précis
DOMAT
DROIT PUBLIC

Dominique ROUSSEAU
Pierre-Yves GAHDOUN
Julien BONNET

DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

13e édition

LGDJ
un savoir-faire de Lextenso

DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

13e édition

DOMINIQUE ROUSSEAU
Professeur émerite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

PIERRE-YVES GAHDOUN
Professeur à l'Université de Montpellier

JULIEN BONNET
Professeur à l'Université de Montpellier

Préface de Georges Vedel †

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275130682
ISSN : 2968-7454
Collection : Précis Domat

SOMMAIRE

Préface de la deuxième édition 11

Introduction 15

PREMIÈRE PARTIE. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : L'INSTITUTION 25

Titre 1. La naissance du Conseil constitutionnel 27

Chapitre 1. L'histoire compliquée du Conseil constitutionnel 29

Section 1. La lente montée en puissance du Conseil constitutionnel 29

§ 1. L'indécision du constituant originaire 29

§ 2. L'intervention décisive du constituant dérivé 36

Section 2. L'implantation réussie du Conseil constitutionnel 45

§ 1. Une implantation discutée 46

§ 2. Une implantation consacrée 51

Chapitre 2. La mutation juridictionnelle du Conseil constitutionnel 65

Section 1. Le Conseil, une juridiction constitutionnelle incomplète 65

§ 1. La controverse doctrinale 65

§ 2. Une controverse récurrente : la composition du Conseil constitutionnel 70

Section 2. Le Conseil, une « cour suprême » du système juridictionnel ? 92

§ 1. La juridictionnalisation de l'institution 92

§ 2. Le Conseil constitutionnel, « cour suprême » en devenir 107

Titre 2. L'accès au Conseil constitutionnel 129

Chapitre 1. L'accès au contentieux *a priori* 131

Section 1. L'élargissement des autorités de saisine 131
§ 1. La qualité des saisissants 131
§ 2. L'avenir de la saisine 143

Section 2. L'élargissement des actes contrôlés 150
§ 1. Le régime général des lois ordinaires 150
§ 2. Les régimes particuliers 172
§ 3. Les actes non contrôlés 184

Chapitre 2. L'accès dans le contentieux de la QPC 203

Section 1. Les conditions externes de recevabilité de la QPC 203
§ 1. Les juges concernés 204
§ 2. Les justiciables concernés 210

Section 2. Les conditions internes de recevabilité de la QPC 214
§ 1. La nécessité d'un écrit distinct et motivé 214
§ 2. Les dispositions législatives concernées 215
§ 3. Les critères de renvoi 228

Section 3. La décision de recevabilité de la QPC 270
§ 1. Les délais de la décision 270
§ 2. La procédure contradictoire 272
§ 3. Le contenu de la décision 273
§ 4. La décision des cours suprêmes 276
§ 5. Les recours contre la décision 277

Titre 3. Les instruments du contrôle 285

Chapitre 1. Les textes de référence 287

Section 1. L'étendue du bloc de constitutionnalité 287
§ 1. Les textes inclus dans le bloc de constitutionnalité 287
§ 2. Les textes exclus du bloc de constitutionnalité 302
§ 3. La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » 312

Section 2. La question de la hiérarchie des textes de référence 322
§ 1. L'absence de hiérarchie juridique pré-établie 323
§ 2. Une « mise en balance » concrète des principes constitutionnels 329

Chapitre 2. Les modalités de contrôle 339

Section 1. La nature du contrôle 339
§ 1. Un contrôle principalement abstrait 339
§ 2. La montée en puissance des éléments de concrétisation 344

Section 2. Les cas d'ouverture 356
§ 1. Le contrôle de la constitutionnalité « externe » 357
§ 2. Le contrôle de la constitutionnalité « interne » 365

Section 3. Les moyens de contrôle 369
§ 1. L'interprétation normative 369
§ 2. Le développement du contrôle de proportionnalité 379

Titre 4. La décision du Conseil constitutionnel 393

Chapitre 1. La procédure devant le Conseil constitutionnel 395

***Section 1. La procédure dans le contentieux* a priori** 395
§ 1. La procédure de saisine 395
§ 2. La procédure de jugement 408

***Section 2. La procédure dans le contentieux* a posteriori** 418
§ 1. L'application des règles du procès juste et équitable 418
§ 2. L'application des règles du tribunal neutre et impartial 431

Chapitre 2. Les différentes décisions du Conseil constitutionnel 437

Section 1. Typologie des décisions 437
§ 1. Les décisions « ordinaires » 437
§ 2. Les décisions « pratiques » 443

Section 2. Le cas des décisions sous réserve 445
§ 1. Les types de réserves 445
§ 2. Le cas particulier des directives interprétatives 450
§ 3. La signification des réserves 454

Section 3. La modulation des décisions 458
§ 1. La modulation de la date de l'abrogation 459
§ 2. La modulation des effets de la loi abrogée 465

Chapitre 3. L'autorité des décisions 473

Section 1. La portée des décisions 473
§ 1. La portée enrichie de l'article 62 de la Constitution 473
§ 2. La portée renouvelée de l'article 62 de la Constitution 478

Section 2. L'effectivité des décisions 484
§ 1. L'autorité à l'égard du pouvoir politique 484
§ 2. L'autorité à l'égard des juridictions 493

DEUXIÈME PARTIE. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA JURISPRUDENCE 521

Titre 1. La jurisprudence relative à la représentation politique 523

Chapitre 1. Le contrôle de la représentation politique 525

Section 1. La définition des principes de la représentation politique 525

§ 1. Le principe démocratique 526

§ 2. Le principe de suffrage 556

Section 2. Le contrôle des élections politiques nationales 580

§ 1. Le contrôle des élections parlementaires 580

§ 2. Le contrôle de l'élection présidentielle et du référendum 596

Chapitre 2. Le contrôle de la séparation des pouvoirs 621

Section 1. Le contrôle de la séparation horizontale des pouvoirs 621

§ 1. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques 622

§ 2. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques et juridictionnelles 672

Section 2. Le contrôle de la séparation verticale des pouvoirs 696

§ 1. Les principes d'organisation de l'Hexagone 696

§ 2. Les principes d'organisation de l'outre-mer 717

Titre 2. La jurisprudence relative à la garantie des droits 743

Chapitre 1. Les droits et libertés classiques 745

Section 1. Les libertés de la personne 745

§ 1. La dignité de la personne humaine 745

§ 2. La liberté personnelle et individuelle 751

§ 3. L'encadrement de la matière pénale et punitive 772

Section 2. Les libertés de la pensée 793

§ 1. La liberté de conscience et le principe de laïcité 794

§ 2. La liberté d'expression et de communication 797

§ 3. Les libertés de l'action collective 806

§ 4. Liberté de l'enseignement et liberté universitaire 810

Section 3. Les droits procéduraux 815

§ 1. Les garanties d'un recours juridictionnel effectif 815

§ 2. Les garanties d'une procédure juridictionnelle juste et équitable 826

§ 3. Les garanties d'une procédure administrative équilibrée 835

Chapitre 2. Les exigences constitutionnelles liées à la temporalité 857

Section 1. La jurisprudence consacrée à la rétroactivité des lois 857

§ 1. Les sources constitutionnelles 858

§ 2. La politique jurisprudentielle 860

Section 2. La jurisprudence de la survie de la loi ancienne 871

§ 1. Les contrats 871

§ 2. Les situations légalement acquises 880

Chapitre 3. Les droits économiques, sociaux et environnementaux 887

Section 1. Les droits économiques 887

§ 1. Le droit de propriété 887

§ 2. La liberté d'entreprendre 898

§ 3. La liberté contractuelle 903

Section 2. Les droits sociaux 913

§ 1. Les droits des travailleurs 913

§ 2. Les autres droits sociaux 929

Section 3. Les droits environnementaux 941

§ 1. Le contrôle vigilant des droits procéduraux 941

§ 2. Le développement des droits substantiels 946

Chapitre 4. Le principe d'égalité 963

Section 1. La valeur constitutionnelle du principe d'égalité 963

§ 1. La force du principe d'égalité 963

§ 2. Les composantes du principe d'égalité 966

Section 2. Le traitement jurisprudentiel du principe d'égalité 975

§ 1. Le contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité 976

§ 2. Les cas particuliers 988

§ 3. La portée du contrôle du principe d'égalité 994

TROISIÈME PARTIE. LE DROIT CONSTITUTIONNEL, UN DROIT CONNECTÉ 999

Chapitre 1. La transformation de l'objet de la Constitution : la société 1001

Section 1. La Constitution, forme classique de la représentation légitime du politique 1001

§ 1. La mesure de la juridicisation de la politique 1001

§ 2. La portée de la juridicisation de la politique 1008

Section 2. La Constitution, forme nouvelle de la représentation de la société 1013
§ 1. La (re)découverte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « toute société... » 1014
§ 2. La (re)découverte de la figure médiatrice du juge constitutionnel... 1018

Chapitre 2. La transformation de la notion de démocratie : la démocratie continue 1025

Section 1. La Constitution, espace d'identité du peuple 1025
§ 1. La rupture de l'identification gouvernants-gouvernés 1026
§ 2. La construction constitutionnelle du peuple 1030

Section 2. Le Conseil constitutionnel, institution de la mesure démocratique 1035
§ 1. Les compréhensions positivistes et jus-naturalistes de la juridiction constitutionnelle 1036
§ 2. La compréhension herméneutique de la juridiction constitutionnelle 1043

Index alphabétique 1059

PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Ce livre, lors de sa première édition, est né d'un coup d'audace réfléchi et réussi. Non seulement, depuis un quart de siècle, le Conseil constitutionnel a été le sujet de nombreux ouvrages, mais ceux-ci sont d'une remarquable qualité. Mettre ses pas dans les traces de François Luchaire, Louis Favoreu, Loïc Philip, Bruno Genevois, Léo Hamon, Bernard Poullain et d'autres était lourd de deux risques : ou bien le double emploi sans gloire ou bien la contradiction saugrenue. Tranquillement, Dominique Rousseau a survolé la difficulté de la seule manière qui soit possible : ne rien perdre de ce qui a été acquis ; proposer de nouveaux angles de vue ; enrichir le trésor commun des nouveautés engendrées par cette relecture. Et cette méthode nous donne un livre original, dense, impeccablement informé et que prolonge, au-delà du contentieux lui-même, une réflexion aiguë et neuve sur les mutations du droit constitutionnel et de la démocratie.

Le titre annonce, mais non totalement, le dessein de l'auteur. C'est le « droit du contentieux constitutionnel » qui va être étudié, tout comme René Chapus étudie le « droit du contentieux administratif ». L'accent est ainsi mis, comme dit René Chapus, sur les « structures » et les « procédures » juridictionnelles. Et, de fait, les deux premières parties de l'ouvrage réalisent ce projet avec une rigueur et un langage qui restituent au phénomène juridictionnel toute sa spécificité. Contrairement à ce qu'un profane pourrait croire, le droit procédural est, de toutes les branches du droit, celle qui comporte le plus d'exigences logiques. Sans doute, le parti initial, c'est-à-dire le choix du juge, de sa compétence, de ses pouvoirs, est-il libre et appartient-il au politique. Mais une fois posées ces prémisses, les exigences structurelles déroulent leurs conséquences logiques. Sorte de recours pour excès de pouvoir législatif, la saisine du Conseil constitutionnel oblige, en réponse, le Conseil constitutionnel à retrouver nombre des instruments d'analyse bien connus du juge administratif (les termes de référence, les ouvertures, les modes de censure, etc.). En revanche, d'autres traits du contentieux administratif ne se retrouvent pas ou sont pris à contre-pied : le saisissant ne limite pas, par l'énoncé de ce qu'il conteste, le champ du contrôle ouvert au juge ; le juge dispose d'un large pouvoir d'interprétation mais non celui de recourir à des principes généraux du droit qui ne seraient pas enracinés dans un texte ; l'irréfragabilité des lois ayant échappé à la censure du juge constitutionnel est d'une autre force que l'« autorité de la chose décidée » des actes ayant échappé à la censure du juge administratif.

Pourtant, c'est bien plus loin que cette stricte conception du droit du contentieux constitutionnel que l'auteur nous entraîne. Au-delà du pur droit du contentieux, la troisième partie de son ouvrage nous présente deux exemples de politiques jurisprudentielles relatives l'une aux institutions de la République, l'autre à la représentation politique. Comme la quatrième partie fait une large place à la protection des droits et des libertés, on voit que le livre est prolongé, au-delà du droit procédural, par une analyse de fond.

Celle-ci était sans doute nécessaire pour amener la réflexion finale sur le « nouveau droit constitutionnel » et sur la « démocratie constitutionnelle ». À l'alternative entre un juge constitutionnel simple répartiteur des compétences respectives de la loi et de la Constitution et un juge constitutionnel gardien de valeurs et de droits transcendant la Constitution elle-même, Dominique Rousseau oppose un tiers parti qui veut dépasser cette alternative. Le juge constitutionnel trouve sa place dans une nouvelle phase du développement démocratique. Par référence à la montée de l'État de droit et à l'émergence du juridique comme valeur sociale, il est avec le gouvernement et le Parlement, l'un des opérateurs dans le système concurrentiel de production démocratique de normes qui, justement, de cette concurrence tirent leur légitimité. Il y a là cinquante pages d'une rare qualité, remarquables à la fois par la précision et l'acuité critiques et par la vigueur de la construction. Elles ont en plus le mérite de renvoyer dos à dos les politistes qui nient la spécificité du juridique et les juristes qui croient à son immaculée conception.

L'usage veut qu'un préfacier ne se borne pas à l'éloge et je suis bien tenté de manquer à cet usage, faute de matière à critique sérieuse. Un regret pourtant : que l'auteur ne nous ait pas dit ce qui est, au moins à mes yeux, un des caractères les plus surprenants de l'institution qu'il étudie, à savoir que sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques-unes des causes, et non les moindres, de sa réussite.

Pour un pur cartésien, le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis, comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuses ?

Felix culpa ! chante la liturgie catholique de Pâques pour louer la faute d'Adam qui ont valu à l'homme le Messie et la rédemption. Sur un mode mineur et au pluriel, le Conseil constitutionnel pourrait reprendre l'antienne. On connaît les effets « pervers ». Comment nommer les effets qui, contre toute attente, apportent des bienfaits nés de l'imperfection ?

Essayons un inventaire : le président de la République et les présidents des assemblées apportent plus de soin et de décence à désigner des juges que ne feraient des partis politiques, plus d'ouverture d'esprit que des corporations. Si le Conseil n'avait pas comporté des représentants de la classe politique, les légistes enchaînés par leur éducation au respect de la loi infaillible n'auraient pas su tous seuls la désacraliser et donc la contrôler. L'absence d'instruction organisée permet au Conseil une information sans frontières. L'apparente brièveté du temps imparti pour statuer oblige le Conseil tout à la fois à se préparer bien avant la saisine et à ne pas faire languir les citoyens pendant des années. Le secrétaire général et une petite équipe de juristes font aussi bien, et peut-être mieux, l'affaire qu'une nuée d'adjoints et à moindres frais...

Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait rien à réformer ni à améliorer. Mais d'abord les choses sérieuses et, au premier plan, cette ouverture du Conseil constitutionnel contrôlée, que le jeu politicien a différée et, ensuite mais ensuite seulement, les aménagements que cette conquête de l'État de droit exigerait dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution.

En tout cas, à qui voudrait porter malheur au Conseil j'offre deux recettes infaillibles :

La première serait de confier au Conseil l'élection de son président. Désigné de l'extérieur, le moindre manquement à l'impartialité lui ôterait aujourd'hui toute autorité. Mais s'il était élu autrement qu'à l'unanimité (ce qui ne se fait pas facilement), il deviendrait bon gré mal gré le chef d'une majorité. La convivialité, la confiance, le respect mutuel que j'ai vu régner au Conseil pendant neuf ans sous trois présidents de formations, de sensibilités et de tempéraments différents n'y gagneraient rien. Le Conseil n'a que faire de compétitions électorales, sinon pour en censurer les excès chez les autres.

L'autre recette, celle de l'admission des opinions dissidentes, serait encore plus foudroyante. Le premier effet, dans un pays qui n'en a pas la tradition, serait de présenter aux citoyens, au lieu d'une Cour de justice, un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à Face » et la « Roue de la Fortune ». Le deuxième serait de nous valoir des décisions et des opinions en forme de longues plaidoiries pour des procès entre membres du Conseil. Le troisième – et non le moindre – serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de ses décisions. Elle serait sacrifiée au désir sportif bien humain – et bien français – de signer de son nom l'exploit du jour.

Dans *Le bal du comte d'Orgel*, il était question d'une automobile si perfectionnée que, lorsqu'elle tombait en panne, il fallait des semaines pour la réparer. N'offensons pas les dieux, ironiques et bienveillants, qui choisirent de malicieux paradoxes et de hasardeux illogismes pour nous donner une institution qui, comme le montre si bien Dominique Rousseau, renforce et rénove la démocratie.

Georges Vedel

INTRODUCTION

1 **Position éminente.** Hier, quelques pages, à la fin d'un manuel, suffisaient pour rendre compte, à côté du Conseil supérieur de la magistrature et de la Haute Cour de justice, du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, professeurs de droit public et privé, philosophes du droit, politistes, magistrats, avocats, ministres, députés, sénateurs, journalistes, citoyens, chacun dans son domaine, commentent longuement les décisions du Conseil, cherchent dans le droit naturel ou le droit positif la justification de son existence, analysent les effets de ce nouvel acteur dans le jeu politique, puisent dans les principes constitutionnels de nouveaux moyens de jugement et de défense, étudient la jurisprudence constitutionnelle pour y trouver la voie d'une législation incontestable, apprécient les réactions politiques et « aident » l'opinion publique à se forger une image de son rôle.

À cette convergence d'intérêts pour le Conseil constitutionnel peut se mesurer, très simplement, la position éminente conquise, en soixante ans seulement, par cette institution dans le paysage juridique et politique français. Il est vrai qu'en peu de temps, une tradition, des habitudes de présentation, des classifications s'effondraient, obligeant chacun à repenser le système juridique et politique pour intégrer le jeu de ce nouvel acteur. Et quel acteur ! *Le Conseil constitutionnel est en effet une juridiction qui, par son contrôle de la conformité des lois à la Constitution, à la Déclaration de 1789, au Préambule de 1946, à la Charte de l'environnement et aux principes à valeur constitutionnelle fait de la Constitution un acte vivant inspirant l'ensemble du système juridique et politique, une charte jurisprudentielle constamment ouverte à la reconnaissance de nouveaux droits et libertés, et qui, par sa jurisprudence, est devenue, à côté de l'Exécutif et du Législatif, l'organe essentiel du régime politique d'énonciation de la volonté générale, des lois*.

Cette institution, longtemps refusée (1) permet aujourd'hui à la France de participer au mouvement général en faveur de la justice constitutionnelle (2) et d'entrer dans une nouvelle ère de son système politique (3).

1. Une institution longtemps refusée

2 **Nécessité du contrôle de constitutionnalité en 1789.** *Si l'institution est nouvelle* – elle est née en 1958 avec la Constitution de la V^e^ République – *l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois est cependant ancienne*. 1789 est en effet trop souvent

présenté comme le moment où se construit l'hostilité française au contrôle de constitutionnalité. Ce qui est refusé par principe, en souvenir des Parlements de l'Ancien Régime qui, par le droit de remontrance, avaient progressivement acquis celui de faire échouer les réformes royales, c'est le contrôle juridictionnel : « les tribunaux, décide la loi des 16-24 août 1790, ne pourront ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps Législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ». Mais que la loi ne puisse tout faire est clairement affirmé dès la Déclaration de 1789. « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », dispose l'article 5 ; « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », proclame l'article 8.

Et les révolutionnaires ont d'ailleurs cherché les formes possibles d'un contrôle non juridictionnel de l'activité législative. *L'attribution au Roi du droit de veto* fut ainsi présentée par Malouet comme le moyen de « garantir qu'une résolution des représentants est ou n'est pas l'expression de la volonté générale et de déclarer, par l'acquiescement royal, que les actes du Corps Législatif sont conformes aux principes de la Constitution »[1]. *La séparation des pouvoirs* représentait aussi dans la pensée politique du XVIII^e^ siècle[2], « la plus forte garantie qui puisse exister de la rigoureuse observance de la Constitution »[3], dans la mesure où elle était conçue comme un mécanisme mettant les pouvoirs en concurrence et provoquant en conséquence des stratégies de défense de leur espace respectif qui devaient avoir pour effet, par ce simple jeu d'opposition et de compétition, de conduire au respect de la Constitution. Ou encore, l'appel « à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français »[4], bref, *l'appel au peuple* à qui est confiée la garde de la Constitution et de son respect.

3 **Trajectoire historique du contrôle de la loi.** Plus tard, les constituants bonapartistes ont établi, en 1799 puis en 1852, un contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe politique, le Sénat conservateur ; mais entièrement sous la dépendance politique de l'Empereur, il n'eut jamais la distance nécessaire pour apprécier la constitutionnalité des lois dont celui-ci avait l'initiative exclusive. L'échec de ces expériences napoléoniennes, s'il disqualifie le système d'un contrôle par un organe politique, a aussi rejailli sur le principe même d'un contrôle. Chaque fois qu'un mécanisme quelconque de contrôle était proposé, le souvenir de la faillite des Sénats impériaux était invoqué pour faire condamner l'initiative. C'est tout naturellement que la Charte de 1814 et les lois constitutionnelles de 1875 qui succèdent, respectivement aux constitutions du Premier et du Second Empire, n'organisent, en réaction, aucun contrôle de constitutionnalité. Et en 1958 encore, la création du Conseil constitutionnel est, pour certains auteurs, la preuve du caractère bonapartiste et antiparlementaire de la Constitution de la V^e^ République, et sa composition l'assurance qu'il se comportera en serviteur docile des volontés du président de la République[5].

Impuissance des formes non institutionnelles, faillite de la forme politique, à la fin du XIX^e^ siècle les hommes politiques et la doctrine commencent, avec prudence, à reconsidérer la tradition d'hostilité léguée par la Révolution à l'égard d'un contrôle

1. MALOUET, *Arch. parl.*, t. VIII, p. 536.
2. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973.
3. LOUVET DE LA SOMME, *Moniteur*, 17 août 1795, p. 1329.
4. Constitution du 3 sept. 1791, dernier article.
5. « Le Conseil constitutionnel, écrit François MITTERRAND, n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de courses au général de Gaulle, chaque fois que ce dernier a cru bon de l'employer à cet usage », *Le coup d'État permanent*, Plon, 1964, p. 140.

juridictionnel des lois. Ainsi, sans remettre en cause cette « tradition », la III^e^ République voit se développer un puissant mouvement en faveur de l'établissement d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois[6]. Les juridictions judiciaires et administratives demeurent cependant fidèles à leur refus de contrôler la constitutionnalité des lois, position constamment réitérée excepté pour la Cour de cassation dans deux arrêts sans lendemain de 1851 rendus sous la II^e^ République[7]. L'incompétence des juges « ordinaires » pour assurer ce contrôle relève davantage de raisons politiques, institutionnelles et culturelles, au regard du caractère discutable des fondements juridiques de cette position qui d'ailleurs n'était pas réellement motivée dès lors que, par exemple, le Conseil d'État dans le fameux arrêt *Arrighi* de 1936 se fonde exclusivement sur « l'état actuel du droit public »[8] pour décliner sa compétence.

Le mouvement doctrinal favorable à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois connaît un début timide de réalisation dans la Constitution du 27 octobre 1946. La IV^e^ République crée en effet un Comité constitutionnel composé de dix membres élus, dont sept par l'Assemblée nationale et trois par le Conseil de la République, choisis selon le principe de la représentation proportionnelle des groupes parlementaires, en dehors des membres des assemblées, et de trois membres de droit, le président de la République et les présidents des deux assemblées. Son rôle est, sur saisine conjointe du chef de l'État et du président du Sénat, d'inviter les deux chambres à se mettre d'accord pour rendre elles-mêmes la loi conforme à la Constitution et, en cas d'impossibilité... à réviser la Constitution pour la rendre conforme à la loi ! Pour limitée que soit la compétence du Comité aux seules dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs publics, et pour inexistant qu'ait été son rôle[9], la création et l'existence du Comité constitutionnel sous la IV^e^ République eurent au moins un effet, celui de servir de précédent justificateur lorsque fut discutée en 1958 la création du Conseil constitutionnel : « la nécessité d'un organisme impartial, chargé de veiller à l'application de la Constitution avait été déjà ressentie, lit-on dans l'exposé des motifs de l'avant-projet du 29 juillet 1958, par les constituants de 1946 qui avaient créé le Comité constitutionnel,

6. 1873, 1894, 1901, 1903, 1907, 1909, 1911, 1924... sont quelques-uns des moments forts de ce débat auquel l'opinion est associée lorsque le grand quotidien *Le temps* publie en novembre et décembre 1925, des articles de Berthélémy, Duguit, Mestre, Rolland et Hauriou. Les thèses sur ce sujet se multiplient également ; Leblanc, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, thèse, Paris, 1924 ; Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1928 ; Desfougères, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1913... Voir aussi, à la même période les nombreux articles à la *RDP* et à la *RPP*. Par ex. : Paul Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 211. En 1925, M. Berthélémy, doyen de la Faculté de Droit de Paris, retraçant l'histoire récente de ce courant, cite, comme des victoires, les noms et titres de ses collègues qui se sont séparés de « l'erreur » de l'ancienne école : Beudant, ancien doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg, Moye, doyen de la Faculté de Droit de Montpellier, Moreau, doyen de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, Mestre, Rolland, Bonnard, Julien-Laferrière... *in* « Les limites du pouvoir législatif », *RPP*, 1925, p. 356. Voir également : Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e^ éd., Sirey, 1929 ; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e^ éd., 1928. Dans la première édition de son manuel, Duguit soutenait la thèse de l'impossible contrôle de la constitutionnalité des lois ; « j'étais dans l'erreur », écrit-il dans la 3^e^ édition...

7. Cass. crim., 15 mars 1851, Dalloz, 1851, I, p. 142 ; Cass., crim., 17 nov. 1851, Sirey, 1851, I, p. 707 ; voir J.-L. Mestre, « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28, 2010, p. 27.

8. CE sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*, Rec. p. 966 ; J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

9. L'unique saisine du Comité, le 16 juin 1948, porta d'ailleurs sur un problème de procédure qui fut réglé par un accord entre les deux assemblées.

le présent titre vise à accroître les attributions de cet organisme qui reçoit l'appellation de Conseil constitutionnel »[10].

Au terme de ce rapide rappel historique, il résulte que, si le Conseil constitutionnel s'inscrit bien en rupture avec la pratique politique française depuis deux siècles – élément de discontinuité –, il réalise cependant – élément de continuité – l'idée présente dès 1789 que la loi ne peut tout faire, qu'elle est subordonnée à la Constitution. Et le succès de l'extension aux justiciables du droit de contester la constitutionnalité des lois ne fait que donner vie institutionnelle au souhait des hommes de 1789 qui ont rédigé la Déclaration « afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »[11].

2. L'implantation globale de la justice constitutionnelle

4 **Mouvement général.** *En abandonnant, en 1958, son hostilité au principe du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, la France rejoignait ainsi le mouvement général des démocraties en faveur de la justice constitutionnelle.* Même si le système adopté reste encore différent des deux principaux modèles théoriques qui, en dépit de leurs failles[12], conservent au moins un intérêt pédagogique permettant de percevoir les principaux traits des modalités d'organisation de la justice constitutionnelle.

5 **Modèle américain.** *Le modèle américain* d'abord se distingue par ses caractères diffus ou décentralisé, concret et principalement incidentiel et *a posteriori*. Il tient ses qualités du fait qu'aux États-Unis, n'importe quel tribunal est compétent pour apprécier et juger la constitutionnalité des lois. Élément important souvent oublié, et paradoxe pour un système cité volontiers en modèle, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas inscrit dans la Constitution des États-Unis d'Amérique. C'est la Cour Suprême qui, par sa décision *Madison/Marbury*[13], s'est attribué la compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois.

10. *Documents pour servir...*, volume 1, p. 525.

11. Sans omettre l'utilité des mécanismes politiques de garantie du respect de la Constitution et des droits et libertés : voir par ex. M. Altweg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regards sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, 2014, nº 13 ; V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2007 ; F. Savonitto (dir.), *La protection parlementaire de la Constitution*, Presses universitaires de Bordeaux, 2018 ; G. Tusseau, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain : le contrôle politique de constitutionnalité », *Mélanges J. du Bois de Gaudusson*, Presses universitaires de Bordeaux, 2014, p. 737.

12. L. Favoreu, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », AIJC, 1988, p. 51 ; C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin (dir.), « La notion de "justice constitutionnelle" », Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005 ; G. Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bonomia University Press, 2009 ; O. Jouanjan, « Modèles et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, nº 2 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *RIDC*, 2016, nº 1, p. 1 ; J. Padovani, *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle. Réflexions à partir du recentrage du contentieux constitutionnel français autour des droits et libertés*, LGDJ, 2022.

13. John Marshall, Président de la Cour Suprême, fédéraliste convaincu nommé par un président des États-Unis lui-même fédéraliste – John Adams –, est confronté en 1803 au problème suivant : après la victoire de l'anti-fédéraliste Jefferson en 1800, Adams profite des derniers moments de sa présidence pour nommer à des postes de juges, inamovibles, des hommes connus pour leurs convictions fédéralistes ; la précipitation est telle que la décision de nomination de William Marbury n'a pas le temps d'être envoyée

La procédure de contrôle est déclenchée par le citoyen selon trois modalités différentes. Il peut d'abord, lorsqu'il est partie à un procès, contester la constitutionnalité de la loi qu'on veut lui appliquer ; en soulevant comme moyen de défense, *l'exception d'inconstitutionnalité*, il oblige ainsi le tribunal, avant de juger concrètement l'affaire au fond, à examiner la loi pour décider si elle est ou non constitutionnelle et applicable au cas d'espèce ; le contrôle intervient donc nécessairement après la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi – contrôle *a posteriori* – et la décision qui, par la voie des recours en appel, peut gravir tous les échelons de la hiérarchie judiciaire, possède seulement l'autorité relative de la chose jugée, c'est-à-dire ne vaut que pour l'affaire en cause.

Il peut ensuite, sans attendre l'occasion d'un procès né de l'application de la loi, contester directement sa constitutionnalité ; s'il estime la requête fondée, le tribunal prononce une *injonction* à l'encontre de l'administration lui interdisant d'appliquer la loi.

Le citoyen peut enfin, en cas de difficulté d'application d'une loi, demander au tribunal de se prononcer, par un *jugement déclaratoire*, sur sa constitutionnalité.

Ainsi saisis, les tribunaux américains apprécient la constitutionnalité d'une loi au regard de quatre clauses : celle « due process of law » définie dans le quatorzième amendement et qui permet aux tribunaux d'invalider une loi qui, sans la garantie d'une procédure régulière protectrice des droits naturels, porterait atteinte aux libertés fondamentales, aux droits judiciaires ou aux biens des personnes ; la clause de la « rule of reasonableness » qui permet aux tribunaux de vérifier si le législateur a réalisé un équilibre raisonnable entre l'intérêt général et les intérêts des particuliers ou s'il leur a imposé des sacrifices déraisonnables, exagérés ; la clause des contrats qui permet aux tribunaux d'invalider une loi qui porte atteinte aux obligations nées d'un contrat, protégeant ainsi les rapports privés – économiques, sociaux... – contre l'intervention des États ; la clause d'égalité, déduite du seizième amendement, qui permet aux juges d'écarter toute loi qui n'assure pas à chaque citoyen, quelle que soit sa race, une égale protection.

Dans ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois par les tribunaux ordinaires, la Cour Suprême joue un rôle éminent, puisque, placée au sommet de la hiérarchie d'un système judiciaire particulièrement complexe, elle contrôle, régularise et unifie, notamment par la voie de l'appel, la jurisprudence des cours inférieures ; pour ce faire elle dispose d'une compétence générale qui se manifeste par le pouvoir de statuer, pour chaque affaire, sur les faits et le droit.

Pour assumer cette lourde tâche, la Cour comprend seulement neuf juges, inamovibles, nommés à vie par le président, mais avec l'avis et le consentement du Sénat. Cet

---

à son destinataire ; le nouveau ministre jeffersonien Madison ayant refusé de donner suite à cette décision, Marbury s'adresse à la Cour Suprême pour lui demander de contraindre l'administration à l'installer dans ses fonctions, ainsi que la loi judiciaire de 1789 lui en donne le pouvoir.

Devant une situation mettant en conflit direct le nouveau président et la Cour Suprême, John Marshall trouve une issue particulièrement habile et astucieuse. Dans sa décision, il déclare que la loi de 1789 accordant à la Cour Suprême le droit d'imposer la nomination de juges fédéraux est contraire à la Constitution et que la Cour ne peut en conséquence examiner la demande de Marbury.

Véritable chef-d'œuvre de stratégie constitutionnelle, cette décision est politique en ce que la Cour cède, habilement, sur ce qui importe au président Jefferson – le fédéraliste Marbury n'obtient pas sa nomination – en posant le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, dont les jeffersoniens se soucient peu, satisfaits que cette justification ait permis en l'espèce de leur donner raison. L'essentiel pour l'administration présidentielle était la non-attribution du poste à Marbury ; l'essentiel pour la Cour était de poser le principe du contrôle... dont la logique est le renforcement du pouvoir fédéral.

accord nécessaire du Sénat sur les nominations n'est pas une pure formalité : durant les vingt dernières années, il a refusé de confirmer deux personnes proposées par le président Nixon, et surtout en 1987, il a repoussé, à deux reprises, les propositions faites par le président Reagan pour l'attribution d'un poste, après une gigantesque campagne de presse et des auditions publiques télévisées où le passé personnel, politique et juridique des candidats fut minutieusement analysé[14]. Toujours est-il que les hasards des décès et des démissions offrent à certains Présidents la possibilité d'orienter, par leurs nominations, la jurisprudence de la Cour Suprême[15]. Ainsi, la désignation par Ronald Reagan de trois juges conservateurs et, en 1986, du nouveau président de la Cour, William Rehnquist, connu pour son opposition militante aux idées libérales en matière civile, pénale ou d'égalité des droits, a rompu l'équilibre qui existait au sein de cette instance entre libéraux et conservateurs. Sept périodes jurisprudentielles sont généralement distinguées : de 1789 à la guerre civile, la Cour a construit le mécanisme du contrôle de constitutionnalité des lois et favorisé le renforcement des compétences du gouvernement fédéral ; de la guerre civile à 1937, elle s'est montrée conservatrice en s'opposant à toutes les tentatives de législation sociale destinées à limiter les pouvoirs du patronat, et en restant indifférente à l'égard de la protection des droits individuels ; de 1953 à 1969, sous la présidence de Earl Warren, la Cour a développé une jurisprudence libérale et progressiste condamnant la discrimination et la ségrégation raciales, les découpages électoraux inégalitaires, la procédure criminelle défavorable aux droits des accusés, et reconnaissant la valeur constitutionnelle de nombreuses libertés publiques ; à partir de 1969, sous la présidence de Warren Burger, la Cour a maintenu cette jurisprudence libérale en l'infléchissant cependant dans un sens conservateur puis de plus en plus favorable aux idées de la « révolution conservatrice ». Entre les années 2000 et les années Trump, la Cour est revenue à un point d'équilibre ou du moins à une forme de pondération, toujours fragile, en fonction des nominations par les derniers Présidents[16]. Depuis 2020 avec les dernières nominations par le Président Trump, la tendance conservatrice et originaliste revient en force, comme l'a tristement illustré l'arrêt *Dobbs* du 24 juin 2022 par lequel la Cour revient sur la jurisprudence *Roe v. Wade* et permet ainsi aux États de choisir d'autoriser ou non le recours à l'avortement.

6 **Modèle européen.** À la différence du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois, né de la pratique et dans le silence des textes, *le modèle européen* est le fruit d'un travail théorique d'un grand juriste autrichien, Hans Kelsen, qui s'est

14. Le Sénat a refusé d'abord la nomination de Robert Bork après avoir rassemblé les déclarations politiques et les commentaires juridiques du candidat qui le montraient systématiquement et fermement hostile au droit à l'avortement, à l'égalité entre les noirs et les blancs ou à la protection du droit individuel face au pouvoir administratif ; puis il a conduit au retrait du second choix du président, Douglas Ginsburg, après qu'il fut reconnu que ce candidat avait fumé de la marijuana lorsqu'il était... professeur de droit à Harvard dans les années 1970 !

15. La Cour est actuellement composée de J. Roberts (68 ans), Président, C. Thomas (74 ans) et S. Alito (73 ans) nommés par G.W. Bush, S. Sotomayor (68 ans) et E. Kagan (63 ans) nommé par B. Obama, N. Gorsuch (55 ans), B. Kavanaugh (58 ans) et Amy Coney Barrett (51 ans) nommés par D. Trump, Ketanji Brown Jackson (52 ans) nommée par Joe Biden.

16. V. par exemple, E. Zoller (sous la dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003 ; S. Breyer, *Pour une démocratie active*, O. Jacob, 2007 ; *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, O. Jacob, 2011 ; *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, O. Jacob, 2015 ; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010 ; I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Dalloz, thèse, 2017.