui permettent de statuer sans sursis -c’est-à-dire, ici, l’exception d’inconventionnalité- plutôt que ceux qui l’obligent à surseoir, dont l’exception d’inconstitutionnalité.⁷⁹ En cela, la réforme française suit la tendance générale qui tend à privilégier le droit national par rapport au droit communautaire. Par exemple, dans cette optique, les Cours constitutionnelles italienne et espagnole se sont efforcées de concentrer le contrôle de constitutionnalité entre leurs mains en dépit de l’existence d’un contrôle de conventionnalité décentré.⁸⁰

Dans le cadre de la traditionnelle primauté de la Constitution sur le droit international et européen,⁸¹ la logique est celle de la séparation: le contrôle de constitutionnalité ressort de la compétence du Conseil constitutionnel, tandis que le contrôle de conventionnalité ressort de la compétence des juridictions ordinaires. La pratique démontre toutefois que la coordination entre les différents espaces normatifs pourrait s’annoncer difficile, notamment en vertu de l’article 88-1 de la Constitution, qui prévoit la participation de la France à l’Union européenne (dorénavant, “UE”) sur la base du Traité de Lisbonne.

⁷⁸ Le texte de l’article 23-2 prévoit que “la juridiction doit, lorsqu’elle est saisie de moyens contestant la conformité d’une disposition législative, d’une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d’autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d’Etat ou à la Cour de Cassation”. Le texte de l’article 23-5 dispose que “le Conseil d’Etat ou la Cour de Cassation doit, lorsqu’il est saisi de moyens contestant la conformité d’une disposition législative, d’une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d’autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel”. Voir **B. MATHIEU**, “La question prioritaire”, *o.c.*, p. 13.

⁷⁹ Cf **J. MASSOT**, “Quels filtres”, *o.c.*, p. 27; **D. CHAUVAUX**, “L’exception d’inconstitutionnalité”, *o.c.*, p. 573; **Y. GAUDEMET**, “Brouillard dans les institutions”, *o.c.*, p. 585; **D. ROUSSEAU**, “La question préjudicielle de constitutionnalité”, *o.c.*, p. 9.

⁸⁰ Voir, notamment, **Corte costituzionale**, *Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Nos 348 et 349, 22 oct. 2007, <http://www.giurcost.org>; **Tribunal constitucional**, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, No 1, 13 déc. 2004, <http://www.tribunalconstitucional.es>; **P. BON**, “La question préjudicielle de constitutionnalité en Espagne”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, p. 35; **T. DI MANNO**, “La question préjudicielle en Italie”, *ibid.*, p. 39.

Pour un regard comparé sur l’ensemble des systèmes européens, voir **H.-J. PAPIER**, “Le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes: Introduction”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel), pp. 61-62; **A. LEVADE**, “Le Conseil constitutionnel et l’Union européenne”, *ibid.*, p. 72.

⁸¹ Voir, notamment, **Conseil constitutionnel**, *Loi pour la confiance dans l’économie numérique*, No 2004-496, 10 juin 2004, § 7, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>; **Conseil d’Etat**, *Sarran, Levacher et autres*, 30 oct. 1998, <http://www.conseil-etat.fr>.

En effet, la Cour de Cassation a été récemment chargée d'évaluer le bien fondé d'une question préjudicielle relative à la conformité à la Constitution de l'article 78-2, *alinea* 4, du Code de procédure pénale (dorénavant, "CPP"), soulevée en premier ressort devant le juge des libertés et de la détention par un ressortissant étranger séjournant irrégulièrement en France, qui avait fait l'objet d'un contrôle d'identité par la police dans la zone frontalière franco-belge. L'intéressé était l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention administrative, prise par le juge des libertés et de la détention, qui avait été saisi d'une demande de prolongation de la rétention administrative. Il a ensuite déposé un mémoire qui visait à déterminer si l'article 78-2 *alinea* 4 CPP porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. La disposition en question, laquelle autorise les contrôles d'identité à l'intérieur d'une zone de 20 km à partir des frontières françaises, serait contraire à l'article 67 du Traité de Lisbonne, qui prévoit la liberté de circulation dans l'espace européen et l'absence de contrôle des personnes lors du passage de frontières intérieures. Une telle liberté aurait une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, et justifierait donc la question prioritaire. Dans l'arrêt No 12003 ND du 16 avril 2010,⁸² la Cour de Cassation a estimé que la question prioritaire de constitutionnalité visait en réalité à établir la conformité du droit français au droit de l'UE et à la Constitution française. La Cour en a déduit que, vu la priorité de la question de constitutionnalité et le fait que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont soumises à aucun recours, si le Conseil se prononçait sur la conformité de la disposition législative interne par rapport au droit de l'UE, les juridictions du fond se verraient privées de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (dorénavant, "CJUE"), prévue à l'article 267 du Traité sur l'UE, et de se prononcer directement sur la conformité de la norme interne au droit de l'UE. Dès lors, on peut se demander si la priorité de la question de constitutionnalité se justifie lorsque l'inconstitutionnalité d'une norme interne dépend de sa conformité au droit de l'Union Européenne.

L'article 23-2 du projet de loi 1599/2009, soumis par le gouvernement à l'Assemblée nationale, résolvait le problème en prévoyant que le juge *a quo*, saisi de la conformité d'une disposition législative à la Constitution et au droit international, devait se prononcer en premier lieu sur la question de constitutionnalité, sous réserve de l'article 88-1 de la

⁸² Voir le texte de la décision sur le site Internet: <http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/1/18/50/53/cass-16-04-2010-qpc.pdf>.

Constitution.⁸³ Dans ce contexte, le contrôle de constitutionnalité aurait primé sur le contrôle de conventionnalité, exception faite pour le droit européen, en accord avec la jurisprudence *Simmenthal* de la Cour de Justice des Communautés Européennes (dorénavant, “CJCE”).⁸⁴ De la sorte, la portée du contrôle de constitutionnalité risquait toutefois d’être fortement restreinte. Pour cette raison, le texte de la loi organique 2009-1523, tel qu’il résulte d’un amendement approuvé en première lecture par l’Assemblée nationale, a supprimé la référence à l’article 88-1 de la Constitution française, suivant en cela une logique temporelle inverse de celle de la jurisprudence de la CJCE.

Finalement, en l’attente d’une décision de la CJUE, le Conseil constitutionnel a indirectement répondu au Conseil d’Etat par la décision 2010-605 DC du 12 mai 2010, en affirmant que le moyen tiré du défaut de compatibilité d’une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être considéré comme un grief d’inconstitutionnalité.⁸⁵ Les deux contrôles sont donc complètement séparés: le premier incombe aux juridictions administratives et judiciaires, tandis que le second incombe au Conseil constitutionnel. Cette jurisprudence se conforme au système appliqué avant la réforme de 2008, de manière constante depuis la décision du Conseil constitutionnel relative à l’interruption volontaire de grossesse de 1975, qui considère qu’“une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution”.⁸⁶ En vertu de cette logique, le juge *a quo* aurait dû déclarer la question de constitutionnalité infondée et se prononcer sur la conventionnalité de l’article 78-2, *alinea* 4 CPP, tout en soulevant éventuellement une question préjudicielle devant la CJUE.

⁸³ Le texte de l’article 23-2 prévoyait que “la juridiction doit en tout état de cause, lorsqu’elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux, se prononcer en premier sur la transmission de la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences de l’article 88-1 de la Constitution”.

⁸⁴ Voir **C.J.C.E.**, *Administration des finances de l’état/Société anonyme Simmenthal*, No 106/77, 9 mars 1978, § 22, <http://eur-lex.europa.eu>; **L. BURGORGUE-LARSEN**, “Question préjudicielle”, *o.c.*, p. 797; **D. ROUSSEAU**, “La question préjudicielle de constitutionnalité”, *o.c.*, p. 10 ; **M. CALAMO-SPECCHIA**, “Il Conseil Constitutionnel”, *o.c.*, p. 18.

⁸⁵ Voir **Conseil constitutionnel**, *Loi relative à l’ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne*, No 2010-605 DC, 12 mai 2010, §§ 9-sv., <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁸⁶ Voir **Conseil constitutionnel**, *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*, No 74-54 DC, 15 jan. 1975, § 5, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

Voir aussi, sur la jurisprudence, conforme, antérieure à la réforme de 2008, dans le cadre du contrôle *a priori*, **C. CHARPY**, “Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat: Contribution à l’étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 795-sv.; **A. LEVADE**, “Le Conseil constitutionnel”, *o.c.*, pp. 63-sv.

On peut toutefois se demander si, en donnant une priorité absolue à la question de constitutionnalité par rapport à celle de conventionnalité -ce qui permet d'écarter tout rapport hiérarchique entre l'espace interne et l'espace européen-, le législateur n'a pas perdu une unique opportunité de réformer l'ordre juridique français dans le sens d'une plus grande conformité au droit européen. En effet, on aurait pu concevoir l'article 88-1 comme une sorte de mécanisme de 'renvoi' de l'ordre juridique français au système européen, ce qui impliquerait la conformité du premier au second non seulement pour les normes ordinaires mais également pour les règles constitutionnelles en matière de droits et libertés fondamentales. Ainsi, bien que le 'catalogue' des droits fondamentaux reconnus au niveau européen, notamment par la CEDH, reflète essentiellement les droits et libertés garantis par la Constitution française, des divergences ne peuvent être exclues, comme la récente question prioritaire soulevée devant le Conseil d'Etat le démontre.⁸⁷ Si on adopte cette approche au niveau international, la même problématique se pose par rapport au droit impératif, notamment en matière de droits de l'homme; et ce malgré la traditionnelle hostilité exprimée par la doctrine française envers la reconnaissance du *ius cogens*. Il est vrai, toutefois, qu'une telle approche impliquerait une verticalité normative parfaite et n'irait pas sans poser certains problèmes, notamment en raison de la traditionnelle primauté du droit constitutionnel par rapport au droit international et européen dans la jurisprudence française.⁸⁸

IV. Conclusion

Par l'introduction en France d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* qui intègre la vérification *a priori*, la réforme constitutionnelle de 2008 a créé un système hybride et nouveau, qui ne manque pas d'intérêt. Seule la pratique permettra d'en évaluer le fonctionnement, mais il constitue d'ores et déjà un mécanisme complexe et riche, qui pourra servir de champ d'expérimentation et de référence pour les autres systèmes juridiques. De manière générale, la réforme rapproche le modèle français des autres systèmes européens, qui prévoient un contrôle judiciaire concentré *a posteriori*, bien que ni la composition ni la dénomination du Conseil n'aient changé.

⁸⁷ Voir L. BURGORGUE-LARSEN, "Question préjudicielle", *o.c.*, pp. 791-793.

⁸⁸ Sur les difficultés d'établir une verticalité normative parfaite entre l'ordre juridique européen et français, voir A. LEVADE, "Le Conseil constitutionnel", *o.c.*, pp. 69-70.

Du point de vue procédural, deux mécanismes distinguent quand même le contrôle de constitutionnalité français des autres modèles européens et méritent une attention particulière. Tout d'abord, vu l'impossibilité de soulever la question d'inconstitutionnalité d'office et directement, les parties pourraient privilégier l'exception d'inconventionnalité et ainsi réduire la portée du contrôle de constitutionnalité. Deuxièmement, le choix d'un double filtre rend l'accès à la justice constitutionnelle extrêmement difficile, déplace le risque d'engorgement du Conseil Constitutionnel vers les juridictions ordinaires suprêmes et pourrait créer des tensions à l'intérieur même des juridictions administratives et judiciaires.

En ce qui concerne l'élément matériel, le contrôle de constitutionnalité pourrait poser des problèmes d'harmonisation par rapport à l'espace normatif européen et international, dans les cas où les questions de constitutionnalité et d'inconventionnalité seraient soulevées en même temps. La solution apportée consiste à séparer nettement les normes constitutionnelles internes et les règles internationales et, par conséquent, les deux formes de contrôle, en accordant une priorité absolue à la question de constitutionnalité. On peut, cependant, se demander si, par cette approche, le législateur n'a pas perdu l'occasion de revisiter les règles constitutionnelles françaises en matière de droits et libertés fondamentales et de les rendre plus conformes aux impératifs de l'ordre juridique européen et international.