

Le contrôle de la conformité des lois à la Constitution¹

Jean WALINE

Professeur Emérite à l'Université R. Schuman de Strasbourg,

Ancien Président de l'Université.

Président Honoraire de l'Institut International des Droits de l'Homme, René Cassin

Pour les juristes le problème des sources du droit, c'est-à-dire de la légalité, est toujours un problème qui mérite réflexion. En ce qui concerne celles du droit administratif français une double mutation importante s'est produite au cours de ces dernières décennies.

Tout d'abord, il était convenu de présenter le droit administratif comme un droit largement jurisprudentiel, c'est-à-dire fait par le juge et cela était parfaitement exact. En effet nombre de théories fondamentales de ce droit sont l'œuvre du Conseil d'Etat, qu'il s'agisse du contrôle de légalité, du recours pour excès de pouvoir ou encore de la responsabilité administrative. Ce caractère jurisprudentiel était tout simplement la conséquence du fait que le juge a l'obligation de statuer même dans le silence des textes (l'article 4 du Code civil déclare que : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice* »). Or, pendant au minimum la fin du 19^{ème} siècle et la première moitié du 20^{ème} siècle, il n'était pas rare qu'aucun texte ne vienne régler la question soumise au juge administratif. Il était donc dans l'obligation d'élaborer lui même la règle qu'il allait utiliser pour régler le litige qui lui était soumis. Mais depuis ces dernières décennies c'est plutôt le trop plein qui a succédé à la pénurie. La doctrine, non sans raison, ne cesse de protester contre la boulimie de textes que nous infligent les pouvoirs publics. Pire que cela, ceux-ci sont le plus souvent de bien mauvaise qualité, l'intempérance normative étant de surcroît source de complexité. On a ainsi pu voir un Vice-président du Conseil d'Etat français stigmatiser « *la loi bavarde, qui tâtonne, hésite, bafouille et revient à un bref intervalle sur le même sujet* ». De même le Conseil constitutionnel a dû ériger en un principe de valeur constitutionnelle « *l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi* ». Le Conseil d'Etat en est donc maintenant revenu à ce qui est sa mission essentielle : interpréter la règle de droit ce qui, nous venons de le voir, est de moins en moins aisé. Certes il peut toujours avoir un rôle créateur, mais cela est moins fréquent que jadis.

La seconde évolution – pour ne pas dire révolution – concerne les sources écrites du droit administratif. Il s'agissait, selon la tradition française, essentiellement de sources de droit interne au premier rang desquelles la loi. En effet, aussi curieux que cela puisse paraître maintenant, jusqu'en 1946 l'obligation pour l'administration de respecter les engagements internationaux souscrits par la France était, en quelque sorte, une obligation naturelle puisque le juge administratif ne sanctionnait pas la violation d'un traité par l'Administration. C'est la Constitution de 1946 qui a mis fin à ce système en prévoyant que « *les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises* ». C'est l'article 55 de la Constitution de 1958 qui règle maintenant la question en prévoyant que : « *Les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Ainsi non seulement les traités s'imposent à l'Administration - et ils peuvent donc être invoqués par les administrés à son encontre – mais surtout ils s'imposent au législateur ce qui veut dire, très concrètement, que l'ensemble du droit communautaire (Traités européens et tout le droit dérivé) s'impose au législateur français. De ce fait, de plus en plus parmi les sources écrites du droit administratif français, les sources transnationales supplantent les sources nationales. Mais aussi, et

¹ C'est avec un grand plaisir que je réponds à l'invitation de mon ami Mustapha KARADJI d'écrire cet article pour une nouvelle revue à laquelle je souhaite beaucoup de réussite.

surtout, on a vu apparaître avec l'arrêt *Nicolo*² ce que l'on appelle désormais le contrôle de la conventionalité de la loi. Si le juge constate qu'une disposition législative est contraire à celle d'un traité elle ne reçoit pas application. Ceci est d'autant plus important que le Conseil constitutionnel, à tort selon moi, considère qu'il ne lui appartient pas dans le cadre de l'article 61 de la constitution, de procéder à un tel contrôle.

L'article 55 de la Constitution ne fait, en réalité, qu'appliquer un principe qui domine toute les sources du droit administratif français : celui de la *hiérarchie des normes*. En effet, toutes les sources de la légalité n'ont pas la même force juridique. Il y a une hiérarchie entre elles, ce que l'on appelle la pyramide des normes. Au sommet de celle-ci se trouve bien sûr la Constitution, c'est à dire littéralement la « *norme fondamentale* », puis les traités internationaux et ensuite la loi. Cette hiérarchisation signifie que toute règle doit être conforme (c'est-à-dire, au moins, non contraire) à toutes les règles qui lui sont supérieures et que, à l'inverse, elle s'impose à celles qui lui sont inférieures. Mais les juristes le savent bien une règle qui n'est pas sanctionnée risque fort de ne pas être respectée. Il ne suffisait donc pas de poser le principe de la supériorité de la Constitution sur la loi ; encore fallait-il organiser une procédure de sanction au cas où elle serait méconnue. Tel est l'objet du contrôle *a priori* de la conformité des lois à la Constitution mis en place par son article 61 (I) ; qui a été, de manière fort heureuse complété par un contrôle *a posteriori*, donc par voie d'exception, lors de la révision constitutionnelle de 2008 (II).

I) Le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution avant sa promulgation :

En ce qui concerne le contrôle *a priori* de la conformité des lois à la Constitution il faut, dans un premier temps, revenir sur les raisons de sa création et sur sa procédure (A) avant d'en exposer les résultats (B).

A- La procédure de l'article 61 de la Constitution :

La création du contrôle de la conformité des lois à la Constitution est peut-être, au point de vue juridique, l'innovation la plus importante de la Constitution de 1958. Elle était d'autant plus nécessaire que, en France, les juges tant administratifs que judiciaires, se refusent à vérifier la conformité à la constitution d'une loi invoquée devant eux³. Cependant, du point de vue des principes rien ne s'oppose à ce que le juge français procède à un tel contrôle en reprenant tout simplement le raisonnement suivi par la Cour Suprême des Etats-Unis dans la célèbre affaire *Marbury / Madison* (1803) qui est un raisonnement juridique général. En effet le juge, lorsqu'il est saisi d'une affaire, doit tout d'abord déterminer les textes qui lui sont applicables. Si l'une des parties invoque en sa faveur les dispositions d'une loi et que son adversaire objecte qu'il ne peut pas en être tenu compte car celle-ci est contraire à la Constitution le juge est bien obligé de statuer sur ce point afin de savoir s'il peut ou non appliquer la loi au litige dont il est saisi.

Ce refus du juge de procéder à la vérification de la conformité de la loi à la constitution n'était, me semble-t-il, que la conséquence de ce qui était alors le statut juridique de la loi. Dans un système représentatif la loi votée par les représentants du Peuple – les députés - est censée représenter la volonté du Peuple souverain. C'est la bonne vieille formule de la loi « *expression de la volonté générale* ». Comment le juge, statuant au nom du Peuple français, pourrai-il annuler ce que le Peuple lui-même a voulu ? Naturellement on sait combien cette analyse de la loi peut être artificielle. Sans aller jusqu'au système de la loi injuste –par exemple liberticide – il peut arriver qu'il soit démontré que la loi votée par le Parlement ne représente pas réellement la volonté du Souverain. On en a un très bel exemple en droit français : en effet, le projet de constitution voté le 19 avril 1946 par la première

² CE, Ass. 20 octobre 1989, RFDA.1989.813, concl. Frydman, note B.Genevois ; GADA. n° 90.

³ v. par ex. : CE, Ass. 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. 369, concl. B. Stim.

assemblée constituante de la Libération était réputé mettre en œuvre la volonté du Peuple français et cependant celui-ci, par le referendum du 5 mai 1946, l'a rejeté !

Ce sont les articles 34 et 37 de la Constitution qui sont directement à l'origine de la création du Conseil constitutionnel. On le sait l'article 34 de la constitution vient mettre fin à un principe qui régissait la loi depuis la Révolution française : celui qui veut que la loi ait un domaine illimité, qu'aucune question ne soit interdite au législateur. C'est la bonne vieille plaisanterie des britanniques que le législateur peut tout faire ...sauf changer un homme en femme ! Désormais le législateur n'a plus plénitude de compétence mais seulement une compétence d'attribution : la loi ne peut être votée que dans les domaines *limitativement* énumérés par l'article 34, la compétence de principe étant désormais celle du pouvoir exécutif qui règle (art. 37) toutes les questions ne figurant pas à l'article 34. Contrairement à ce que l'on avait pu, à tort, croire au lendemain de la mise en vigueur de la constitution, cette réforme n'était pas une véritable « *révolution* » et ceci pour au moins deux raisons. Tout d'abord par ce que toutes les questions véritablement importantes figurent bien dans le domaine de la loi de l'article 34. En second lieu par ce que le principe nouveau ne fait, en réalité, que constitutionnaliser les pratiques, en ce qui concerne le domaine de la loi et du règlement, qui s'étaient instituées sous la IV^{ème} République. Mais le constituant sait fort bien que s'il ne crée pas un contrôle de la conformité de la loi à la constitution l'article 34 sera violé par le Parlement qui ne se gênera pas pour voter des lois en dehors du domaine qui lui est assigné. A cet égard le mauvais exemple de la IV^{ème} République était présent dans tous les esprits. L'article 13 de la Constitution de 1946 déclarait : « *L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ». Le texte était fort clair : il interdisait la pratique qui s'était instituée sous la III^{ème} République et qui voyait le Parlement voter des lois de plein pouvoir autorisant le Gouvernement, pour une durée limitée, à prendre des mesures législatives. C'était donc interdire la pratique des décrets-loi. Mais cette interdiction ne fut pas respectée et après quelques précautions de pure forme le Parlement de l'IV^{ème} République en revint tout simplement à la pratique des lois de plein pouvoir permettant le retour aux décrets-loi. Ce sont donc bien les articles 34 et 37 de la Constitution qui sont à l'origine de la création du Conseil constitutionnel (art. 56 et s.) car, puisque le juge français se refusait à procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi il fallait bien en venir à la création d'un juge constitutionnel.

C'est l'article 61 de la constitution qui organise ce contrôle *a priori*. Il permet de demander au Conseil constitutionnel, entre l'adoption définitive de la loi par le Parlement et sa promulgation par le Président de la République (qui dispose d'un délai de quinze jours pour y procéder), de vérifier la conformité du texte voté à la Constitution. S'agissant d'une procédure totalement nouvelle en droit français, le constituant avait été d'une grande prudence en ce qui concerne les personnes pouvant saisir d'un tel recours le Conseil : seuls pouvaient le faire le Président de la République, le Premier Ministre et chacun des Présidents des deux assemblées parlementaires. On peut le comprendre, mais cela enlevait bien de l'importance à une réforme essentielle. En effet, en période « ordinaire », c'est-à-dire sans cohabitation, ces autorités appartiennent toutes les quatre très probablement (il ne pourrait y avoir que l'exception du Président du Sénat) à la majorité c'est-à-dire à celle qui a voté la loi. Naturellement ce ne sont pas ceux qui ont voté la loi qui vont à la fin de la procédure d'adoption en contester la conformité à la constitution ; cela ne peut être le fait que de ceux qui ne l'ont pas votée, c'est-à-dire l'opposition. Le problème de l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition était donc devenu un problème politique. Lors de la campagne pour l'élection présidentielle de 1974 Valéry Giscard d'Estaing avait promis de le faire s'il était élu. Une fois élu il tint parole et la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 a constitué un véritable tournant dans le contrôle de constitutionnalité en ouvrant également la saisine à 60 députés ou à 60 sénateurs, c'est-à-dire à l'opposition. Cette révision va permettre au Conseil constitutionnel d'avoir une véritable jurisprudence car désormais bien peu de textes importants échappent à son contrôle. Les chiffres sont éloquentes : de 1959 à 1974 il n'y avait eu que 9 saisines sur la base de l'article 61 ; pour la seule période allant de 1974 à 1988 il y en a eu 328 aboutissant à 135 décisions d'invalidation.

Il reste à relever que si l'article 61 est bien le garde-fou empêchant le Parlement de sortir de sa compétence, il n'était pas nécessaire de créer une procédure symétrique destinée à empêcher le

pouvoir exécutif de sortir de sa compétence en prenant des décrets relevant en réalité de la compétence du Parlement, pour la bonne raison qu'une telle procédure existait déjà. En effet un décret du pouvoir exécutif intervenant dans l'une des matières réservées à la loi par l'article 34 est nécessairement entaché d'excès de pouvoir pour incompétence. Il relève donc de la juridiction du Conseil d'Etat qui, saisi d'un recours pour excès de pouvoir à son encontre, l'annulera. En effet, le juge administratif français a toujours accepté de sanctionner un acte administratif contraire à la constitution. Mais il ne le fait que si l'acte administratif viole *directement* et par lui-même la constitution. Si l'inconstitutionnalité qui l'entache découle de ce qu'il est pris en exécution d'une loi elle-même inconstitutionnelle, elle reste sans sanction car le juge ne pourrait alors le censurer qu'en affirmant l'inconstitutionnalité de la loi ce que, on l'a vu, il se refuse de faire. Selon la formule classique « la loi fait écran ».

La fréquence de la saisine de l'article 61 ne fait que souligner l'importance de la jurisprudence qu'elle a suscitée et qui transforme profondément le paysage juridique français.

B- L'étendue du contrôle *a priori* de la conformité des lois à la Constitution :

Au départ le Conseil constitutionnel a eu une conception assez restrictive de sa mission : il vérifie essentiellement que les lois votées respectent bien les articles 34 et 37 de la constitution, ce pourquoi il a été créé. Toutefois cela ne l'empêchait pas de donner de ceux-ci, en accord avec le Conseil d'Etat, une interprétation favorable au domaine de la loi. En effet, il ne faut pas oublier que le Conseil d'Etat, comme nous l'avons vu, a aussi son mot à dire sur cette interprétation. Très heureusement l'article 62, 2^{ème} alinéa de la constitution devrait permettre d'éviter les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat puisqu'il prévoit que : « *les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* », et donc au Conseil d'Etat. Il est vrai que ce texte n'exclut pas tout risque de conflit car les décisions du Conseil d'Etat, elles, ne s'imposent pas au Conseil constitutionnel et si c'est le Conseil d'Etat qui a statué le premier sur l'interprétation de telle ou telle disposition de l'article 34, le Conseil constitutionnel n'est pas lié par celle-ci. Mais, dans la pratique, et c'est extrêmement heureux, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat mettent tout en œuvre pour éviter les divergences de jurisprudence qui sont fort rares. Actuellement la jurisprudence a pratiquement effacé la différence faite par l'article 34 entre les matières où la loi « *fixe les règles* » et celles où elle détermine « *les principes fondamentaux* », en adoptant comme critère général de répartition des compétences la distinction entre la *mise en cause* des dispositions antérieures, réservée au Parlement, et leur *mise en œuvre* qui relève du pouvoir réglementaire. Mais demeure l'idée de base qui est juste : au législateur ce qui est important, au règlement ce qui est accessoire.

Mais dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'application de l'article 61 un tournant essentiel s'est produit avec la célèbre décision dans l'affaire dite « *du droit d'association* »⁴. Par un décret du 12 juin 1968 le Président de la République avait prononcé la dissolution de onze mouvements gauchistes, dont celui de « *L'Ami du Peuple* » fondé par Simone de Beauvoir. Le Conseil d'Etat avait rejeté le recours en annulation qu'elle avait formé contre cette décision⁵. C'est alors que, non sans provocation, Simone de Beauvoir demanda au Préfet de Police de Paris d'enregistrer une nouvelle association intitulée de manière transparente « *Les Amis de la Cause du Peuple* ». Sur instruction du Ministre de l'Intérieur le Préfet de Police refusa de lui en délivrer récépissé. Cette décision était manifestement illégale. En effet, la loi du 1^{er} juillet 1901 fait obligation à l'Administration de délivrer le récépissé de déclaration d'une association, et elle a donc sur ce point compétence liée, quitte à entamer aussitôt une procédure de dissolution si celle-ci a un caractère illégal. Tel est le cas si l'association apparaît fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la forme républicaine du Gouvernement. Mais ce contrôle est donc nécessairement un

⁴ CC, 16 juillet 1971, AJDA.1971.537, note J. Rivero; GDCC n°27.

⁵ CE, 21 octobre 1970, *Dame de Beauvoir et Sieur Leiris*, AJDA.1970.617.

contrôle *a posteriori*. Sur requête de Simone de Beauvoir le Tribunal administratif de Paris annula donc le refus du Préfet de Police⁶. C'est alors que le Ministre de l'Intérieur, conscient de l'impossibilité d'obtenir gain de cause en appel devant le Conseil d'Etat, décida « *tout simplement* » de modifier la loi pour substituer en ce qui concerne la formation des associations un contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori*. Il est à peine besoin de rappeler ici combien cette tendance des gouvernements à s'adresser au législateur pour effacer les censures infligées à leurs décisions par le juge administratif est inadmissible et que, Dieu merci, sur ce point la jurisprudence est de plus en plus vigilante. Le projet de loi du Gouvernement prévoyait donc que si l'association déclarée tombait sous le coup de l'un des griefs évoqués ci-dessus, le Préfet communique au Procureur de la République la déclaration. Si, dans un délai de deux mois, le Tribunal saisi par le Procureur n'a pas ordonné la fermeture des locaux ou l'interdiction de toute réunion des membres de l'association, il est délivré récépissé de la déclaration. L'Assemblée nationale eut la faiblesse de voter ce texte restreignant la liberté d'association, tout en l'amendant ; mais, à trois reprises le Sénat le rejeta. Il ne fut donc adopté qu'au bénéfice du droit de dernier mot accordé à l'Assemblée nationale au cas de conflit entre les deux chambres du Parlement. C'est donc assez naturellement qu'à l'issue de la procédure législative le Président du Sénat saisit le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 61, pour vérification de la constitutionnalité du texte voté.

L'affaire était délicate car, même si cela peut paraître curieux, aucun texte constitutionnel ne venait expressément proclamer la liberté d'association. Celle-ci ne figurait pas dans l'énumération de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 en raison de l'hostilité de ses auteurs pour les « *corps intermédiaires* ». Cette liberté avait fort bien été réglée par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui donnait satisfaction et, probablement pour cette raison, on n'en avait pas fait mention dans le Préambule de la Constitution de 1946. Dès lors, le dilemme était simple : comment déclarer contraire à la constitution une loi portant atteinte à la liberté d'association alors que celle-ci ne figure pas expressément en tant que telle dans le bloc de constitutionnalité ? Mais sur ce point il faut rappeler un phénomène auquel on ne prête pas suffisamment attention : bien souvent le juge commence par décider dans quel sens il tranchera l'affaire qui lui est soumise et, ce n'est qu'une fois cela décidé, qu'il recherche le raisonnement juridique le plus apte à justifier sa décision. Dans l'affaire du droit d'association il me paraît évident que le Conseil constitutionnel voulait, non sans raison, déclarer la loi contraire à la Constitution. Il ne restait plus qu'à trouver le moyen juridique le permettant. Il l'a fait, de manière quelque peu acrobatique, en recourant aux Principes Fondamentaux reconnus par les Lois de la République (PFRLR). En effet, l'article 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946 avait tenu à réaffirmer solennellement « *les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ». Jusque là on avait interprété cette dernière formule comme visant tout simplement, semble-t-il, à rendre hommage aux lois républicaines intervenues, notamment sous la III^{ème} République. Or, dans sa décision de l'affaire du droit d'association le Conseil constitutionnel va lui donner valeur de droit positif ; une loi contraire à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui a valeur constitutionnelle, est donc contraire à la Constitution. Or, affirme le Conseil, la liberté d'association constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République et, en conséquence, la loi qui porte atteinte à la liberté d'association est bien contraire à la Constitution. Cette promotion des PFRLR pose bien sur le problème de son contenu exact laissé à la discrétion du Conseil constitutionnel. Selon l'interrogation de Jean Rivero : « *Quelle République ; Quelles lois ; Quels principes ?* ». Il y a là un instrument potentiel d'un éventuel gouvernement du juge constitutionnel, ce qui ne s'est heureusement pas produit. Relevons cependant que depuis 1971 le Conseil constitutionnel a dégagé – on n'ose pas dire découvert – une dizaine de PFRLR. Mais il faut surtout insister sur la portée de la décision du 16 juillet 1971 : par cette décision le Conseil constitutionnel, pour la première fois en France, prive d'effet une loi votée par le Parlement. C'est donner sa pleine ampleur au contrôle de constitutionnalité. Désormais la jurisprudence du Conseil constitutionnel va dominer l'évolution de l'ensemble du système juridique français. On mesure bien ainsi tout ce qu'a représenté l'institution du contrôle de la loi avant sa promulgation. Il n'était pas

⁶ TA Paris, 25 janvier 1971, *Dame de Beauvoir et Sieur Leiris / Ministre de l'Intérieur*, AJDA.1971.229.

besoin d'être grand clerc en la matière pour supposer que se poserait nécessairement un jour le problème du contrôle des lois promulguées c'est-à-dire du contrôle *a posteriori*.

II) Le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi par voie d'exception :

Une fois la décision de principe prise, c'est-à-dire de procéder au contrôle de la conformité des lois à la constitution au moment de leur vote par le Parlement, se posait la question de savoir quand on irait jusqu'au bout du processus en permettant de contrôler également les lois en application. On exposera comment cette importante décision a été prise avec l'institution de la Question prioritaire de constitutionnalité (A) avant d'en examiner la portée (B).

A- L'institution de la Question prioritaire de constitutionnalité⁷ :

Le contrôle par voie d'action n'est évidemment possible qu'au moment où la loi est votée. Une fois celle-ci en application la seule voie de contestation possible est alors celle de l'exception. Comme on le sait la voie de l'exception ne permet pas d'obtenir l'annulation de l'acte contesté mais seulement sa non-application dans l'affaire à propos de laquelle elle est soulevée. Dans la pratique le résultat est quasiment le même que celui d'une annulation puisqu'il suffira d'invoquer systématiquement l'exception pour que la décision en cause ne reçoive plus jamais application.

Le problème de savoir s'il convenait ou non de permettre l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception était donc dans « *l'air du temps* ». Mais une tentative pour l'instituer avait échoué en 1990. Le Gouvernement avait présenté un projet de loi constitutionnelle permettant le contrôle *a posteriori* de la loi pour violation des droits fondamentaux reconnus à toute personne humaine par la constitution. Il avait été voté à l'Assemblée nationale mais fut abandonné par suite de l'hostilité du Sénat. Très heureusement le Comité Balladur, chargé en 2008 de réfléchir à la réforme des institutions, proposa de revenir à cette réforme. Il fut suivi par le Gouvernement et la procédure de ce contrôle a été adoptée lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Cette loi constitutionnelle crée un article 61-1 de la Constitution aux termes duquel : « *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* ». Cette procédure a été organisée par la loi organique du 10 décembre 2009, le décret du 16 février 2010 et la décision du Président du Conseil constitutionnel du 4 février 2010.

Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi doit être soulevé dans un écrit distinct du recours principal et motivé. Il peut être invoqué pour la première fois en appel ou en cassation mais ne peut pas être relevé d'office, sauf bien sûr par le Conseil constitutionnel. La juridiction saisie statue sur la transmission de l'exception au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation « *sans délai* » et par une décision motivée. Trois conditions sont mises à la transmission : - la disposition contestée doit, naturellement, être applicable au litige ou à la procédure ; - elle ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf le changement de circonstances ; - la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. La décision de transmettre n'est susceptible d'aucun recours.

Lorsque la question est transmise la juridiction sursoit à statuer. Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ont trois mois pour se prononcer sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel. Il y a renvoi si les conditions énumérées ci-dessus sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai de trois mois.

⁷La question prioritaire de constitutionnalité est à la mode et a suscité une très abondante littérature juridique. v. : Dossier de la RDP.2009.565 ; Dossier de l'AJDA.2010.74 ; Dossier : « Trois ans de QPC », Les Nouveaux Cahiers du CC, n°40, juin 2013.

De manière assez inattendue la Cour de cassation a soulevé le problème de la compatibilité de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, telle que l'on vient de la décrire, avec le droit de l'Union européenne⁸. En effet, par cet arrêt la Cour de cassation adresse à la Cour de Justice de l'Union Européenne une question préjudicielle portant sur le point de savoir si l'obligation faite par la loi organique relative à la QPC de se prononcer *par priorité* sur la transmission de la question au Conseil constitutionnel était compatible avec les dispositions de l'article 267 du Traité de Lisbonne lorsque la question invoque la contrariété d'un texte de droit interne avec le droit de l'Union ; autrement dit pouvait-on donner la priorité au renvoi au Conseil constitutionnel sur un éventuel renvoi préjudiciel pour l'interprétation du texte à la CJUE ? Ceci a provoqué une réplique immédiate du Conseil constitutionnel qui a répondu à la question posée à la CJUE par une véritable décision de principe d'autant plus remarquable qu'elle est donnée dans une affaire (l'ouverture à la concurrence des jeux) qui ne nécessitait en aucune manière qu'il prenne position sur le problème⁹. En ce qui concerne la supériorité des engagements internationaux et européens sur les lois, le Conseil souligne que les dispositions de l'article 55 de la constitution « *ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la constitution* » ; « *qu'ainsi le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* » et qu'il « *relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* ». Cette position a été également celle du Conseil d'Etat¹⁰. Mais, naturellement, le plus important a été la réponse de la CJUE : elle valide le mécanisme de la QPC tel qu'il a été analysé par la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010¹¹.

S'agissant d'un texte en application une déclaration d'inconstitutionnalité de celui-ci risque de poser de très sérieux problèmes d'exécution dans le temps. Ceux-ci sont tout à fait semblables à ceux que l'on doit résoudre, par exemple, pour exécuter les décisions d'annulation prises par le juge de l'excès de pouvoir. Cette délicate question est réglée par l'article 62 de la Constitution. Après avoir rappelé qu'une décision déclarée inconstitutionnelle sur la base de l'art. 61 ne peut pas être promulguée ni mise en application, il déclare : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets de la décision que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Ainsi, normalement la disposition en cause est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel mais afin d'éviter des vides juridiques qui pourraient se révéler catastrophiques on peut recourir à la technique, maintenant classique dans le contentieux administratif, de l'annulation différée. Chaque décision sur une QPC se prononce expressément sur ce point et il n'est pas rare que l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité soit reporté dans le temps. Mais surtout, et la question peut être fort délicate, il revient au Conseil de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition abrogée a produits sont susceptibles d'être remis en cause. De ce point de vue la QPC constitue une redoutable menace sur la sécurité juridique ; une disposition législative risque toujours maintenant d'être remise en cause et ceci sans aucune limite dans le temps. Faut-il rappeler ici combien ceux qui agissent ont besoin d'une certaine stabilité des situations juridiques ?

Relevons enfin que le Conseil constitutionnel, statuant sur une QPC, s'est reconnu le pouvoir de saisir la CJUE d'une question préjudicielle¹². Il reste à apprécier la portée exacte de la création de la QPC.

⁸ Cass. 16 avril 2010, *M. Aziz Melki*, AJDA.2010.1023, note Ph. Manin ; RFDA.2010.445, Avis de l'Avocat général M. Domingo et notes M. Gautier et P. Gaïa.

⁹ Cons. Const. n° 2010-605 du 12 mai 2010, *Loi relative à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux*, Rec. 78.

¹⁰ CE, 14 mai 2010, *M. Rujovic*, AJDA.2010.1048.

¹¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, AJDA.2010.1578.

¹² Cons. Const. Déc. n°2013-314 QPC du 4 avril 2013.

B- La portée de la réforme créant le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception :

L'un des débats suscité par la création du Conseil constitutionnel avait été celui de savoir si celui-ci constituait ou non une « *juridiction* » au sens que les juristes attachent à ce terme. La QPC fait du Conseil constitutionnel, lorsqu'il statue sur celle-ci, une juridiction sans la moindre contestation possible. De ce point de vue les textes pris pour son application et qui organisent une minutieuse procédure pour l'instruction et le jugement de l'affaire ne laissent aucun doute : c'est bien selon une véritable procédure juridictionnelle que le Conseil statue. On a même dû aménager les locaux du Conseil pour pouvoir assurer la publicité des audiences. Lors de la première de celles-ci, le Président a tenu à souligner la « *révolution* » que constitue la réforme permettant que le Conseil soit saisi non plus seulement par des politiques mais par de simples citoyens. Les audiences publiques sont, a-t-il dit, « *un changement complet pour cette maison* ». Mais, par voie de conséquence, cela peut être de nature à rouvrir le bon vieux débat sur la composition du Conseil puisque, en tant que juridiction, l'indépendance du Conseil ne doit pas pouvoir être soupçonnée.

A titre d'illustration de l'activité du Conseil constitutionnel comme juge des QPC, on évoquera les trois premières questions transmises par le Conseil d'Etat : elles concernaient le problème des pensions militaires des anciens ressortissants des colonies, la représentation des familles par l'UNAF et les problèmes de l'indemnisation d'un enfant né handicapé. Le problème dit de la « *cristallisation* » des pensions a donné lieu à la première déclaration d'inconstitutionnalité sur la base de l'art. 61-1 : le Conseil constitutionnel a en effet estimé, à juste titre, que s'il était loisible de fonder une différence concernant la revalorisation des pensions sur le lieu de résidence du bénéficiaire en raison des différences de pouvoir d'achat, en revanche il était contraire au principe constitutionnel de l'égalité de faire une différence entre les ressortissants français résidant dans un pays étranger et les nationaux de ce pays. L'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles a été reportée au 1^{er} janvier 2011 afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée¹³.

On a maintenant un recul suffisant – quatre années – pour juger cette très importante réforme. C'est un incontestable succès. Auditionnés par la Commission des lois de l'Assemblée nationale le Vice-Président du Conseil d'Etat et le Président de la Section du Contentieux ont dressé un bilan très positif de la nouvelle procédure telle qu'elle est pratiquée devant les juridictions administratives¹⁴. Les statistiques relatives à la QPC sont impressionnantes : au 1^{er} mars 2013 le Conseil constitutionnel avait rendu 255 décisions en matière de QPC ; pendant cette même période il avait été saisi de 314 décisions de renvoi (177 en provenance de la Cour de cassation et 137 du Conseil d'Etat). Mais ce qui est peut-être le plus impressionnant ce sont les statistiques sur le refus par les juridictions suprêmes de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel : pendant toujours la même période il y en a eu au total 1206 (412 refus du Conseil d'Etat et 794 de la Cour de cassation).

S'il faut conclure ce rapide exposé de l'évolution en France du contrôle de la constitutionnalité des lois, je voudrais revenir sur deux traits qui me paraissent importants. Tout d'abord il n'y a pas de système totalement satisfaisant en la matière et l'important progrès que constitue la réforme de 2008 est assorti, comme on l'a déjà souligné, d'un sérieux inconvénient : l'insécurité juridique résultant désormais de la menace de voir à tout moment une loi pouvoir être remise en cause au moyen de la QPC¹⁵.

Mais le plus impressionnant ce sont les conséquences de tout cela en ce qui concerne le statut juridique de la loi. On est parti d'un système, nous l'avons vu, dans lequel il n'y avait aucun recours à l'encontre de la loi. Puis, au lendemain de la Constitution de 1958 il a fallu préciser que c'était la loi, une fois promulguée, qui ne pouvait faire l'objet d'aucun recours. L'étape suivante a été le contrôle de la conventionalité de la loi c'est-à-dire de sa conformité aux traités internationaux : première Epée de

¹³ Cons. Const. Déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, AJDA.2010.1606, note O. Dord.

¹⁴ AJDA.2010.1620.

¹⁵ Sans compter sur l'étrangeté que peut constituer le fait de voir une disposition de 1941 déclarée contraire à la Constitution de 1958 : Cons. Const. Déc. n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010, Rec. 283.

Damoclès suspendue sur la loi, elle peut à tout moment être déclarée contraire à un Traité et donc inapplicable. Il ne restait plus, si l'on peut dire, qu'à donner un caractère rétroactif au contrôle de conformité de la loi, ce que fait la révision de 2008. D'acte inattaquable la loi est donc devenue un acte toujours contestable, un acte juridique qui n'est plus souverain. Il ne reste plus qu'un dernier vestige de la splendeur passée de la loi : le juge administratif n'accepte toujours pas – ou pas encore – d'engager de son fait la responsabilité de la Puissance publique sur le terrain de la faute.