

# LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET LE MODELE DES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES

PIERRE BON

**SOMMAIRE:** I. LA VISION ORIGINNAIRE: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, UNE INSTITUTION OPPOSÉE AU MODÈLE DES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPÉENNES: A) *Le constituant a créé le Conseil Constitutionnel afin de surveiller le Parlement:* 1. *Les attributions liées à la surveillance du Parlement.* 2. *Les autres attributions.* B) *La doctrine a vu dans le Conseil Constitutionnel un organe de nature politique:* 1. *Le caractère politique de la composition du Conseil Constitutionnel.* 2. *Le caractère politique de la technique du contrôle a priori.*—II. LA VISION CONTEMPORAINE: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, UN ÉLÉMENT PERFECTIBLE DU MODÈLE DES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPÉENNES: A) *Le Conseil Constitutionnel appartient sans conteste à la famille des Cours Constitutionnelles européennes:* 1. *Un rôle qui s'est considérablement diversifié.* 2. *Une composition qui n'est pas si singulière que cela.* 3. *Une technique de contrôle qui ne mérite pas l'opprobre dont elle est couverte.* B) *Le Conseil Constitutionnel peut être partiellement réformé pour se rapprocher davantage de l'idéal type des Cours Constitutionnelles européennes:* 1. *Les réformes concernant la composition du Conseil Constitutionnel.* 2. *Les réformes relatives à la procédure devant le Conseil.* 3. *Les réformes relatives aux compétences du Conseil.*

1. C'est au début du 19<sup>e</sup> siècle que le contrôle de la constitutionnalité des lois a fait véritablement son apparition aux États-Unis d'Amérique (1). En effet, alors que la Constitution de 1787 n'abordait pas la question, non pas par hostilité radicale des Pères fondateurs mais tout simplement parce que l'état des réflexions n'était pas encore suffisamment avancé, la Cour suprême, dans sa célèbre décision «*Marbury v. Madison*», rendue à l'initia-

---

(1) Pour plus de détails sur l'évolution historique du contrôle de la constitutionnalité des lois aux États-Unis et en Europe, qui ne sera ici que brossée à grands traits, voir par exemple nos développements in P. BON, F. MODERNE et Y. RODRÍGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica et PUAM, 1984, pp. 19 et sq.

tive du juge John Marshall, se reconnaît compétente en 1803 pour contrôle la conformité des lois à la Constitution c'est-à-dire pour exercer ce qu'il est convenu d'appeler la «judicial review».

On en connaît les principales caractéristiques. En premier lieu, ce système de contrôle de la constitutionnalité des lois est un système de contrôle diffus (2) en ce sens que tous les tribunaux, qu'ils soient fédéraux ou fédérés, qu'ils soient supérieurs ou inférieurs, qu'il s'agisse d'une loi fédérale ou d'une loi fédérée, exercent, sous l'autorité de la Cour suprême, un tel contrôle. En second lieu, la technique de contrôle la plus fréquemment utilisée est la technique de l'exception d'inconstitutionnalité: à l'occasion d'un procès ordinaire, civil ou pénal par exemple, une partie prétend qu'une loi que l'on veut appliquer au procès est contraire à la Constitution; un procès constitutionnel se greffe donc, à titre incident, sur le procès ordinaire mais les deux procès ne sont pas disjoints puisque c'est le même juge —technique du contrôle diffus oblige— qui statuera dans les deux cas; la distinction entre le procès ordinaire et le procès constitutionnel est donc ici purement pédagogique. En troisième lieu, si, à l'issue du procès constitutionnel, la loi est considérée par le juge comme contraire à la Constitution, elle n'est pas annulée mais simplement non appliquée par lui au procès ordinaire; toutefois, l'effet pratique n'est pas loin d'être très proche d'une annulation puisqu'une loi déclarée contraire à la Constitution par un juge ne sera plus jamais, en principe, appliquée par lui en vertu du principe «stare decisis» ni par d'autres juges surtout si le premier était la Cour suprême.

Bien évidemment, ce système nord américain du contrôle diffus a été adopté dans la plupart des pays anglo-saxons à la réserve notable de l'alma mater, la Grande Bretagne. D'où la référence fréquente en doctrine au modèle du contrôle diffus ou encore «modèle des Cours suprêmes» (3).

2. Si le 19<sup>e</sup> siècle voit ainsi apparaître le contrôle de la constitutionnalité aux États-Unis, il n'en va pas de même en Europe. Les raisons en sont connues.

---

(2) La distinction entre le contrôle diffus et le contrôle concentré —mécanisme qui sera évoqué ultérieurement— a particulièrement été systématisée par M. CAPPELLETTI in *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (sous la direction de L. FAVOREU), Economica et PUAM, 1982, pp. 462-463. Voir également, du même auteur, *Judicial review in the contemporary world*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1971, et *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milan, Giuffrè, 8.<sup>e</sup> éd., 1979.

(3) Sur les Cours Suprêmes, voir «La Cour judiciaire suprême - Enquête comparative», in *Revue internationale de droit comparé*, n.<sup>o</sup> 1, janvier-mars 1978, et notamment le rapport de synthèse du professeur Tunc, pp. 5-83.

D'un côté, il y a la persistance des idées monarchiques: certes, à la suite de la Révolution française et des invasions napoléoniennes, plusieurs monarches, pour conserver le pouvoir, ont du octroyer des Constitutions à leurs sujets mais ils l'ont fait à leur corps défendant; leur pouvoir reste d'essence monarchique; pour eux, l'importance de la Constitution est toute relative et, dès lors, inutiles les mécanismes destinés à en garantir l'effectivité.

De l'autre côté, il y a l'influence de la gauche hégélienne: pour elle, la Constitution n'est qu'une superstructure formelle qui masque les relations véritables de pouvoir; dans une telle analyse, qui n'accorde qu'un intérêt minime à la Constitution, il n'y a évidemment aucune place pour une réflexion sur les mécanismes juridiques destinés à en garantir l'effectivité.

Au surplus, tout particulièrement dans le cas de la France, deux raisons supplémentaires expliquent le peu d'intérêt pour les mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois. En premier lieu, l'optimisme révolutionnaire a pour conséquence la sacralisation de la loi: c'est l'idée que la loi, émanation de la volonté générale, ne saurait mal faire car «nul n'est injuste envers lui-même» (4); d'où l'inutilité du contrôle de la constitutionnalité des lois. En second lieu, à supposer qu'un contrôle de la constitutionnalité des lois soit utile, à qui le confier sinon aux juges, à l'instar du système américain? Or rien n'est plus contre-indiqué compte tenu de la méfiance qu'éprouvent les révolutionnaires à l'égard d'un pouvoir judiciaire réputé conservateur et dont ils n'oublient pas qu'il a bloqué les quelques réformes envisagées à la fin de la monarchie de droit divin; d'où l'inopportunité du contrôle de la constitutionnalité des lois.

3. Il faudra donc attendre le 20<sup>e</sup> siècle pour voir l'Europe se doter de mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois (5).

Dans cette évolution, l'influence des idées de Kelsen a été déterminante. Dans un article extraordinairement riche publié en France dans les années 20 (6), il affirme que seule l'annulation de la loi contraire à la Constitution permet de garantir efficacement la suprématie de la Constitution et que cette mission doit être confiée, non évidemment au Parlement lui-même, mais

(4) J. J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Livre II, chap. VI.

(5) Certes, en France, la Constitution de l'an VIII (1799) comme celle de 1852 chargent le Sénat de contrôler la constitutionnalité des lois. Mais il s'agit d'un contrôle exclusivement politique mis en place, au surplus, sous des régimes autoritaires. D'où le discrédit en France, pour de longues années, du contrôle de la constitutionnalité des lois qui, comme on l'a vu plus haut, n'avait déjà pas besoin de cela pour être considéré comme une technique controversée.

(6) H. KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle», in *RDJ*, 1928, pp. 197-257.

à un organe spécifique, indépendant de lui comme de tous les autres pouvoirs de l'État, qu'il propose d'appeler *juridiction constitutionnelle*, ou Tribunal Constitutionnel, ou Cour Constitutionnelle. Dans la mesure où cet organe a l'exclusivité du contrôle de la constitutionnalité des lois, on a affaire, non à un contrôle diffus de type nord américain, mais à un contrôle concentré.

L'Autriche, la première, se dotera, par la Constitution de 1920, d'une institution de ce type, la Haute Cour Constitutionnelle, conçue par Kelsen lui-même. Apparaît ensuite, dans l'Espagne de la II<sup>e</sup> République, le Tribunal des Garanties Constitutionnelles mis en place par la Constitution de 1931 et partiellement inspiré du modèle autrichien. L'effondrement des régimes nazis et fascistes, une quinzaine d'années plus tard, va provoquer la rédaction de constitutions démocratiques dont la moindre caractéristique n'est pas l'institution d'une *juridiction constitutionnelle* dans laquelle on voit un rempart contre les errements des régimes déçus: Cour Constitutionnelle d'Autriche réinstaurée par la loi constitutionnelle de 1945; Cour Constitutionnelle d'Italie créée par la Constitution de 1947; Cour Constitutionnelle d'Allemagne créée par la loi fondamentale de 1949. Enfin, la disparition dans les années 1970 des derniers régimes autoritaires existants en Europe occidentale, le régime des colonels en Grèce, le salazarisme au Portugal et le franquisme en Espagne, va provoquer l'apparition d'institutions chargées de contrôler la constitutionnalité des lois: Tribunal Supérieur Spécial prévu par la Constitution hellénique de 1975, Tribunal Constitutionnel créé par la Constitution espagnole de 1978 et Tribunal Constitutionnel institué lors de la révision opérée en 1982 de la Constitution portugaise de 1976. Mais, à vrai dire, seul le système espagnol s'apparente directement au système austro-kelsenien. En effet, en Grèce, le Tribunal Supérieur Spécial est plutôt un Tribunal des conflits résolvant les divergences de jurisprudence survenues en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois entre le Conseil d'État, la Cour de Cassation ou la Cour des Comptes tandis que, au Portugal, existe en réalité un système mixte combinant un contrôle concentré de la compétence du Tribunal Constitutionnel et un contrôle diffus de la compétence de tous les tribunaux (7).

Quoiqu'il en soit, l'existence en Autriche, en Italie, en Allemagne et en Espagne d'institutions calquées sur le même type permet d'isoler un modèle distinct du modèle du contrôle diffus ou modèle des Cours suprêmes précédemment évoqué, le modèle du contrôle concentré ou modèle des Cours Constitutionnelles. Ce modèle, particulièrement étudié par le professeur L. Fav-

---

(7) Sur le système portugais, cf. P. BON et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989.

reu (8), présente les traits suivants. En premier lieu, la Cour Constitutionnelle a le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois, d'où l'expression contrôle concentré par opposition au contrôle diffus de type nord américain. En second lieu, la Cour contrôle la constitutionnalité des lois de plusieurs manières. Par exemple, elle exerce un contrôle abstrait à l'initiative d'organes généralement politiques qui la saisissent directement, en dehors de tout litige préexistant —d'où l'expression contrôle abstrait—, d'un recours intenté contre une loi. Par exemple encore, elle exerce un contrôle concret à l'initiative d'organes juridictionnels: c'est l'hypothèse dans laquelle, lors d'un procès ordinaire, se pose la question de la constitutionnalité d'une loi qu'il est envisagé d'appliquer au procès; un procès constitutionnel se greffe donc, à titre incident, sur le procès ordinaire comme dans le système nord américain, mais la différence réside dans le fait que le procès constitutionnel ne peut être résolu que par la Cour Constitutionnelle —technique du contrôle concentré oblige—; en conséquence, le juge ordinaire surseoit à statuer sur le procès ordinaire et renvoie le procès constitutionnel, né à partir d'un litige déterminé —d'où l'expression contrôle concret—, au juge constitutionnel; il ne reprendra le procès ordinaire qu'après que le juge constitutionnel ait statué sur le procès constitutionnel et, selon que ce dernier a conclu ou non à la constitutionnalité de la loi, il l'appliquera ou non au procès ordinaire. En dernier lieu, la Cour Constitutionnelle, que ce soit dans le cadre du contrôle abstrait ou du contrôle concret, annule la loi avec effets «erga omnes» si elle lui paraît contraire à la Constitution.

#### 4. Reste ce qu'il faut bien appeler le cas français.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois est débattue par tous les grands auteurs. Elle quitte même le cercle confidentiel des spécialistes puisque, lors des élections générales de 1919, un certain nombre de partis et de candidats inscrivent dans leur programme la création d'une Cour Suprême pour connaître des atteintes portées à la Constitution et aux droits individuels tandis que, en 1925, le journal «Le Temps» lui consacre une grande enquête. Dans l'ensemble, les prises de position sont très favorables à un contrôle de la constitutionnalité des lois à condition qu'il soit exercé par tous les tribunaux et non par une juridiction spécialisée. En d'autres termes, la doctrine française se tourne, à l'époque, vers le modèle du contrôle diffus de type nord américain alors même qu'en Europe,

---

(8) Voir par exemple son rapport général introductif in *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, précité, p. 25, ou le chapitre premier de *Les Cours Constitutionnelles*, PUF, 1986, p. 5 (Que sais-je?, n.° 2293).

à la même époque, le modèle austro-kelsenien commence à se développer (9), alors même également que des critiques contre le système nord américain commencent à apparaître (10). Mais le juge judiciaire et le juge administratif se refuseront généralement, tout au long de la III<sup>e</sup> République, à contrôler la constitutionnalité des lois, en dépit des appels insistants de la doctrine. La loi bénéficie donc d'une immunité de juridiction.

Cette immunité ne sera pas véritablement remise en cause par la IV<sup>e</sup> République. Certes, la Constitution de 1946 crée un Comité constitutionnel mais c'est un pas infime vers le modèle des Cours Constitutionnelles européennes: ses conditions de saisine sont très restrictives puisqu'il faut une saisine conjointe du Président de la République et du Président du Conseil de la République, ce dernier ayant été autorisé à ce faire par un vote de la haute assemblée acquis à la majorité absolue; il exerce un contrôle a priori puisqu'il ne peut être saisi qu'avant la promulgation de la loi et doit statuer dans un délai de cinq jours ramené à deux en cas d'urgence; son contrôle est limité à la confrontation de la loi aux seuls titres I à X de la Constitution, ce qui exclut les titres XI —Révision— et XII —Dispositions transitoires— et surtout le préambule où l'on trouve l'essentiel des dispositions relatives aux droits fondamentaux, enfin, et c'est là le plus important, si le Comité Constitutionnel, après une tentative infructueuse de conciliation entre les deux assemblées, est conduit à relever une contrariété entre la loi et la Constitution, la loi ne peut être promulguée qu'après que la Constitution ait été révisée. Le contrôle aboutit donc, non à l'annulation de la norme contrôlée, mais à la modification de la norme de référence, ce qui est à l'opposé du système austro-kelsenien.

À l'inverse, sous la V<sup>e</sup> République, le Conseil Constitutionnel mis en place par la Constitution de 1958 dispose du pouvoir d'annuler la loi contraire à la Constitution. Est-ce à dire que cette institution, qui, au surplus, a le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois, appartient à la catégorie des juridictions constitutionnelles européennes? La réponse apportée à cette interrogation semble bien avoir varié. Au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958 et dans les premières années de son application, la réponse semble largement négative: dans sa vision originaire, le Conseil Constitutionnel paraît bien plutôt être une institution opposée au modèle des Cours Constitutionnelles européennes (voir I). Mais cette vision

---

(9) Rappelons que la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche et le Tribunal des Garanties Constitutionnelles d'Espagne sont mis en place respectivement en 1920 et 1931.

(10) C'est en 1921 qu'est publié à Paris l'ouvrage célèbre de E. LAMBERT intitulé «Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis; l'expression américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois».

ne doit plus être de mise à l'heure actuelle, le Conseil Constitutionnel paraissant en réalité maintenant un élément, certes perfectible mais un élément quand même, du modèle des Cours Constitutionnelles européennes (voir II).

I. LA VISION ORIGINNAIRE: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS,  
UNE INSTITUTION OPPOSEE AU MODELE DES COURS  
CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES

Il est patent que le constituant de 1958, en créant le Conseil Constitutionnel, n'a entendu imiter aucun modèle préétabli: dans la mesure où l'objectif majeur de la nouvelle Constitution était de renforcer l'exécutif et d'affaiblir le Parlement, il a voulu simplement mettre sur pied une institution chargée de surveiller le Parlement. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de s'étonner de ce que la doctrine ait vu dans le Conseil Constitutionnel un organe de nature politique.

A) *Le constituant a créé le Conseil Constitutionnel  
afin de surveiller le Parlement*

Les pays européens qui, ces dernières décennies, se sont dotés d'une juridiction constitutionnelle l'ont fait afin que l'intégralité des dispositions de la Constitution, et tout particulièrement celles relatives aux libertés publiques, soient respectées et la référence est souvent à leurs yeux le modèle austro-kelsenien. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le constituant espagnol de 1978 a conçu le Tribunal Constitutionnel comme la pierre angulaire de l'État de droit démocratique qu'il édifiait et s'est directement inspiré sur tel ou tel point de mécanismes existants en Italie ou en Allemagne voire en Autriche après avoir débattu, parfois assez longuement, de leurs avantages et de leurs inconvénients.

Rien de tel dans la cas français. Le constituant n'a entendu se référer à aucun modèle théorique ni, vraisemblablement, s'inspirer d'aucun exemple étranger. Il n'a pas entendu faire du Conseil Constitutionnel le garant de l'État de droit, cette fonction étant traditionnellement dévolue en France au Conseil d'État, avec, évidemment, la limite que le Conseil d'État se connaît que des actes administratifs et non des actes législatifs. Il a simplement voulu en faire le gardien du Parlement. La III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> Républiques s'étant caractérisées par une certaine hypertrophie du pouvoir des chambres, l'objectif du nouveau régime institué en 1958 est de contrecarrer la toute puissance parlementaire et l'instauration du Conseil Constitutionnel est l'élément décisif de

cette stratégie. En d'autres termes, comme le note M. Luchaire (11) dont l'opinion fait ici autorité puisqu'il a été, au sein du groupe de travail chargé d'élaborer l'avant projet de constitution nouvelle (12), membre du sous-groupe chargé de préparer les articles de la Constitution relatifs au Conseil Constitutionnel,

«l'objectif des constituants de 1958 n'était nullement d'établir un contrôle général de la constitutionnalité des actes des pouvoirs publics; il n'était pas non plus de garantir les droits et libertés des citoyens; la création du Conseil s'explique par l'esprit général de la Constitution de 1958; celle-ci se proposait de renforcer l'Exécutif au détriment du Parlement...; il fallait donc instituer un mécanisme particulièrement efficace pour obliger le Parlement à rester dans le cadre de ses attributions».

C'est pourquoi, poursuit le même auteur, la plupart des attributions confiées au Conseil Constitutionnel visent à contraindre le Parlement même si, l'institution existant, quelques autres attributions, étrangères à cette finalité, ont pu lui être parallèlement confiées.

### 1. *Les attributions liées à la surveillance du Parlement*

C'est la Constitution qui définit, de façon plus parcimonieuse que par le passé, la place faite au Parlement dans les institutions nouvelles. Mais la Constitution ne peut tout régir dans le détail. Aussi laisse-t-elle, sur un certain nombre de questions — par exemple durée des pouvoirs de chaque assemblée, nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités — à des lois organiques le soin d'en compléter ou d'en développer les dispositions. Mais il ne s'agit pas que ces lois organiques puissent permettre de tourner les dispositions de la Constitution qu'elles sont censées appliquer. C'est pourquoi l'article 61, alinéa 1.<sup>er</sup>, de la Constitution dispose qu'elles doivent être soumises, avant leur promul-

---

(11) F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980, p. 19.

(12) On rappellera que cet avant projet, arrêté par le groupe de travail dont les délibérations sont — enfin — en cours de publication, a été ensuite amendé par un Conseil interministériel présidé par le Général De Gaulle, puis examiné par un Comité consultatif constitutionnel, dont les débats ont déjà été partiellement publiés, et par le Conseil d'État, avant d'être définitivement arrêté en Conseil des Ministres et soumis à référendum le 28 septembre 1958. Sur les modifications mineures qu'ont subies, tout au long de cette procédure, les dispositions relatives au Conseil Constitutionnel, on pourra se reporter utilement à F. LUCHAIRE, *op. cit.*, pp. 23-24.



gation, au Conseil Constitutionnel qui s'assure qu'elles sont bien conformes à la Constitution.

Les dispositions de la Constitution sont également développées par les règlements des assemblées parlementaires qui traduisent, en termes concrets, la place que la Constitution a entendu assurer au Parlement. Or si, traditionnellement, les règlements parlementaires devaient respecter la Constitution, rien n'était prévu pour contrôler l'effectivité de ce respect et, de fait, les assemblées ne manquaient pas, par le biais de leur règlement, de tourner un certain nombre de dispositions constitutionnelles. Pour éviter cela, l'article 61, alinéa 1.<sup>er</sup>, à l'instar du système prévu pour les lois organiques, soumet les règlements parlementaires, avant leur mise en application, au contrôle du Conseil Constitutionnel.

Par ailleurs, l'une des originalités de la Constitution est de délimiter un domaine normatif propre au gouvernement —le domaine réglementaire autonome— dans lequel le Parlement ne peut pénétrer sans l'accord du gouvernement. Afin de protéger ce pré carré gouvernemental des empiètements du Parlement, la Constitution prévoit plusieurs mécanismes. En premier lieu, en cours de procédure législative, le Conseil peut, à la demande du gouvernement, s'opposer à la discussion de toute proposition de loi ou amendement entrant dans le domaine réglementaire autonome (article 41). En second lieu, s'agissant des lois votées mais non encore promulguées, la procédure de l'article 61, alinéa 2, permet au Président de la République, au Premier Ministre, au Président de l'Assemblée nationale et au Président du Sénat et, depuis 1974, à 60 parlementaires de les déférer au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution et la majorité des auteurs a cru pendant longtemps que, saisi de la sorte, le Conseil annulerait les lois empiétant sur le domaine réglementaire autonome (13). En troisième lieu, une fois la loi votée et promulguée, si elle empiète sur le domaine gouvernemental, elle peut être délégalisée par le Conseil à la demande du gouvernement afin de permettre à ce dernier de la modifier par la voie réglementaire (article 37, alinéa 2).

Plus généralement, l'article 61, alinéa 2, précité permet aux autorités de saisine précédemment évoquées de demander au Conseil Constitutionnel de

---

(13) Mais le Conseil a condamné cette analyse dans sa décision 82-145 DC du 30 juillet 1982 (Sur cette décision, cf. notamment L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 5.<sup>e</sup> éd., Sirey, 1990, p. 539 et les références) en relevant que, si l'empiètement apparaît une fois la loi votée mais non encore promulguée, c'est que le gouvernement, en cours de procédure législative, n'a pas utilisé le mécanisme précédemment évoqué de l'article 41 de telle sorte qu'il a consenti à l'empiètement.

contrôler la conformité à la Constitution des lois votées mais non encore promulguées. Mais on considérait à l'origine que ce contrôle s'exercerait exclusivement par référence au dispositif articulé de la Constitution et non par rapport au préambule qui, rappelons-le, était déjà exclu de la compétence du Comité Constitutionnel sous l'empire de la Constitution de 1946. C'est ainsi que, lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, à M. Dejean qui lui demandait si le préambule de la Constitution avait valeur constitutionnelle, le commissaire du gouvernement devant le Comité consultatif constitutionnel, R. Janot, avait répondu « certainement non » (14). Dès lors, dans la mesure où le dispositif articulé de la Constitution ne contient, en matière d'exercice du pouvoir législatif, que peu de dispositions de fond, ces dernières figurant essentiellement dans le préambule, mais surtout des dispositions relatives au domaine de la loi et à la procédure législative, l'article 61, alinéa 2, paraissait être un mécanisme jouant exclusivement contre le Parlement, cantonnant le législateur dans son domaine (15), le forçant à respecter les règles contraignantes de la procédure législative « rationalisée » par la Constitution nouvelle mais ne protégeant guère les libertés publiques des citoyens proclamées par le préambule (16).

Enfin, eu égard aux excès commis par les assemblées sous les régimes précédents lors de la procédure de « vérification des pouvoirs » des parlementaires nouvellement élus où l'on a vu des majorités « invalider » des parlementaires dans des conditions pour le moins discutables, le contrôle des élections législatives est enlevé aux assemblées pour être confié au Conseil (article 59 de la Constitution) qui, par ailleurs, prononce la déchéance du parlementaire lorsqu'apparaît un cas d'inéligibilité (article 8 de l'ordonnance n.º 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires) ou sa démission d'office lorsque le parlementaire conserve une fonction incompatible avec son mandat (article 20 de la même ordonnance).

---

(14) Débats et avis du Comité consultatif constitutionnel, compte rendu publié par la Documentation française, 1960, page 101. Pour une relativisation, par son auteur, de la portée de cette affirmation, cf. l'intervention de R. JANOT in *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 211-212.

(15) Analyse contredite par la décision précitée du 30 juillet 1982 (supra note 13).

(16) Analyse contredite par la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 qui, contrairement à l'affirmation de M. Janot, accorde pleine valeur constitutionnelle au préambule. Sur cette décision, cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, p. 231 et les références.

## 2. *Les autres attributions*

C'est pour remplir les missions précédemment évoquées, toutes tournées vers la surveillance du Parlement, qu'a été créé le Conseil Constitutionnel. Mais une fois l'institution mise sur pied à cette fin, d'autres attributions, étrangères au contrôle du Parlement, lui ont été confiées. On les mentionnera pour mémoire.

En premier lieu, puisque le Conseil avait compétence pour le contrôle des élections législatives, lui ont été confiés également le contrôle des élections présidentielles (article 58) et celui des votations référendaires (article 60).

En second lieu, le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre Assemblée est chargé de confronter les engagements internationaux à la Constitution et, s'il déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution (article 54).

En troisième lieu, il constate l'empêchement du Président de la République à exercer ses fonctions (article 7).

En dernier lieu, il donne un avis sur l'exercice par le Président de la République des pouvoirs exceptionnels que lui confie l'article 16 de la Constitution.

Bien évidemment, la doctrine s'est surtout polarisée, non sur cette seconde série d'attributions, mais sur les attributions liées à la surveillance du Parlement. Y voyant un assaut en règle contre la souveraineté des Assemblées législatives, elle a analysé, et avec elle la classe politique, le Conseil Constitutionnel, non comme une juridiction, mais comme un organe de nature politique.

### B) *La doctrine a vu dans le Conseil Constitutionnel un organe de nature politique*

Les premiers commentateurs de la Constitution de 1958 ont bien vu que le constituant avait essentiellement conçu le Conseil Constitutionnel comme une arme tournée contre le Parlement. De cette fonction politique assignée au Conseil, ils en ont déduit logiquement qu'il s'agissait d'un organe politique. Apparaît alors en doctrine une distinction qui aura la vie dure, celle qui oppose le contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par un organe politique, et dont le Conseil Constitutionnel constitue une illustration exemplaire, au contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par un organe juri-

dictionnel du type Cour Suprême des États-Unis, Cour Constitutionnelle italienne ou allemande ou encore Tribunal Constitucionnel espagnol (17). Le Conseil Constitutionnel se trouve alors classé dans la même catégorie que le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII (18) ou que le Conseil de la révolution prévu par le texte originel de la Constitution portugaise de 1976 (19). Cette analyse se trouve confortée et par la composition du Conseil qui paraît exclusivement politique et par le fait que le Conseil exerce un contrôle a priori de la constitutionnalité des lois, technique qui est considérée comme correspondant à un contrôle politique.

### 1. *Le caractère politique de la composition du Conseil Constitutionnel*

Aux termes de l'article 58 de la Constitution, trois des neuf membres du Conseil Constitutionnel sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée Nationale et trois par le président du Sénat. Par ailleurs, en sus de ces neuf membres, font de droit partie à vie du Conseil Constitutionnel les anciens présidents de la République.

La doctrine a beaucoup glosé sur ces règles de nomination. On a en particulier relevé que les neuf membres procédaient exclusivement d'organes politiques et que, par exemple, sur les neuf membres nommés en 1959, cinq avaient appartenus ou appartenaient à l'ancien RPF ou à l'UNR, c'est-à-dire à des partis gaullistes, ce qui pouvait faire douter de l'impartialité du Conseil d'autant plus que les membres nommés étaient loin d'être tous des juristes puisqu'il y avait parmi eux un directeur de banque, un ancien directeur d'entreprises privées et un médecin (20).

### 2. *Le caractère politique de la technique du contrôle a priori*

En matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, réserve faite de la technique de la délégation prévue par l'article 37, alinéa 2, qui correspond effectivement à un mécanisme de contrôle a posteriori mais qui ne

---

(17) On trouvera une présentation particulièrement systématique de cette distinction in G. BURDEAU, *Traité de science politique*, tome IV, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1969, p. 371 et sq. Voir également M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, 1966, p. 225; A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Éditions Montchrestien, 1967, p. 283.

(18) G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 374.

(19) S. DOMÍNGUEZ MARTÍN, «El Tribunal Constitucional español y su entorno europeo», in *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, p. 838.

(20) M. DUVERGER, *op. cit.*, p. 653.

concerne que les lois intervenant dans le domaine réglementaire autonome, le système français est un système de contrôle a priori: tant les lois organiques que les lois ordinaires ne peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel sur le fondement de l'article 61 qu'avant leur promulgation; une fois la loi promulguée, elle devient incontestable (21).

Il s'agit là d'une singularité critiquée du système français. En effet, si le contrôle a priori de la constitutionnalité des traités internationaux est assez fréquent en droit comparé et n'est généralement pas contesté par la doctrine (le caractère «contractuel» des traités justifiant le caractère a priori du contrôle qui pose moins de problèmes, du point de vue des relations internationales, qu'un contrôle a posteriori), il n'en va pas de même du contrôle a priori de la constitutionnalité des lois. D'une part, cette technique est très rare en droit comparé: depuis que l'Espagne a abandonné, en 1985 (22), le contrôle a priori des lois organiques mis en place par la Loi Organique 2/1979, du 3 octobre, relative au Tribunal Constitutionnel, il n'y a guère qu'au Portugal et en Italie qu'on trouve une telle technique et encore se différencie-t-elle, dans ce dernier pays, du système français sur deux points: elle ne concerne que les lois des régions qui portent atteinte aux compétences de l'État alors que, dans le système français, le contrôle a priori concerne toutes les lois (23); elle se cumule avec un contrôle abstrait a posteriori des lois de l'État qui portent atteinte aux compétences des régions et surtout avec un contrôle concret —forcément a posteriori —qui concerne toutes les lois et qui constitue l'essentiel de l'activité de la Cour Constitutionnelle italienne alors que, dans le système français, c'est le contrôle a priori qui constitue l'essentiel de l'activité du Conseil Constitutionnel. D'autre part, le contrôle a priori de la constitutionnalité des lois est généralement considéré comme présentant, non un caractère juridictionnel comme le contrôle a posteriori, mais un caractère politique.

L'analyse de G. Burdeau est typique à cet égard (24). Il part de l'idée que,

«pour obliger le législateur à rester dans les limites de sa compétence aussi bien formelle que matérielle, plusieurs moyens sont concevables. L'un consiste à surveiller préventivement l'activité législa-

(21) Réserve faite du mécanisme de l'article 37, alinéa 2.

(22) Loi Organique 4/1985, du 7 juin, *BOE* núm. 137, du 8 juin 1985, p. 17285. Sur cette suppression, cf. P. BON et F. MODERNE, chronique «Espagne», in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1985), *Economica*, p. 350.

(23) De l'État puisque, en France, les éléments composants de l'État sont dépourvus du pouvoir législatif.

(24) G. BURDEAU, *op. cit.*, pp. 272-373.

tive et à paralyser au départ les mesures qui paraissent entachées d'inconstitutionnalité. L'autre réside dans un contrôle a posteriori, exercé par les juges, qui s'applique à la loi déjà formée. Logiquement, selon l'adage qu'il vaut mieux prévenir que guérir, le premier procédé semble le meilleur, car il est préférable d'empêcher que sortent des lois inconstitutionnelles plutôt que de tenter plus tard de les invalider lorsqu'elles sont émises. Seulement, qui exercera cette surveillance du législateur, qui délivrera le bon pour le service juridique à la loi en gestation? Ce ne peut être, évidemment, qu'un organe politique, puisqu'il s'agit, en somme, de participer, fut-ce passivement, à l'élaboration de la loi. Et, du coup, toute la vertu du procédé s'effondre, car on remet le soin de corriger les effets des passions politiques à un organe qui n'en est pas exempt, étant lui-même politique».

C'est l'affirmation —plus que la démonstration— que le contrôle a priori ne peut être exercé que par un organe politique.

On a pu d'ailleurs retrouver une argumentation du même type lors des débats parlementaires qui ont conduit en Espagne à la suppression du contrôle a priori. C'est ainsi qu'un parlementaire (25), après avoir rappelé que le processus législatif s'achevait par l'intervention du Roi qui sanctionne la loi, la promulgue et en ordonne la publication, affirme que le contrôle a priori de la constitutionnalité des lois fait participer la juridiction constitutionnelle au processus législatif. Elle est intégrée dans le processus de production normative. Au lieu d'être le législateur négatif décrit par Kelsen (26), elle devient législateur positif ou colégislateur. De là découlent deux conséquences. D'une part, la participation de la juridiction constitutionnelle à la confection de la loi limite la souveraineté du Parlement qui perd ainsi la plénitude et l'exclusivité du pouvoir législatif. D'autre part, cette participation transforme la juridiction constitutionnelle elle-même en troisième chambre politique; le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est plus un contrôle juridictionnel mais un contrôle politique; le Tribunal Constitutionnel n'est plus une juridiction mais se trouve politisé. On aboutit ainsi au déséquilibre et à la confusion des pouvoirs.

Au total, créé par le constituant à la seule fin de surveiller le Parlement, composé de façon exclusivement politique et exerçant un contrôle a priori qui est considéré comme la marque des institutions politiques, le Conseil

---

(25) SÁENZ DE COSCULLUELA, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 128, 1984, pp. 5872-5873.

(26) H. KELSEN, *art. cit.*, p. 224.

Constitutionnel a bel et bien été analysé pendant longtemps comme un organe politique situé aux antipodes du modèle européen des juridictions constitutionnelles.

Cette analyse, vraisemblablement exacte au moment de la mise en place de l'institution, semble aujourd'hui totalement erronée alors que le Conseil Constitutionnel a fêté son trentième anniversaire: la modification du droit qui le régit, l'évolution de sa jurisprudence, la meilleure connaissance de l'institution grâce à quelques auteurs particulièrement lucides qui n'ont pas craint de prendre le contre-pied d'analyses qui paraissaient définitivement établies, l'évolution du contexte politique, l'analyse du Conseil dans la perspective du droit comparé, tout ceci doit conduire à voir maintenant dans le Conseil Constitutionnel un élément, certes perfectible, mais un élément quand même, du modèle des Cours Constitutionnelles européennes.

## II. LA VISION CONTEMPORAINE: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, UN ELEMENT PERFECTIBLE DU MODELE DES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES

Le Conseil Constitutionnel appartient sans conteste à la famille des Cours Constitutionnelles européennes, ce qui n'exclut pas qu'il soit partiellement réformé afin de mieux se rapprocher du modèle.

### A) *Le Conseil Constitutionnel appartient sans conteste à la famille des Cours Constitutionnelles européennes*

Trois points doivent être soulignés à ce propos: la considérable diversification du rôle du Conseil Constitutionnel qui tient maintenant dans le système juridique et politique national une place identique à celle occupée dans leur pays par les autres juridictions constitutionnelles européennes; le caractère moins singulier que l'on a pu le croire de la composition du Conseil; le fait que la technique du contrôle a priori ne mérite pas l'opprobre dont elle est couverte.

#### 1. *Un rôle qui s'est considérablement diversifié*

Nous avons vu que, à l'origine, le Conseil avait été exclusivement conçu pour surveiller le Parlement. Mais il n'en est pas resté là.

Tout d'abord, si certaines décisions ont pour résultat de cantonner le Parlement dans le rôle —plus limité que par le passé— que lui a assigné le

constituant, le Conseil veille soigneusement à ce qu'il tienne au moins ce rôle: par exemple, chaque fois que la Constitution charge le législateur de définir les règles dans une matière donnée, le Conseil veille à ce que ce dernier pose au moins les règles directrices et ne les abandonne pas à la compétence discrétionnaire du gouvernement, sinon il y aurait incompétence négative du législateur entraînant l'annulation de la disposition incriminée comme par exemple dans la décision 67-31 DC du 26 janvier 1967 (27). Ce faisant, le Conseil ne restreint pas la compétence parlementaire mais, à l'inverse, la défend, à l'instar de ce que font les autres Cours Constitutionnelles européennes (28).

Par ailleurs, la reconnaissance, par la décision précitée du 16 juillet 1971, d'une pleine valeur constitutionnelle aux dispositions du préambule a radicalement changé les perspectives du contrôle de la constitutionnalité. Comme on l'a déjà indiqué plus haut, le dispositif articulé de la Constitution ne contient, en matière d'exercice du pouvoir législatif, que peu de dispositions de fond, ces dernières figurant essentiellement dans le préambule, mais surtout des dispositions relatives au domaine de la loi et à la procédure législative. Dès lors, tant que le contrôle de la constitutionnalité des lois était effectué exclusivement par rapport aux articles de la Constitution, on pouvait effectivement avoir souvent le sentiment qu'il avait pour seule mission de cantonner le législateur dans son domaine (29) et de le forcer à respecter les règles contraignantes de la procédure législative «rationalisée» par la Constitution nouvelle. En un mot, le contrôle paraissait avoir essentiellement pour fonction, non de protéger les libertés publiques proclamées par le préambule, mais de contraindre le Parlement. Avec la décision du 16 juillet 1971 et l'abondante jurisprudence qui l'a suivie, la protection des libertés publiques apparaît au premier rang des fonctions du contrôle de la constitutionnalité des lois, comme c'était le cas depuis longtemps pour les autres pays européens dotés d'une juridiction constitutionnelle. On passe ainsi, d'une certaine manière, d'un contrôle de la constitutionnalité exercé dans le seul intérêt des pouvoirs publics et en particulier de l'exécutif à un contrôle de la constitutionnalité exercé aussi dans l'intérêt des citoyens.

Certes, on aurait pu craindre que cette nouvelle dimension du contrôle de la constitutionnalité des lois ne se heurte aux conditions restrictives de saisine du Conseil Constitutionnel. On a vu en effet que, dans le texte initial

---

(27) Sur cette décision et, en particulier, sur la théorie de l'incompétence négative, cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, pp. 182, spécialement pp. 194-195.

(28) Cf., par exemple, pour la Cour Constitutionnelle autrichienne, L. FAVOREU, *Les Cours Constitutionnelles*, précité, p. 46.

(29) Analyse contredite par la décision précitée du 30 juillet 1982.



de la Constitution de 1958, les lois ordinaires n'étaient déférées au contrôle du Conseil Constitutionnel que sur saisine du Président de la République, du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée Nationale et du Président du Sénat, ceci à la différence des lois organiques soumises à un contrôle automatique. Or, l'une des caractéristiques de la vie politique de la V<sup>ème</sup> République a été souvent une très large identité politique de vues entre le Chef de l'État, le Chef du Gouvernement et le Président de la Chambre basse, seul le Président de la Chambre haute étant parfois en marge de cette symbiose politique. Or, à la suite des élections présidentielles de mai 1974, la majorité sénatoriale rejoint clairement la majorité présidentielle, la majorité gouvernementale et la majorité de la Chambre basse. Dès lors, on peut redouter que les saisines du Conseil se raréfient et que soit affaibli de ce fait l'impact de la nouvelle dimension du contrôle de la constitutionnalité des lois. Mais, quelques semaines plus tard, une réforme de l'article 61 de la Constitution opérée le 29 octobre 1974 ouvre également le droit de saisine à 60 députés ou à 60 sénateurs c'est-à-dire, éventuellement, à l'opposition (30). La protection des libertés publiques s'en trouve mieux assurée de même que les droits de la minorité parlementaire car il ne faut pas oublier que, dès 1928, Kelsen écrivait que «la justice constitutionnelle... doit nécessairement servir, dans les démocraties parlementaires, à la protection des minorités» (31).

Ainsi, de la surveillance du Parlement, le Conseil est passé progressivement à la protection de la compétence du Parlement fusse contre lui même, à la défense des libertés publiques et à la garantie des droits de la minorité, missions traditionnelles des Cours Constitutionnelles européennes. Mais, au surplus, un autre phénomène, sensible également dans les autres pays, doit être également noté. C'est l'influence du Conseil Constitutionnel sur les différentes branches du droit (32). Sur le droit constitutionnel tout d'abord qui se «rejuridicise». Il n'est plus «un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit» (33). C'est le «droit de la Constitution, une Constitution dont

(30) A noter que le système français, tout comme le système espagnol, est, sur ce point, beaucoup plus favorable à l'opposition que le système autrichien ou allemand dans lequel la saisine n'est ouverte qu'au tiers des membres du Conseil national ou du Bundestag.

(31) H. KELSEN, *art. cit.*, p. 247. Voir également p. 253.

(32) Sur ce phénomène, voir notamment L. FAVOREU, «L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public», in *Pouvoirs*, núm. 13, 1980, p. 17; L. FAVOREU, «L'influence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit», in *Itinéraires-Études en l'honneur de L. Hamon*, Economica, 1982, p. 235.

(33) L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, PUF, 1978, p. 120 (Que sais-je?, n.º 1724).

les articles reçoivent interprétation et application de la part du juge constitutionnel» (34), une Constitution qui, effectivement, devient, dans la pyramide des normes juridiques, le texte suprême. Mais aussi sur les autres branches du droit public voire sur le droit privé qui voient s'affermir leurs dimensions constitutionnelles. Apparaissent alors par exemple un droit constitutionnel local ou un droit constitutionnel pénal. Il s'agit là d'une véritable révolution juridique qui s'est déjà largement manifestée en Europe et qui, depuis quelques années, gagne la France.

Au total, la diversification du rôle du Conseil Constitutionnel est considérable et l'amène à remplir des fonctions comparables à celles exercées par les autres juridictions constitutionnelles. C'est là un premier indice du fait qu'il appartient maintenant à la famille des Cours Constitutionnelles européennes. Mais ce n'est pas le seul.

## 2. *Une composition qui n'est pas si singulière que cela*

On se souvient des critiques faites à la composition du Conseil Constitutionnel, une institution politique parce que composée de membres procédant d'organes politiques et tournant de ce fait le dos aux véritables juridictions constitutionnelles.

La portée de cette critique doit cependant être relativisée à la lumière, justement, du droit comparé. La désignation par des organes politiques est en effet le système largement dominant en Europe: les quatorze membres de la Cour Constitutionnelle autrichienne sont tous désignés par des organes politiques (8 par le Gouvernement Fédéral, 3 par le Conseil National et 3 par le Conseil Fédéral); il en va de même des seize membres de la Cour Constitutionnelle allemande (8 sont désignés par le Bundestag et 8 par le Bundesrat); en Espagne, dix des douze membres du Tribunal Constitutionnel procèdent d'organes politiques (4 sont désignés par le Congrès des Députés, 4 par le Sénat et 2 par le Gouvernement) tandis que les deux membres restants sont désignés par le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire qui n'est pas loin d'être un organe politique, surtout depuis la modification de la composition opérée en 1985; enfin, en Italie, dix des quinze membres sont nommés par le pouvoir politique (5 par le Président de la République, 5 par le Parlement) alors que le tiers restant procède du pouvoir judiciaire (3 membres sont désignés par la Cour de Cassation, 1 par le Conseil d'État et 1 par la Cour des Comptes).

Au surplus, ce mode de désignation par des organes politiques n'est pas dépourvu de justifications. Statuant sur des questions directement ou indi-

(34) L. FAVOREU, art. cit. in *Pouvoirs*, p. 23.

rectement politiques, les Cours Constitutionnelles ne peuvent être composées comme n'importe quelle juridiction. Mettant en cause la volonté du législateur, elles doivent bénéficier d'une légitimité démocratique. C'est pourquoi Kelsen se demandait, dès 1928, si l'on ne pouvait pas combiner en la matière la nomination par le Parlement et la nomination par l'exécutif (35).

Dans ces conditions, les critiques faites à la composition du Conseil Constitutionnel doivent être, nous semble-t-il, sérieusement atténuées puisque cette composition s'apparente au droit commun européen.

Un problème demeure cependant. A raison de la symbiose politique précédemment évoquée qui a pu exister entre le Président de la République, le Président de l'Assemblée Nationale voire le Président du Sénat, c'est-à-dire entre les trois autorités de nomination, il a pu arriver que siègent au Conseil des membres procédant tous d'autorités appartenant plus ou moins à la même tendance politique. D'où un Conseil Constitutionnel paraissant largement monocolore alors qu'il devrait refléter le caractère pluraliste de la société, même s'il est simpliste de qualifier politiquement les membres d'une juridiction constitutionnelle en fonction de la coloration politique des autorités qui les y ont nommés et, surtout, d'estimer qu'ils soutiendront aveuglément, au sein de la juridiction, la ligne politique de leur parrain. Les cours ont certes à résoudre des conflits politiques mais elles doivent le faire selon la méthode juridique, c'est-à-dire avec l'aide du raisonnement juridique qui a ses exigences autonomes, ce qui permet à Stern (36), ainsi que le rappelle le professeur García de Enterría dans son remarquable essai sur la justice constitutionnelle (37), d'écrire que juger dans un domaine politique, ce n'est pas juger politiquement c'est-à-dire en suivant la méthode politique, cela demeure juger en suivant la méthode juridique de résolution des conflits. Quoiqu'il en soit, l'alternance politique qu'a connue la France en 1981 et les nominations auxquelles ont été amené à procéder en 1983, en 1986 et en 1989 un Président de la République et un Président de l'Assemblée Nationale de gauche ont eu pour conséquence que le Conseil Constitutionnel comprend maintenant quatre membres nommés par des autorités de droite et cinq par des autorités de gauche. Et, conséquence ou coïncidence, la légitimité de l'institution au sein de la classe politique paraît, en dépit d'inévitables péripéties, maintenant mieux assurée (38). Mais ce que les aléas

(35) H. KELSEN, *art. cit.*, p. 227.

(36) K. STERN, *Das Staatsrecht*, II, p. 958.

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 178.

(38) Cf. sur ce point le colloque organisé à l'Assemblée Nationale le 13 mars 1987 par l'Association française des constitutionnalistes (*Le Conseil constitutionnel et les*

de la vie politique française a permis —la composition pluraliste du Conseil—, le droit devrait, comme on le verra plus loin, l'institutionnaliser.

3. *Une technique de contrôle qui ne mérite pas l'opprobe dont elle est couverte*

La technique française de contrôle de la constitutionnalité des lois est certes principalement une technique de contrôle a priori alors que la plupart des Cours Constitutionnelles européennes exercent un contrôle a posteriori. Ceci dit, nous avouons ne pas comprendre pourquoi l'organe qui assure le contrôle a priori serait inéluctablement un organe politique tandis que le contrôle a posteriori impliquerait la nature juridictionnelle de l'institution qui l'assure. C'est là en réalité une simple affirmation qui n'est pas véritablement démontrée.

Certes, statuant alors que les clameurs du débat parlementaire ne se sont pas encore tues (39), le juge constitutionnel intervient sur le terrain encore brûlant des passions politiques. Mais ceci ne l'empêche pas forcément de statuer d'un point de vue strictement juridictionnel.

Au surplus, le contrôle a priori n'est pas sans présenter un avantage essentiel dans l'hypothèse où le juge conclurait à l'inconstitutionnalité d'une loi: la loi n'est pas encore entrée en vigueur de sorte que l'inconstitutionnalité commise est demeurée sans effet et que ne se posent pas les problèmes délicats que soulèvent les déclarations d'inconstitutionnalité des lois déjà appliquées.

En définitive, le contrôle a priori est loin de mériter l'opprobe dont il est parfois couvert même s'il peut paraître opportun de le combiner avec des techniques de contrôle a posteriori. Mais c'est là aborder la question de la réforme du Conseil Constitutionnel, réforme nécessaire si l'on veut qu'il se rapproche encore plus de l'idéal type des Cours Constitutionnelles européennes.

---

*partis politiques*, Economica et PUAM, 1987) où tous les représentants des groupes parlementaire siégeant à l'Assemblée ont, à l'exception de celui du parti communiste, affirmé leur adhésion au Conseil Constitutionnel.

(39) La logique du contrôle a priori implique en effet que le juge constitutionnel statue rapidement —par exemple, en France, dans un délai d'un mois ramené à huit jours si le Gouvernement a déclaré l'urgence. Si tel n'est pas le cas, l'entrée en vigueur des lois votées par le Parlement est paralysée, ce que sa majorité ne peut admettre comme l'a montré l'expérience espagnole du contrôle a priori de la constitutionnalité des lois organiques abandonnée, comme on l'a déjà indiqué, en 1985.

B) *Le Conseil Constitutionnel peut être partiellement réformé pour se rapprocher davantage de l'idéal type des Cours Constitutionnelles européennes*

Trois séries de réforme concernant successivement la composition, la procédure et les compétences sont envisageables.

1. *Les réformes concernant la composition du Conseil Constitutionnel*

Les membres du Conseil Constitutionnel sont nommés, on l'a dit, par des autorités politiques. Cette caractéristique a été contestée. Pourtant, elle correspond largement au droit commun européen et n'est pas dépourvue de justifications. Il y a cependant, nous semble-t-il, un défaut dans le système français qui provient de ce que l'intervention d'autorités politiques dans le processus de désignation —intervention difficilement contournable— ne garantit pas forcément le pluralisme de l'institution, phénomène difficilement admissible. On a en effet évoqué plus haut la symbiose politique qui a pu exister entre le Chef de l'État, le Président de l'Assemblée Nationale voire le Président du Sénat de telle sorte que les membres nommés au Conseil pouvaient paraître provenir d'un seul horizon politique. Certes, l'alternance survenue en 1981 au sommet de l'État a, en fait, introduit le pluralisme au sein du Conseil (encore qu'il faille répéter qu'il est exagérément simplificateur d'établir une corrélation totale entre la coloration politique de l'autorité de nomination et le comportement au Conseil du membre qu'elle y a nommé). Mais cela ne résulte que des aléas de la vie politique et il revient au droit d'en garantir la permanence. C'est pourquoi, tout en maintenant la nomination de membres par le Président de la République, il convient de remplacer les membres nommés par le Président de l'Assemblée Nationale et les membres nommés par le Président du Sénat par des membres nommés par leur assemblée respective à la majorité qualifiée des 2/3 ou des 3/5 ainsi que cela se passe en Italie, en Allemagne ou en Espagne. La nomination par le président d'une Assemblée est en effet une nomination par le représentant de la force ou des forces politiques qui la domine. À l'inverse, la nomination par l'Assemblée plénière à une majorité qualifiée implique, sinon la désignation de personnes réalisant un miraculeux consensus entre la majorité et l'opposition —c'est la lecture idéaliste de l'exigence de majorité qualifiée—, du moins un partage des sièges à pourvoir entre la majorité et l'opposition au prorata de leur importance respective —c'est la lecture réaliste de l'exigence de majorité qualifiée—. Bien évidemment, cela impliquerait vraisemblablement que le Conseil ne soit pas renouvelé comme il l'est actuellement,

c'est-à-dire par la nomination, tous les trois ans, d'un membre par le Président de la République, d'un membre par le Président de l'Assemblée Nationale et d'un membre par le Président du Sénat. La nomination par les chambres à une majorité qualifiée semble en effet postuler — si la lecture réaliste précédemment évoquée est la bonne — qu'elles aient, à chaque fois, plusieurs sièges à pourvoir afin qu'ils puissent être répartis entre majorité et opposition. Plusieurs systèmes sont concevables n'impliquant pas ou impliquant une augmentation du nombre des membres du Conseil Constitutionnel, par exemple renouvellement série par série: renouvellement de la série des membres nommés par l'Assemblée Nationale, renouvellement de la série des membres nommés par le Sénat...

Par ailleurs, il est peut être opportun d'adjoindre aux membres nommés par des autorités politiques, non comme à l'heure actuelle les anciens Présidents de la République qui, surtout s'ils estiment avoir encore devant eux une carrière politique, peuvent se sentir gênés au sein du Conseil et gêner le Conseil lui-même (de telle sorte qu'il serait plus opportun de les nommer, comme cela a été proposé, sénateurs inamovibles), mais des représentants du pouvoir judiciaire à l'instar du système italien ou espagnol, par exemple un membre de la Cour de Cassation, un membre du Conseil d'État et un membre de la Cour des Comptes désignés par leurs pairs. Cela ne peut en effet que renforcer le caractère juridictionnel de l'institution si tant est que l'on ait des doutes à ce sujet.

Enfin, ces doutes ont pu être renforcés, dans le passé, par le fait que le Conseil Constitutionnel paraissait composé par des non-spécialistes. De fait, alors que le droit commun européen impose que les membres des juridictions constitutionnelles soient choisis parmi des juristes (40), conformément à la recommandation de Kelsen selon laquelle «il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place

---

(40) *Autriche*: Les quatorze membres de la Cour doivent tous avoir achevé des études de droit et de science politique et avoir occupé pendant au moins dix ans une situation professionnelle pour laquelle l'achèvement de ces études est exigée tandis que huit d'entre eux doivent, de plus, être choisis parmi les juges, les fonctionnaires de l'administration et les professeurs de droit de universités; *Italie*: Les juges de la Cour sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions ordinaires et administratives, les professeurs ordinaires de droit des universités et les avocats ayant vingt ans d'exercice; *Allemagne*: Les seize membres de la Cour doivent remplir les conditions posées par la loi pour être juge tandis que six d'entre eux doivent, de plus, être élus parmi les juges des Cours fédérales suprêmes; *Espagne*: Les membres du Tribunal Constitutionnel doivent être magistrats, professeurs d'université, fonctionnaires publics ou avocats ayant exercé ces professions pendant plus de quinze ans et dont la compétence juridique est reconnue.

adéquate aux juristes de profession» (41), le droit français ne pose aucune exigence en la matière, laissant ainsi une compétence discrétionnaire aux autorités de nomination. Cependant, la pratique a progressivement atténué les inconvénients nés de cette lacune puisque, à l'heure actuelle, il a parmi les neuf membres du Conseil trois professeurs de droit (42), un avocat général à la Cour de Cassation, deux avocats, un ancien avoué ayant présidé la commission des lois du Sénat et... un pharmacien, mais qui a exercé pendant plusieurs années les fonctions de Médiateur. Toutefois, cette pratique gagnerait, ici encore, à être institutionnalisée par le droit (43).

## 2. *Les réformes relatives à la procédure devant le Conseil*

La procédure devant les juridictions constitutionnelles européennes est généralement très juridictionnalisée: on parle de procès constitutionnel, ce procès se déroule entre parties, ces parties peuvent se faire représenter à l'instance par des avocats, le principe du contradictoire est pleinement assuré par la communication aux parties de toutes les pièces de la procédure auxquelles elles peuvent répondre en déposant des observations, il peut y avoir des audiences publiques...

À l'inverse, les règles de procédure devant le Conseil Constitutionnel sont très largement embryonnaires (44): les lettres de saisine ne sont publiées au *Journal Officiel* que depuis 1983, la désignation par les auteurs de la saisine d'un avocat pour les représenter est inutile car le Conseil, ainsi qu'on l'a vu il y a quelques années, n'en reconnaît pas l'existence, les audiences ne sont pas publiques et, surtout, il n'y a pas véritablement de procédure contradictoire. Certes, le secrétariat général du gouvernement rédige généralement un mémoire en réponse aux griefs développés dans la lettre de saisine mais il est à l'usage du Conseil et n'est pas forcément communiqué aux auteurs de

(41) H. Kelsen, *art. cit.*, p. 227.

(42) Record français mais non record européen, loin s'en faut, puisque, par exemple, le Tribunal Constitutionnel espagnol renouvelé en 1989 comprend neuf professeurs de droit sur douze membres.

(43) Tout comme le droit pourrait renforcer le régime des incompatibilités applicables aux membres du Conseil Constitutionnel: la Constitution et la loi organique relative au Conseil disposent simplement que les fonctions de membre du Conseil sont incompatibles avec celles de membre du gouvernement, du Parlement et du Conseil économique et social de telle sorte que, comme le remarque F. LUCHAIRE (*op. cit.*, p. 69), elles «ne sont pas nécessairement à plein temps». À l'inverse, le droit commun européen prévoit un régime d'incompatibilité beaucoup plus sévère, prohibant le plus souvent l'exercice de toute autre activité professionnelle, et dont la France pourrait gagner à s'inspirer.

(44) Sauf en matière de contentieux des élections législatives.

la saisine. Certes, la lettre de saisine peut être suivie d'un «mémoire ampliatif» et il est arrivé que, par exemple, un groupe parlementaire ayant particulièrement soutenu une loi déferée au Conseil lui fasse parvenir un «mémoire en défense» répondant aux arguments contenus dans la lettre de saisine mais, là encore, il s'agit de mémoires qui ne sont destinés qu'au Conseil, et tout particulièrement au rapporteur désigné (par le président) dans l'affaire (45), et qui ne donnent lieu en principe à aucune communication. Il est vrai que le principe du contradictoire est un facteur important de ralentissement du déroulement des procédures juridictionnelles et que sa pleine application en contentieux constitutionnel français est difficilement concevable compte tenu du fait que le Conseil doit statuer dans un délai d'un mois maximum réduit à une semaine si le gouvernement a déclaré l'urgence (46).

Toutefois, une réflexion sur l'accentuation du caractère juridictionnel de la procédure devant le Conseil devrait être menée, portant notamment, non seulement sur le principe du contradictoire, mais aussi sur les quatre questions suivantes (47): en premier lieu, est-il normal qu'une lettre de saisine puisse ne pas être motivée sans que cela n'entraîne l'irrecevabilité de la requête? En second lieu, est-il souhaitable que le Conseil Constitutionnel puisse ne pas répondre à tous les moyens développés dans la lettre de saisine? En troisième lieu, le Conseil Constitutionnel doit-il soulever d'office les moyens d'inconstitutionnalité non évoqués par les requérants ou doit-il disposer en la matière d'un pouvoir discrétionnaire? En dernier lieu, est-il légitime qu'il puisse soulever d'office, non seulement des moyens, mais aussi des conclusions?

### 3. *Les réformes relatives aux compétences du Conseil*

En théorie, une juridiction constitutionnelle peut être dotée de quatre séries de compétence (48): 1) le contentieux quasi pénal appelé encore contentieux de la défense de l'ordre constitutionnel intégrant par exemple la mise en accusation pour haute trahison du Président de la République, l'interdiction des partis politiques qui portent atteinte à l'ordre constitutionnel libéral

---

(45) Qui, d'ailleurs, contrairement à ce qui avait été envisagé en 1986, ne peut pas prendre l'attache du rapporteur de la commission qui, dans chaque assemblée, a été saisi au fond du texte de la loi déferée au Conseil. Cf. D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 1986, pp. 224-225.

(46) Article 61, alinéa 3, de la Constitution.

(47) Voir sur tous ces points, J. P. LEBRETON, «Les particularités de la juridiction constitutionnelle», in *RDP*, 1983, p. 419.

(48) Voir sur ce point la classification de J. C. BEGUIN in *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, *Economica*, 1982, pp. 34 et sq.



et démocratique, la révocation des magistrats qui contreviennent à l'ordre constitutionnel ou la déchéance de leurs droits fondamentaux des citoyens qui abusent de leur liberté pour lutter contre la démocratie et auquel on rajoute parfois, non sans un certain artifice, le contentieux électoral; 2) le contrôle des normes, et tout particulièrement des normes législatives, qu'il s'agisse d'un contrôle abstrait sur saisine d'autorités politiques ou d'un concret sur saisine d'un juge; 3) la protection des droits fondamentaux des individus, sur saisine de ces derniers, lorsqu'ils se trouvent lésés dans leurs droits par un acte de la puissance publique; 4) la résolution des conflits constitutionnels, qu'il s'agisse de conflits entre les organes constitutionnels centraux de l'État ou de conflits entre le centre et la périphérie, par exemple, dans un État fédéral, conflits entre l'État fédéral et les États fédérés, par exemple encore, dans un État doté d'une régionalisation politique, conflits entre l'État et les régions.

La Cour Constitutionnelle allemande dispose de l'intégralité de ces compétences. Il en va pratiquement de même de la Cour Constitutionnelle autrichienne. Le Tribunal Constitutionnel espagnol paraît un cran en arrière car il est dépourvu de toute compétence en matière de contentieux quasi pénal; mais, en sens inverse, dans le cadre par exemple du contrôle des normes, il contrôle, non seulement la conformité des lois de l'État et des lois régionales à la Constitution de l'État, ce que fait la Cour Constitutionnelle fédérale allemande à l'égard des lois fédérales et des lois des Länder, mais il contrôle également la conformité des lois régionales au statut de la région alors que, en Allemagne, le contrôle de la conformité des lois d'un Land à la Constitution du Land relève de la compétence de Tribunaux constitutionnels existants en principe dans chaque Land; il exerce donc un contrôle très intense sur le droit des Communautés autonomes, compétence au moins aussi importante que le contentieux quasi pénal exercé par la Cour Constitutionnelle allemande. Les compétences de la Cour Constitutionnelle italienne sont sans conteste beaucoup plus réduites: le contentieux quasi pénal est limité à la mise en jeu de la responsabilité du Président de la République, du Président du Conseil des Ministres et des ministres; le contrôle abstrait est limité au contrôle —a posteriori— des lois de l'État qui portent atteinte aux compétences des régions et au contrôle —a priori— des lois des régions qui portent atteinte aux compétences de l'État; il n'y a pas de protection des droits fondamentaux sur saisine des individus; en réalité, l'essentiel de l'activité de la Cour provient de la résolution des conflits constitutionnels et surtout de l'exercice du contrôle concret. Quant au Conseil Constitutionnel français, il semble être, du point de vue des compétences, la lanterne rouge des Cours Constitutionnelles européennes: le contentieux quasi pénal est limité au contrôle des votations;

le contrôle des normes est exclusivement un contrôle abstrait et encore est-il, dans l'ensemble, a priori; il n'y a pas de protection des droits fondamentaux sur saisine des individus ni de résolution des conflits constitutionnels.

Est-ce à dire qu'il faille radicalement étendre ses compétences? La réponse nous semble devoir être nuancée.

En premier lieu, les missions que peut assurer, dans les autres pays européens, la juridiction constitutionnelle en matière de contentieux quasi pénal sont assurées en France, conformément à la tradition, par d'autres institutions —Haute Cour de Justice pour la mise en jeu de la responsabilité du Président de la République pour haute trahison et de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, Conseil Supérieur de la Magistrature pour la discipline des magistrats, juge judiciaire pour la déchéance des citoyens de leurs droits fondamentaux... et l'on ne voit pas toujours très bien l'intérêt qu'il y aurait à confier au Conseil l'ensemble de ces missions.

En second lieu, s'agissant du contrôle abstrait des normes, il est certes a priori alors que le régime européen de droit commun est le contrôle a posteriori. Mais, là encore, on ne voit pas les raisons qui militent en faveur de l'adoption du contrôle a posteriori surtout si ce dernier est, comme en Espagne, enserré dans des délais très brefs —trois mois à partir de la publication de la loi. Bien au contraire, le contrôle a priori à la française, comme nous l'avons déjà indiqué, a deux avantages incontestables: son extrême rapidité puisque le litige est réglé en un mois maximum (49), et, surtout, son extraordinaire simplicité, l'annulation a posteriori par la juridiction constitutionnelle d'une loi qui est déjà entrée en vigueur posant des problèmes extrêmement complexes que ne pose pas l'annulation a priori d'une loi qui ne s'est pas encore appliquée.

En troisième lieu, dans la mesure où la décentralisation à la française est une décentralisation exclusivement administrative sans complexe répartition de compétences opérée par la Constitution entre l'État et ses éléments composants et sans attribution à ces derniers d'un pouvoir législatif, point n'est besoin d'un chef de compétence spécifique du Conseil Constitutionnel correspondant à la résolution des conflits de compétence entre le centre et la périphérie.

La protection, par le Conseil Constitutionnel, des droits fondamentaux des individus sur saisine de ces derniers ne nous paraît pas non plus une

---

(49) On peut souligner à ce propos une fois de plus que le contrôle a priori n'est tolérable que si le juge constitutionnel statue rapidement. Si le juge constitutionnel met plusieurs mois pour statuer, comme cela a été le cas en Espagne, cela offre aux autorités de saisine et en particulier à l'opposition le moyen de paralyser l'entrée en vigueur de lois votées par la majorité et cela condamne à terme la technique.

nécessité dans la mesure où ce rôle est, dans l'ensemble, assuré de façon tout à fait satisfaisante par le juge administratif et le juge judiciaire même si la «preferred position» (50) reconnue aux libertés publiques dans les États de droit contemporain peut justifier que, lorsque ces dernières sont en cause, soit ouverte une voie de droit supplémentaire et particulièrement solennelle, le recours à la juridiction constitutionnelle. Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la protection des libertés publiques par le juge ordinaire, qu'il soit administratif ou judiciaire, connaît en France une lacune. C'est lorsque joue la théorie de l'écran législatif: alors que, par exemple, le juge administratif n'hésite pas à annuler les actes administratifs contraires à la Constitution, il s'y refuse lorsqu'ils ont été pris en application d'une loi inconstitutionnelle mais qui n'a pas été annulée par le Conseil Constitutionnel (soit parce qu'elle est antérieure à la Constitution de 1958, soit parce que, bien que postérieure à la Constitution, le Conseil n'en a pas été saisi) car il estime que cela l'amènerait à contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui ne relève pas de sa compétence. Dans ces conditions, plutôt que de conclure à la légalité d'un acte pourtant inconstitutionnel, il devrait pouvoir poser au Conseil la question de la constitutionnalité de la loi en application de laquelle a été pris l'acte litigieux. Evidemment, cette introduction en France de la procédure du contrôle concret des normes risque d'aboutir à une considérable inflation des saisines de la juridiction constitutionnelle. Pour tenter de la limiter, deux règles peuvent, peut être, être posées: n'ouvrir la procédure de contrôle concret des normes qu'aux seuls juges ordinaires suprêmes; ne l'ouvrir que si les droits fondamentaux des citoyens sont en cause. Tel est le sens du projet de révision constitutionnelle déposé sur le bureau du Parlement au printemps 1990 mais qui a, semble-t-il, peu de chances d'être adopté compte tenu des désaccords existants en la matière entre la majorité et l'opposition.

Autre réforme opportune, attribuer au Conseil Constitutionnel la connaissance des recours contre un certain nombre d'actes qui, pour le moment, ne relèvent de la compétence d'aucun juge, ce qui n'est pas admissible dans un État de droit. C'est ainsi que certains décrets du Président de la République —décret de promulgation d'une loi, décret mettant en oeuvre les pouvoirs exceptionnels de l'article 16, décret soumettant à référendum un projet de loi, décret de dissolution... —sont considérés par le juge administratif comme des actes de gouvernement insusceptibles de tout contrôle de sa part. On peut comprendre son analyse: il s'agit d'actes radicalement distincts des actes administratifs qu'il est de sa compétence de juger. Ces actes entrent

---

(50) Sur ce concept fréquemment utilisé aux États-Unis, cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 145.

plutôt dans la compétence naturelle d'une juridiction constitutionnelle et il serait tout à fait logique que le Conseil Constitutionnel puisse en connaître. Le même raisonnement peut être développé à l'égard de ceux des actes parlementaires qui échappent à l'heure actuelle à tout contrôle, par exemple censure avec exclusion temporaire prononcée par le président d'une assemblée à l'égard d'un parlementaire qui s'est rendu coupable d'injures, provocations ou menaces envers le Président de la République, le Premier Ministre et les membres du Gouvernement, par exemple encore refus de levée d'immunité parlementaire préjudiciant aux droits d'un citoyen. Ici aussi, la compétence du Conseil Constitutionnel paraît logique, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres pays européens. Il faut donc que la règle de droit la fonde — car tout ceci ne peut évidemment résulter de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel lui-même.

C'est à ce prix et au prix des réformes précédemment évoquées que le Conseil Constitutionnel tendra vers l'idéal type des Cours Constitutionnelles européennes. On peut trouver bien long le chemin à parcourir. Mais que dire, alors, du chemin qu'a déjà parcouru l'institution?