

Leçon 2 : Les formes de l'État et la Constitution

Table des matières

Objectifs	3
I - Les formes de l'État	4
A. L'État unitaire.....	4
1. Les modalités d'organisation administrative.....	6
B. Le régionalisme.....	8
1. Le régionalisme espagnol et italien.....	9
2. Quelques traits.....	9
C. L'État fédéral.....	10
1. Les principes du fédéralisme.....	10
II - Les règles d'établissement et la révision de la Constitution	13
A. Les caractères du pouvoir constituant originaire.....	14
1. Le pouvoir d'improvisation des constituants.....	14
2. Les restrictions exceptionnelles au pouvoir des constituants.....	14
B. Les modes d'exercice du pouvoir constituant originaire.....	15
1. Autoritaires.....	15
2. Démocratiques.....	15
C. La révision de la Constitution.....	16
1. Définition.....	16
2. Les différentes phases de la procédure (D. TURPIN).....	17
III - Le contrôle de la constitutionnalité	19
A. Le cadre général.....	19
B. Le modèle de justice constitutionnelle.....	20
1. Du contexte constitutionnel à l'arrêt Marbury v. Madison.....	20
2. Les éléments d'identification du modèle américain.....	21
3. Du modèle européen au conseil constitutionnel.....	23
4. Le conseil constitutionnel et la Question prioritaire de constitutionnalité - QPC -.....	27

Objectifs

Connaître les forme d'organisation de l'État et l'ensemble des textes juridiques définissant les institutions composantes de l'État et leurs relations.

Description : Présentation des types d'État, de la notion de Constitution et des mécanismes assurant sa primauté.

Durée de la leçon : 8 heures

Les formes de l'État



L'État unitaire	4
Le régionalisme	8
L'État fédéral	10

Un débat traverse la doctrine quant aux États régionalistes, certains les intègrent dans la catégorie des États simples, d'autres les consacrent comme une catégorie d'États à part entière entre l'État Unitaire et le fédéralisme.

Les Professeurs, Hamon et Troper écrivent : "Il importe d'éviter une confusion courante entre la forme d'organisation de l'État et la forme de son gouvernement. La forme de gouvernement est déterminée par le nombre des titulaires du pouvoir et la manière dont ils sont désignés. La forme d'organisation de l'État est la forme de l'ordre juridique de l'État, l'espace de validité territoriale de ses normes et la manière dont elles sont posées..."[1].

[1] *Droit constitutionnel, op. cit.*

A. L'État unitaire

L'État unitaire : c'est celui dans lequel les normes locales ne peuvent être créées qu'en application des normes nationales préalables. Il n'y a qu'un seul centre de pouvoir et c'est en définitive la même autorité nationale, qui établit directement les normes nationales et indirectement les normes locales. Les lois sont nationales et les normes locales ne peuvent être créées que si une loi nationale détermine les matières dans lesquelles elles peuvent intervenir. "Dans l'État unitaire, tous les citoyens sont soumis au même et unique pouvoir. Un parlement unique légifère pour l'ensemble des citoyens, ceux-ci sont soumis à l'autorité d'un seul Gouvernement et d'un droit identique où qu'ils habitent. Indivisibilité de la souveraineté.

La Chine, le Portugal, l'Algérie, la Thaïlande, la Pologne sont des États unitaires"[1]. Il existe toutefois des possibilités d'organisation administratives de l'État unitaire.

[1] *ARDANT et Mathieu, op. cit.*

1. Les modalités d'organisation administrative

Deux grandes techniques administratives se retrouvent dans l'État unitaire, souvent elles sont opposées.

a) La déconcentration

Dans les États unitaires du premier type, toutes les normes sont prises par des autorités nationales, dites aussi centrales.

Dans un État déconcentré, les normes locales sont prises, par délégation, par des agents nommés par les autorités centrales. Ces agents font partie d'une hiérarchie et sont soumis au contrôle de leurs supérieurs, de sorte que les sujets ne participent en rien à la création des normes. La déconcentration est donc non une forme de décentralisation, mais une forme de centralisation.

Selon la célèbre formule d'Odilon Barrot, la déconcentration, c'est toujours « *le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche* ». Elle consiste pour l'État à désigner localement des représentants, situés dans des circonscriptions, agissant en son nom et liés hiérarchiquement à ce dernier.

- La déconcentration et la nature du contrôle

Le pouvoir hiérarchique de l'État sur ses agents (il se pratique à l'intérieur d'une même personne) s'exerce de plein droit (CE 30 juin 1950, Quéralt). Il s'agit d'un pouvoir d'instruction, de réformation et d'annulation des actes de ses autorités locales.

Le Professeur M. Verpeaux[1] écrit : " La déconcentration désigne le transfert du pouvoir de décision, dans la hiérarchie (souligné par nous) d'une institution, de l'autorité centrale vers des autorités moins élevées (...) Si la notion intéresse surtout l'administration de l'État, rien n'interdit de l'appliquer aux collectivités territoriales ou aux établissements publics. D'un point de vue étymologique, le terme signifie que l'on s'éloigne du centre, ce qui correspond aussi à la définition, grammaticale mais non pas juridique, de la décentralisation". L'auteur précise "On parle de déconcentration lorsque, dans des circonscriptions territoriales, par définition plus petite que le territoire national, existent des autorités agissant au nom de l'État, liés à des autorités supérieures par un lien hiérarchique (souligné par nous) ; cela permet ainsi l'unité de l'institution et une redistribution géographique du pouvoir de décision sur l'ensemble du territoire, afin d'une part, de rapprocher l'action administrative des administrés et, d'autre part, d'enlever aux niveaux supérieurs de l'administration concernée des tâches qui sont accomplies au contact des réalités locales, dans le souci, réel ou supposé, d'avoir une administration plus rapide et plus efficace. Le préfet est le symbole de la déconcentration. Le recteur d'académie est un agent déconcentré du ministère de l'Éducation Nationale. Il en va de même pour le Procureur de la république, agent déconcentré du Ministère de la justice.

La déconcentration suppose obligatoirement des cadres territoriaux au sein desquels l'État désigne des représentants. Il existe des circonscriptions administratives de l'État que l'on peut qualifier de généralistes, et d'autres qui sont dites spécialisées, car elles ne correspondent qu'à une structure administrative". Ces circonscriptions ne disposent pas d'une personnalité juridique propre[2]. (...)

MM. Ferstenbert, Priet et Mme Quilichini écrivent " La loi ATR innove tout particulièrement en faisant de la déconcentration le principe du fonctionnement de l'administration de l'État (art.2 : « sont confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial. Les autres missions, et notamment celles qui intéressent les relations entre l'État et les collectivités territoriales, sont confiées aux services déconcentrés (...) ». On peut affirmer qu'aujourd'hui déconcentration et décentralisation s'épaulent mutuellement, dans la mesure où

un nombre important de politiques publiques exigent la collaboration du préfet et des collectivités territoriales : les contrats en matière d'aménagement du territoire (contrats de projet, contrats urbains de cohésion sociale, contrats de pays... (...)"[3]. A cet égard, il convient de souligner que la loi n°2022-217 du 21 février relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, dite « 3DS » réunit déconcentration et décentralisation dans l'intitulé de la loi (si la déconcentration bénéficie d'un titre spécifique – le titre VI – la décentralisation elle est évoquée transversalement – pas de titre comportant spécifiquement le vocable décentralisation -).

[1] « La déconcentration », in *Les collectivités territoriales*, coll. les notices, coordonné par Maryvonne BONNARD, la documentation française, Paris 2009, p. 33 et s.

[2] « La décentralisation postule que l'État reconnaisse en son sein l'existence de personnes publiques secondaires, investies d'une certaine autonomie et dotées à cette fin de compétences et de ressources. La notion de « déconcentration » n'envisage qu'une seule personne morale, l'État ; elle consiste à conférer des pouvoirs de décision à des agents de l'État implantés sur l'ensemble du territoire national. En France, l'autorité déconcentrée est traditionnellement incarnée dans le préfet, représentant de l'État au niveau de la région et du département » (J. FERSTENBERT, F. PRIET, P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, 2^e édition, Dalloz, 2016, p. 65).

[3] *Ibid.* p. 66-67

b) La décentralisation

La décentralisation constitue un des modes d'organisation administrative de l'État unitaire consistant à reconnaître des personnes publiques distinctes de l'État dotées de compétences propres, exercées en leur nom propre et sous le contrôle de l'État, contrôle du type de la tutelle. Sur ce dernier point, l'article 72 alinéa 6 de la Constitution de la Ve République dispose : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

Le terme décentralisation est apparu très longtemps comme un peu vague. Par ailleurs, jusqu'en mars 2003, la norme constitutionnelle n'en faisait nullement mention. Cependant, le processus décentralisateur est bel et bien antérieur[1]. Probablement par le poids du préfixe « dé », la décentralisation se conçoit essentiellement négativement et postule une donnée préalable de centralisation.

La formule du Doyen Hauriou, « la décentralisation est une manière d'être de l'État » établissait la liaison avec l'État, mais elle n'apportait pour autant pas de réponse précise. En effet, la centralisation était également ainsi qualifiée par l'auteur. Mais l'énoncé du Doyen de la faculté de droit de Toulouse s'avère éclairant.

Comme l'ont souligné certains membres de la doctrine ce propos signifie que « la décentralisation est voulue et organisée par l'État ». L'adjectif décentralisé désormais présent à l'article 1^{er} de la Constitution évoquant entre autres « une » République « indivisible », et au-delà de la phrase « son organisation est décentralisée » permet de dire qu'il s'agit d'une technique d'organisation administrative de l'État unitaire.

À dessein, le terme générique « personnes publiques distinctes de l'État » a été utilisé pour regrouper la décentralisation territoriale et fonctionnelle, ou encore par services.

[1] Médiatement, certains considèrent que la décentralisation débute en France en 1982 avec la loi du 2 mars 1982. Il s'agit en fait d'une relance du processus décentralisateur. A minima on peut citer deux grandes lois au 19^e siècle : la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux (« Le **conseil général** (aujourd'hui dénommé *conseil départemental*)¹ devient l'entité chargée de **gérer les affaires du département**². Il est aidé en cela par une commission départementale élue en son

1 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19623-le-conseil-departemental>

2 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19620-les-competences-des-departements-loi-notre-loi-maptam>

sein. Les réunions de la commission sont plus fréquentes que celles du conseil général. Le *préfet*³ détient la **fonction exécutive** et reste le véritable "patron" de l'administration départementale. Président du conseil général, il préside les séances. C'est la crainte de confier trop de pouvoirs à un élu départemental qui conduit à la mise en place de ce régime de semi-décentralisation qui va durer jusqu'en 1982 », <https://www.vie-publique.fr>⁴.

Et la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, encore appelée Grande Charte municipale, fait de la *commune*⁵ **une véritable collectivité décentralisée**. Le *conseil municipal*⁶, désormais, "règle par ses délibérations les affaires de la commune". Le conseil municipal est élu au suffrage universel et le maire est élu par le conseil municipal (sauf à Paris – il faudra attendre 1977 pour la première élection du maire de Paris au SUD). L'organisation de la commune, le fonctionnement de ses organes, fixés par cette loi, ne connaissent que très peu d'évolutions jusqu'à nos jours », *ibid.*

i La décentralisation territoriale :

La première concerne les collectivités territoriales, entités dotées d'une personnalité juridique, qui gèrent sur un territoire et au profit d'une population, des « affaires propres ».

ii La décentralisation par services :

La seconde s'attache à attribuer à des établissements publics, personnes morales de droit public également distinctes de l'État, la gestion de services publics. Durant de nombreuses décennies, les établissements publics étaient présentés comme disposant d'une compétence spéciale, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient agir que dans le champ des attributions déterminées par le texte les instituant. *A contrario*, selon certains auteurs, les collectivités territoriales, clause générale de compétence explicite, disposaient d'une compétence générale.

iii La nature du contrôle :

Sur ces entités décentralisées s'exerce un contrôle de tutelle, « conditionné » (qualificatif employé par le Doyen G. Vedel), résumé par le principe « pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes » (CE Sect. 17 mars 1972, Mme Figaroli, rec. 224) à différencier du contrôle hiérarchique, qui s'exerce de plein droit (CE 30, juin 1950, Quéralt, rec. 413).

B. Le régionalisme

Le degré le plus élevé de décentralisation est celui de l'État régional (certains parlent de régionalisme[1]) dans lequel les sujets des normes locales, regroupés en régions relativement vastes, doivent **leur autonomie non à la loi, mais à la constitution nationale** elle-même et cela de deux manières : d'une part, elle leur attribue une liste de matières, que la loi nationale ne peut modifier ; d'autre part, dans certains cas, comme l'Espagne, la constitution peut aller jusqu'à permettre aux régions de déterminer elles-mêmes dans certaines limites, l'organisation et le mode de fonctionnement des autorités régionales. On n'est alors plus très éloigné de l'État fédéral.

[1] À cet égard, il faut différencier la régionalisation qui est une décentralisation à l'échelon des régions, mais dont les compétences demeurent de nature administrative, du régionalisme qui fait pénétrer sur le terrain politique et législatif (dans certains domaines les régions ou communautés autonomes peuvent légiférer). La France connaît de la régionalisation pas du

3 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/20169-role-du-prefet-departement>

4 - <https://www.vie-publique.fr/>

5 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19613-les-competences-des-communes>

6 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19615-le-role-du-conseil-municipal>

régionalisme.

1. Le régionalisme espagnol et italien

"L'Italie est composée depuis 1972 de 20 régions. Cinq d'entre elles ont un statut spécial d'autonomie élargie, qui leur a été conféré dans le double but de contrer les mouvements séparatistes et de protéger les minorités linguistiques : Frioul-Vénétie julienne, Sardaigne, Sicile, Trentin-Haut-Adige et Val d'Aoste. Depuis la fin des années 1990 et surtout le début des années 2000, les régions italiennes disposent en théorie de compétences considérables (dans les faits, leurs finances sont presque entièrement contrôlées par le niveau central, ce qui limite leur autonomie). Chaque région est munie d'un conseil régional, qui exerce le pouvoir législatif, et d'une junta régionale, qui est leur organe exécutif.

L'Espagne est divisée depuis 1983 en 17 communautés autonomes (en espagnol : *comunidades autónomas*) et deux villes autonomes (*ciudades autónomas* : les enclaves africaines de Ceuta et Melilla). Toutes les communautés autonomes ont les mêmes institutions, à savoir un parlement et un organe exécutif, mais leurs compétences diffèrent partiellement. L'Espagne est souvent considérée comme le pays où la logique régionaliste est la plus poussée".

"Ces (...) exemples montrent que l'État régional se situe à la charnière entre État unitaire (qu'il n'est plus totalement, puisque les régions exercent des compétences beaucoup plus importantes que les administrations locales dans le cadre d'une décentralisation classique) et État fédéral (qu'il n'est pas complètement, puisque l'autonomie accordée aux régions reste contrôlée par le niveau central). En Espagne, le régionalisme a d'ailleurs atteint un point tel que certains juristes considèrent qu'il s'agit là d'un État fédéral dans les faits, à défaut de l'être dans les lois. On notera aussi que les Italiens ont pour habitude de qualifier l'organisation de leur pays de « fédéralisme administratif et fiscal » "[1].

[1] Étienne Arcq⁷, Vincent de Coorebyter⁸, Cédric Istasse⁹, "Fédéralisme et confédéralisme", *Dossiers du CRISP*¹⁰ 2012/1 (N° 79)¹¹, pages 11 à 125.

2. Quelques traits

a) Une consécration constitutionnelle :

Selon l'article 2 de la norme fondamentale espagnole, « La Constitution est fondée sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ».

L'article 5 de la Constitution italienne énonce, « La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales... ».

b) Un certain pouvoir législatif :

Un pouvoir législatif est prévu et reconnu au profit des communautés autonomes et des régions dans des domaines tels l'agriculture, la culture, le sport, la santé déterminés par la Constitution

7 - <https://www.cairn.info/publications-de-C3%89tienne-Arcq--7350.htm>

8 - <https://www.cairn.info/publications-de-Vincent-de%20Coorebyter--3280.htm>

9 - <https://www.cairn.info/publications-de-C3%A9dric-Istasse--56858.htm>

10 - <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp.htm>

11 - <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2012-1.htm>

C. L'État fédéral

L'État fédéral est une forme composée de l'État. C'est une superposition d'États. A l'étage inférieur se trouvent les États fédérés. À l'étage supérieur, se trouve la fédération, également appelée État fédéral. À cet égard, certains auteurs expliquent que le fédéralisme est d'inspiration libéral au sens du libéralisme politique.

Pourquoi ? Dans le fédéralisme vont coexister deux souverainetés, celle de l'État fédéral et celles des entités fédérées (voir *infra*) donc des contre pouvoirs sont mis en place qui assurent mieux la sauvegarde de la liberté, et contribue au plan vertical à instituer une séparation des pouvoirs (le pouvoir arrête le pouvoir). En France, la notoriété du fédéralisme est due à Tocqueville et son ouvrage « de la démocratie en Amérique » publié au cours de la première moitié du 19^e siècle (1835-1840).

2 situations mènent généralement à la formule de l'État fédéral :

- On peut avoir une pluralité d'États indépendants qui se regroupent, c'est l'État fédéral par association ou par agrégation (ex E.U). Le fédéralisme par association, intégration ou agrégation réunion d'États souverains qui décident de se regrouper pour affronter un péril ou un problème commun. Souvent précédé d'une phase confédérale. La confédération regroupe des états souverains, organe confédéral est dénommé la diète. Décision à la majorité renforcée ou à l'unanimité. Les décisions de la diète doivent être reprises par les différents états car elles ne disposent pas de moyens propres.
- On peut avoir un État unitaire qui ne peut maintenir son unité en raison de la puissance et de l'hétérogénéité des groupes humains qui le composent et/ou en raison de l'immensité du pays qui rend un gouvernement unifié impraticable : c'est l'État fédéral par dissociation ou désagrégation (ex Inde) ou encore l'Allemagne (ex RFA).

C'est l'adoption de la Constitution qui donne naissance à l'État fédéral.

L'État fédéral : Au sens du droit international, c'est même le seul État qui subsiste. Lui seul, à l'exclusion des États membres, peut normalement entretenir des relations internationales. Ensuite, au sens du droit interne, l'État fédéral se dote d'une constitution et exerce les trois fonctions de tout État, les fonctions législative, exécutive et juridictionnelle. Quant aux États membres, ils possèdent également une constitution et exercent eux aussi les trois fonctions.

1. Les principes du fédéralisme

Or, selon la classification de G. Scelle, trois lois caractérisent le fédéralisme, qui est une forme d'État : la superposition, l'autonomie, la participation.

a) Le principe de superposition :

À l'ordre juridique des entités fédérées se superpose celui de l'État fédéral. A cet égard, le principe de subsidiarité est une caractéristique du fédéralisme. Les États fédérés détiennent la compétence de principe ; l'État fédéral, la compétence d'attribution. Les structures fédérées, dont la dénomination change selon les pays (cantons en Suisse, états aux États-Unis, Länder en Allemagne...) sont de véritables États avec leur constitution, leur territoire, leur population.

Ce principe est à la base de la construction étagée constituée par l'État fédéral :

- En matière de législation : la loi des États ne doit pas intervenir dans des matières relevant de la loi fédérale, doit respecter les droits et libertés garantis par la Constitution fédérale.
- En matière constitutionnelle ; les principes généraux de gouvernement inscrits dans la Constitution fédérale doivent se retrouver dans la Constitution des États, par exemple les principes constitutionnels relatifs à la philosophie du régime doivent se retrouver dans les constitutions des États.
- En matière politique : l'intérêt fédéral l'emporte sur l'intérêt fédéré.

b) Le principe d'autonomie :

Le contenu de l'autonomie

Puisque chaque État fédéré est souverain, il peut se doter de sa propre constitution. La Constitution fédérale qui est supérieure aux Constitutions fédérées ne contient pas de dispositions précises sur l'organisation constitutionnelle des États fédérés qui s'imposeraient à ces derniers. Cependant, certains principes généraux peuvent venir encadrer cette compétence constituante.

Chaque constitution fédérée détermine les organes de l'État fédéré, les compétences et les rapports de ces derniers entre eux, comme le fait toute Constitution d'un Etat unitaire avec une déconcentration et parfois, une décentralisation.

La détention d'un véritable pouvoir constituant originaire traduit le fait qu'après la création de l'État fédéral, les entités politiques initiales sont restées effectivement des États et ne sont pas devenues des CT.

Mais les états fédérés ont perdu leur personnalité juridique propre sur le plan international. Les Constitutions fédérales réservent à la fédération l'ensemble des compétences internationales.

Par exception, les constitutions fédérales peuvent prévoir des compétences internationales limitées au profit des entités fédérées.

- conclusion d'accord de voisinage avec des pays frontaliers ou accords culturels.
- ces accords sont la plupart du temps soumis à un contrôle des autorités fédérales.

Chaque État fédéré a son parlement qui vote des lois dans les domaines relevant de la compétence (locale) des États.

L'État fédéral a son propre parlement votant les lois fédérales ayant vocation à s'appliquer sur tout le territoire national dans les domaines de compétence de la fédération.

- Les États fédérés ont une compétence de droit commun (de principe) et la Fédération une compétence d'attribution (ou d'exception).

Tout ce qui n'est pas expressément attribué à la Fédération relève de la compétence des États.

Certains États fédéraux ne suivent pas ce schéma et accordent la compétence de principe à la fédération. C'est le cas du Canada.

- Pour la mise en œuvre de la répartition des compétences, les Constitutions fédérales fixent une liste des matières qui relèvent de la compétence fédérale :
 - D'un État fédéral à un autre, ce sont souvent les mêmes secteurs d'intérêt national qui sont réservés à la fédération (économie, monnaie, défense nationale, moyens de communication, nationalité, droit commercial, droit de propriété...).
 - La liste de ces matières attribuées à la fédération est souvent extrêmement longue, rédigée en termes généraux de sorte que la compétence législative fédérale est en réalité très vaste.

Les compétences concurrentes

La Constitution allemande prévoit un système original de compétences concurrentes en

certaines matières (art72) (...).

- les compétences implicites

La Constitution des E.U donne la liste des domaines attribués au Congrès. Le dernier alinéa de cette section (la 8) conclut que le Congrès disposera en outre du droit de faire « toutes les lois que pourra nécessiter la mise à exécution des pouvoirs ci-dessus énumérés ». Il en a été déduit que le Congrès avait des compétences sous-entendues.

Le principe d'autonomie est protégé

- Par la **participation à la révision de la Constitution fédérale**. Les révisions votées par le Parlement fédéral ne sont définitivement adoptées que si elles sont acceptées par une majorité d'États fédérés s'exprimant en tant que tels (vote de la révision par les parlements locaux ou directement par les citoyens des États fédérés - Aux E.U faut les 3/4 des États). Participation indirecte, les États fédérés participent à la révision par l'intermédiaire de la Chambre du Parlement fédéral qui les représente et qui vote la révision avec la chambre qui représente la fédération (c'est le cas en Allemagne vote concordant des 2 chambres à la majorité des 2/3 des voix).
- Le contrôle du respect de la Constitution

Dans un État fédéral, il existe toujours un mécanisme de contrôle de ce respect (contrôle de constitutionnalité).

Concerne les lois fédérales pouvant empiéter sur le domaine des lois de l'État fédéré.

Concerne les lois des États qui pourraient empiéter sur le domaine de la loi fédérale.

Contrôle effectué par des organes juridictionnels : Aux E.U ce sont les juridictions des États pouvant se prononcer à l'occasion d'un litige, puis éventuellement par la voie de l'appel, la Cour suprême des E.U. En All, Cour constitutionnelle.

c) Le principe de participation :

Participation : assure aux États fédérés une représentation (organique) et un pouvoir d'action (fonctionnel) au niveau de l'étage fédéral afin de leur permettre de participer à l'élaboration de la loi fédérale.

- Organique : Le parlement fédéral est forcément bicaméral :
Une chambre représente le peuple de la fédération (Chambre des représentants aux E.U, bundestag en Allemagne), une autre les structures fédérées. Tel est le cas aux États-Unis où le Sénat assure la représentation des États, en Allemagne le Bundesrat, celle des Länder. La représentation est soit égalitaire (2 sénateurs par État aux E.U), soit pondéré pour tenir compte des seuils démographiques comme en Allemagne.
- Fonctionnel : les pouvoirs des chambres peuvent être égaux (loi votée en termes identiques, garantit les intérêts des États fédérés puisque peut empêcher l'adoption d'une loi exple : E.U). Soit inégalitaire (bicamérisme inégalitaire) chambres votent les lois mais si désaccord la chambre fédérale (celle de la population) adopte seule la loi, avec parfois une majorité qualifiée (exple All).

Les règles d'établissement et la révision de la Constitution



Les caractères du pouvoir constituant originaire	14
Les modes d'exercice du pouvoir constituant originaire	15
La révision de la Constitution	16

Le constitutionnalisme est un mouvement qui prendra son essor au XVIII^e siècle. "« Constitutionnalisme veut dire Gouvernement contenu dans des limites » (Hayek, Droit, législation et liberté, Tome 1 : règles et ordre, PUF, Paris, 1995, p. 1.). Du point de vue de la théorie du droit, le constitutionnalisme comprend l'ensemble des règles et principes qui visent à enfermer le Gouvernement d'un État souverain dans des limites juridiques. Pour parvenir à cet objectif libéral, deux moyens ont été trouvés qui figurent à l'article 16 de la Déclaration de 1789 : la séparation des pouvoirs et la garantie des droits (...). La doctrine constitutionnaliste est une doctrine libérale qui vise à garantir, par les voies juridiques, les droits et libertés des citoyens contre les interventions de l'État dans la société civile. Une telle doctrine a pris corps, tout d'abord, au sein des textes constitutionnels nationaux (...).

À la fin du XVIII^e siècle et au cours du XIX^e, le constitutionnalisme correspondait à une réaction libérale contre le système de la monarchie absolue. Il s'est alors exprimé sous la forme de Constitutions écrites organisant une séparation des pouvoirs au sein des États souverains. Puis, le mouvement constitutionnaliste a connu un nouveau souffle au cours du XX^e siècle, en réaction contre les régimes totalitaires. Il s'est alors exprimé sous la forme de garanties constitutionnelles des droits de l'Homme.

Le premier État européen à avoir mis en place une Constitution écrite est la Suède, en 1720. Mais ce sont principalement la Constitution américaine de 1787 et la Constitution française de 1791 qui vont inciter les autres États européens à suivre cette voie. Ainsi, au cours du XIX^e siècle, de nombreux États en Europe vont se doter d'un texte constitutionnel écrit..."[1].

Cette consécration d'une constitution écrite s'opposait à la notion de constitution coutumière[2]. Cette dernière existe encore dans certains États dont la Grande-Bretagne.

Le pouvoir constituant est le pouvoir soit d'élaborer soit de réviser ou modifier une constitution. Comme l'écrivent les professeurs Gicquel, "Une constitution est vivante : elle reproduit le cycle biologique existant. Elle naît, se développe et meurt. Son existence est rythmée par l'exercice du pouvoir constituant, appelé successivement originaire au moment de son élaboration et dérivé lors de sa révision, mais dont la plénitude ne saurait être discutée"[3].

[1] C. de Aranjó, Sur le constitutionnalisme européen, *RDP* n°6, 2006, p. 1545

[2] L'inconvénient d'une telle constitution réside dans l'instabilité des règles qui peuvent être modifiées n'importe quand. De plus, il est difficile de déterminer quand une coutume apparaît car comme l'indique l'adage « une fois n'est pas coutume », à partir de quand la répétition et l'adhésion voit le jour.

[3] *Op. cit.*

A. Les caractères du pouvoir constituant originaire

"Le pouvoir constituant originaire est inconditionné, à l'image de la souveraineté dont il est paré. Il se situe dans une perspective de rupture par rapport à l'ordre juridique déchu. Il est censé, en clair, se développer sur un terrain vierge.

1. Le pouvoir d'improvisation des constituants

Une constitution s'édifie en règle générale sur des bases juridiques neuves, à défaut d'être entièrement inédites au plan technique (...).

En principe une nouvelle constitution prend le contre-pied de la précédente. Il n'existe pas un développement linéaire entre elles, mais au contraire heurté. Les exemples abondent. La constitution de 1946 s'inscrit en faux contre celle de 1875. À son tour elle est répudiée en 1958 : Le général de Gaulle repoussant avec force, le système ou gouvernement des partis ; le Sénat est rebaptisé en 1946 en Conseil de la République ; abandon en 1958 des appellations de président du conseil (pour celle de premier ministre) et de décret-loi (ordonnance). (...)

En dehors des phénomènes authentiquement révolutionnaires répudiant le passé le changement ultérieur de constitution intègre un certain nombre d'acquis devenus entre-temps irréversibles, tels que la constitution administrative de la France (loi du 28 pluviôse an VIII) et sa constitution des libertés (déclaration de 1789), hormis la période de Vichy. De même, on retiendra le régime représentatif, à compter de 1791, le suffrage universel (SU) depuis 1848 ; la réception en 1946, des libertés publiques de la IIIe République... Ainsi depuis 1814, le régime parlementaire peut être regardé comme le plus petit dénominateur commun aux régimes constitutionnels, au point de ressusciter sous la Ve République à la faveur de la cohabitation.

2. Les restrictions exceptionnelles au pouvoir des constituants

La loi du 3 juin 1958 imposa le respect de 5 principes de bases au gouvernement du Général de Gaulle en charge d'établir la nouvelle constitution[1]. Tant sur des principes de fond, (Suffrage universel, responsabilité du gouvernement devant le parlement, que temporelle : interdiction de réviser dans certaines circonstances) "[2].

[1] « La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 pose certains principes de la révision :

- le suffrage universel est la seule source du pouvoir ;

- le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être séparés ;
 - le gouvernement doit être responsable devant le Parlement ;
 - l'indépendance du pouvoir judiciaire doit être garanti, de même que l'exercice des libertés publiques définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
 - la Constitution doit permettre l'organisation des rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés », <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/la-ve-republique>
- [2] *Op. cit.*

B. Les modes d'exercice du pouvoir constituant originaire

Comme l'expliquent les professeurs Gicquel, ils peuvent être soit autoritaires soit démocratiques.

1. Autoritaires

Deux techniques :

- Soit l'octroi :
La constitution procède, en théorie, d'un geste unilatéral du ou des titulaires du pouvoir, contraints par l'événement. Exemple : charte de 1814 octroyée par Louis XVIII.
- Soit la technique du contrat :
La constitution résulte alors d'une transaction ou d'un compromis entre les forces en présence. La charte de 1830 négociée par Thiers au nom des parlementaires et le futur Louis-Philippe ressortit à ce schéma.

2. Démocratiques

Selon les auteurs précités, il peut s'agir d'une assemblée constituante soit élue, conformément à la tradition républicaine en France. Exceptionnellement, les citoyens s'en remettent à l'exécutif, tout en gardant le pouvoir décisionnel.

L'élection d'une assemblée constituante

Elle se présentera sous deux aspects importants : tantôt spécifique, tantôt générique. Au premier cas, on parlera d'assemblée constituante ad hoc, au second d'assemblée constituante et législative.

Le peuple constituant

En certaines hypothèses, le pouvoir exécutif s'attribue ou se fait reconnaître le droit de rédiger le texte constitutionnel. À charge de solliciter certains avis, le cas échéant, et surtout de le soumettre au peuple à fin de ratification, par voie de référendum ou plus souvent de plébiscite.

C. La révision de la Constitution

L'auteur de la constitution est appelé « pouvoir constituant ». Les procédures d'adoption et de mise en vigueur sont très variables. Le texte peut être adopté par une assemblée, qui prend le nom d'assemblée constituante ou de convention, ou par un gouvernement. Il peut être seulement préparé par une assemblée ou un gouvernement, puis soumis au référendum. Quoi qu'il en soit, le pouvoir constituant est celui ou ceux, dont le consentement a permis l'entrée en vigueur du texte. Cette Constitution a toujours pour objet – et pour contenu minimum – d'instituer des autorités ou organes ou encore « pouvoirs constitués » et de répartir entre eux des compétences. C'est cette répartition que l'on appelle séparation des pouvoirs. Or, il est clair que si l'une de ces autorités pouvait modifier la constitution, elle accroîtrait ses propres compétences au détriment des autres et détruirait ainsi l'ensemble des équilibres que le pouvoir constituant a cherché à établir. La séparation des pouvoirs ne peut donc être préservée que si les pouvoirs constitués ne disposent pas du pouvoir constituant, c'est-à-dire si la constitution est « rigide ».

Au contraire, la constitution serait **souple** si elle pouvait être facilement modifiée par l'un des pouvoirs constitués, par exemple le pouvoir législatif, au terme de la procédure législative ordinaire. C'est précisément le cas chaque fois qu'il n'y a pas de constitution formelle, ou bien parce que la constitution est coutumière, comme en Grande Bretagne ou bien parce qu'elle est pour l'essentiel exprimée dans des lois ordinaires, comme en Israël.

La rigidité ne signifie pas que la constitution ne pourra pas être révisée, mais qu'elle ne pourra l'être que selon certaines formes, qu'elle a elle-même organisées et par les organes qu'elle a institués à cet effet.

1. Définition

On appelle **pouvoir constituant dérivé**, le pouvoir des organes compétents pour modifier la constitution, par opposition au pouvoir constituant originaire, celui des organes qui ont adopté la constitution.

Le principe de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués interdit de confier entièrement le pouvoir constituant dérivé à l'un des pouvoirs constitués, mais non de leur attribuer un rôle dans la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi le Parlement peut intervenir dans cette procédure de plusieurs manières : pour élaborer une proposition de révision, pour la discuter et l'adopter, pourvu qu'il ne le fasse pas dans la procédure législative ordinaire ou qu'il ne statue pas dans la même formation (dans la constitution de 1958, le Parlement doit adopter le texte en termes identiques, donc le Sénat a le même poids que l'assemblée, or dans la procédure d'adoption des lois ordinaire, l'assemblée a le dernier mot. Par ailleurs lorsque la ratification intervient selon la procédure du Congrès, députés et sénateurs siègent ensemble à Versailles. Dans l'hypothèse d'une proposition de révision donc émanant du Parlement, il y a obligatoirement référendum, sinon le Parlement monopoliserait toutes les étapes de la procédure).

Le pouvoir constituant dérivé est enfermé dans des limites qui touchent à la forme de la révision, mais aussi quelque fois au fond (pouvoir constituant relatif). Les limites ou conditions de forme peuvent tenir aux délais dans lesquels la procédure peut être entamée, aux circonstances dans lesquelles elle peut avoir lieu ou à la procédure. Il est possible qu'une constitution interdise toute révision pendant un certain délai suivant son entrée en vigueur. La Constitution de 1791 interdisait toute révision pendant les 10 premières années de son application. La Constitution peut interdire toute révision dans certaines circonstances, par exemple lorsqu'une partie du territoire national est occupée par une puissance étrangère ou en temps de guerre ou en période de crise (existe dans l'article 89 de la constitution de 1958). Voir également l'article 169 de la Constitution espagnole de 1978 :

« On ne peut engager la révision de la Constitution en temps de guerre ou lorsque l'un des états prévus à l'article 116 est en vigueur ».

Les limites de fond consistent dans l'interdiction de modifier la constitution sur certains points. En France, par exemple, il est interdit de modifier la forme républicaine. Ces conditions ne sont pas également contraignantes, les conditions de fond ne limitent pas véritablement le pouvoir dérivé, parce qu'il est possible de réviser dans un premier temps les dispositions de la constitution qui fixent ces limites, pour dans un deuxième temps opérer la révision désirée. (TROPER et HAMON).

Toutefois le caractère relatif du pouvoir constituant peut être discuté.

Le Conseil constitutionnel comme l'indique les professeurs Gicquel, "est resté davantage prudent (...) il considère que cette souveraineté, censée reposée sur une puissance illimitée, est néanmoins bornée par les prescriptions fixées aux articles 7, 16 et 89 (2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne). Son refus explicite de contrôler une loi constitutionnelle (26 mars 2003, organisation décentralisée de la République[1]) combinée au maintien de sa jurisprudence de 1992 (30 juillet 2003, expérimentation par les collectivités territoriales) renvoie, en pratique, au chef de l'État et aux parlementaires (éventuellement au peuple si la voie du référendum est choisie) le soin de s'assurer, lors de la procédure de révision, du respect de ces contraintes"[2].

[1] "La décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, entre solution manquée et retour vers le passé", *Revue de la Recherche juridique* n° 2/2004, p. 845-858.

[2] *Op.cit.*

2. Les différentes phases de la procédure (D. TURPIN)

On distinguera l'initiative, la révision proprement dite puis enfin, la ratification.

- Initiative, sous la V^e république, elle appartient concurremment au président de la république, sur proposition du Premier ministre, et aux membres du Parlement. Souvent l'initiative a été réservé aux membres du Parlement (constitutions de 1791, an III, 1848, 1946) ou au seul exécutif (constitutions impériales).
- La révision proprement dite, art 89 énonce qu'elle doit être votée par les deux assemblées en termes identiques. Le Sénat non élu au suffrage universel direct peut donc bloquer définitivement un processus de révision souhaité par le chef de l'État. De Gaulle tenta de contourner l'obstacle en 1962 et 1969 considérant selon une conception à laquelle semble s'être ralliée aujourd'hui en théorie le président Mitterrand, qu'à coté de cette procédure « omnibus » de l'article 89 on peut recourir à l'article 11, c'est-à-dire au référendum populaire. Mais juridiquement, il demeure que seul l'article 89 permet la révision.
- La ratification, l'article 89 énonce la révision n'est définitive qu'après avoir été approuvée par référendum. Ce recours peut être évité si le président décide de soumettre le projet de révision (si proposition obligatoirement référendum) au Parlement

convoqué en congrès, qui doit alors l'approuver **à la majorité des trois cinquièmes** des suffrages exprimés[1].

[1] Le site du Sénat précise : « Les deux premières révisions de la Constitution ont été réalisées par d'autres procédures que celle prévue à l'article 89 de la Constitution. (article 11 de la Constitution)

Toutes les autres révisions abouties ont suivi la procédure du Congrès (art. 89), à l'exception de celle du 2 octobre 2000, relative au quinquennat, adoptée par référendum », in *Les révisions de la constitution de 1958 : les révisions abouties*, <https://www.senat.fr>

La révision sous la troisième république : « une révision facile » (expression du Professeur MORABITO).

Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision. Les dispositions portant révision des lois constitutionnelles en tout ou partie devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale.

L'initiative de la révision appartient soit à chacune des deux chambres, soit au président de la république. La règle est ici la même qu'en matière de loi ordinaire. L'article 8 contient cependant une restriction (Pendant présidence Mac Mahon exclusivité du président). On s'efforce de se prémunir contre toute tentative républicaine de révision jusqu'à l'expiration du mandat du maréchal soit en 1880. Cela étant, pour que la révision soit ouverte, il faut une résolution prise séparément par chacune des deux chambres à la majorité absolue des voix. Chaque chambre conserve donc en l'espèce son indépendance. Il s'agit de protéger le Sénat. Une fois le principe de la révision adoptée, les deux chambres se réunissent en assemblée nationale.

Le vote de la révision s'écarte sur deux points de la procédure législative ordinaire. Tout d'abord l'assemblée nationale n'élit pas son bureau. La constitution lui en attribue un d'office, celui du Sénat. Ensuite et surtout, elle ne peut prendre des délibérations portant révision des lois constitutionnelles qu'à la majorité absolue de ses membres. Cette majorité est calculée en additionnant le nombre des sièges du Sénat et de la chambre des députés, sans qu'on défalque les sièges vacants, les membres absents, les abstentions et les bulletins blancs ou nuls.

Le contrôle de la constitutionnalité



Le cadre général	19
Le modèle de justice constitutionnelle	20

"La notion de justice constitutionnelle : L'expression désigne l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restrictions, la suprématie de la Constitution. Il s'agit, évidemment, d'une première définition, qui demande à être affinée et précisée, mais susceptible de fournir un point de départ. Il est difficile de déterminer exactement quand apparaît la notion ; mais on notera que Hans Kelsen et Charles Eisenmann l'utilisent dès 1928 avec le sens qu'on lui connaît aujourd'hui. Pour Kelsen la justice constitutionnelle c'est « la garantie juridictionnelle de la Constitution » (RD publ. 1928). Eisenmann donne une première définition simple, aux termes de laquelle « la justice constitutionnelle est cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles » (La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche). Il complètera cette première définition en distinguant « justice constitutionnelle » et « juridiction constitutionnelle », la seconde étant l'organe par lequel s'exerce la première, et en dégagant ensuite le « sens juridique » de la justice constitutionnelle"[1].

[1] L. Favoreu et ii, *Droit constitutionnel*, éditions Dalloz

A. Le cadre général

"La Constitution peut aussi être protégée par un **contrôle de constitutionnalité**. Il s'agit de l'ensemble des moyens juridiques permettant de garantir la conformité à la Constitution et aux principes définis par elle, des règles de droit (loi, règlement) produites par les différents pouvoirs composant l'État.

Dans certains pays (ex : États-Unis), chaque tribunal peut écarter l'application des conventions internationales, des lois et des règlements qui contreviendraient aux principes constitutionnels. D'autres pays (ex : Allemagne) réservent cette fonction à une seule juridiction. En France, depuis 2010, tout justiciable peut, au cours d'une instance, contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui lui est applicable en ce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution lui garantit (question prioritaire de constitutionnalité ou QPC).

Le contrôle de constitutionnalité apparaît en Angleterre, au début du XVIIe siècle, lorsque le juge Coke évoque le contrôle de conformité des lois à la Common Law. Mais c'est aux États-Unis qu'il est exercé pour la première fois un contrôle de conformité de la loi à la Constitution

par la Cour suprême, dans l'affaire Marbury vs Madison (24 février 1803).

En Europe, c'est avec Hans Kelsen qu'on va admettre progressivement le contrôle de constitutionnalité des lois. Il préconise en effet un contrôle confié non pas à tous les juges, comme c'est le cas aux Etats-Unis (contrôle diffus), mais à un organe spécialisé dans ce contrôle (contrôle concentré). La première Cour constitutionnelle est ainsi créée en 1919 en Autriche". (<https://www.lemondepolitique.fr>¹²).

B. Le modèle de justice constitutionnelle

Les Professeurs Favoreu et autres écrivent : " Le système américain fonctionnant depuis le début du XIXe siècle, la question se pose de savoir pourquoi il n'a pas été repris dans l'ensemble des autres pays. En fait, certains pays européens, tels que la Norvège ou la Grèce, avaient, semble- t- il, mis en place des systèmes semblables au XIXe. Mais, pour la plupart d'entre eux, il était exclu que les juges ordinaires puissent vérifier la constitutionnalité des lois. Des tentatives en ce sens ont échoué en France, en Allemagne ou en Italie entre les deux guerres. Les raisons en sont diverses (L. Favoreu, 1996), mais tiennent essentiellement à une conception très différente de la séparation des pouvoirs et de la structure de l'appareil juridictionnel. En fait, le modèle américain est difficilement transposable en dehors des États-Unis, c'est pourquoi les pays européens ont adopté un autre système ne reposant pas sur l'exercice de la justice constitutionnelle par les juges ordinaires, mais confiant celui- ci à une juridiction spécialement constituée à cet effet"[1].

[1] *Op. cit.*

1. Du contexte constitutionnel à l'arrêt Marbury v. Madison

"L'absence de consécration expresse du contrôle de constitutionnalité dans la Constitution de 1787. C'est à partir de l'indépendance en 1776 et de l'adoption de Constitutions rigides dans ces treize anciennes colonies que s'imposent, en Amérique du Nord, les premiers éléments du constitutionnalisme moderne. La Constitution des États- Unis du 17 septembre 1787 ne consacre pas expressément un mécanisme de contrôle de constitutionnalité. James Madison avait d'ailleurs proposé de conférer au pouvoir judiciaire un droit de veto pour inconstitutionnalité mais sa proposition avait été rejetée. L'article III, section 1 de la Constitution prévoit seulement que « le pouvoir judiciaire des États- Unis est dévolu à une Cour suprême et à telles cours inférieures dont le Congrès peut, au fur et à mesure des besoins, ordonner l'établissement ».

L'affaire est née du changement politique opéré au tournant du siècle. En 1800, Thomas Jefferson est élu président des États-Unis et les Républicains emportent également la majorité à la Chambre des Représentants et au Sénat. Durant la phase de passation du pouvoir, John Adams, le président battu, cherchant à préserver l'influence du Parti fédéraliste, entreprit de nommer plusieurs dizaines de juges fédéraux parmi les fidèles de son mouvement. Quelques nominations, dont celle de William Marbury, ne purent toutefois intervenir à temps et Jefferson

12 - <https://www.lemondepolitique.fr/>

et le nouveau Secrétaire d'État James Madison en profitèrent pour s'y opposer.

Marbury intenta alors un recours devant la Cour suprême invoquant certaines dispositions de la loi sur l'organisation du pouvoir judiciaire (Judiciary Act) de 1789 (...)

Mais avec son raisonnement de l'arrêt Marbury, John Marshall avait réussi à justifier le contrôle de constitutionnalité et à le placer désormais hors d'atteinte de ses détracteurs. Il l'avait fait en reprenant les arguments d'Hamilton, à travers le syllogisme suivant :

A. La Constitution est supérieure à toute autre norme.

B. La loi sur l'organisation judiciaire de 1789 est contraire à la Constitution.

C. La loi doit être dès lors invalidée pour inconstitutionnalité.

Il concluait son « opinion » en ces termes : « Le langage de la Constitution des États- Unis confirme et renforce le principe considéré comme essentiel pour toute Constitution écrite, qu'une loi contraire à la Constitution est nulle et que les tribunaux ainsi que les autres pouvoirs sont liés par un tel instrument ». Le premier système de justice constitutionnelle était en marche. Avant d'examiner comment le modèle américain est devenu un produit d'exportation, il importe d'en identifier les caractères propres. Nous en retiendrons quatre, témoignant de la spécificité de modèle".

2. Les éléments d'identification du modèle américain

Selon le Doyen Favoreu et autres, "le modèle américain se caractérise par l'exercice d'un contrôle « diffus », « concret », effectué généralement *a posteriori* par voie d'exception, la décision rendue bénéficiant seulement, en principe, d'une autorité relative de chose jugée. La fonction régulatrice de la Cour suprême dans le système américain doit être toutefois soulignée"[1]. Ils relèvent parmi les caractéristiques :

[1] *Droit constitutionnel, op. cit.*

a) Un contrôle « diffus » exercé par tout tribunal

Ils précisent par tout tribunal, mais écrivent-ils " sous l'autorité régulatrice de la Cour suprême Le principe du contrôle diffus.

La qualification de contrôle « diffus » implique que le contrôle de constitutionnalité peut être exercé par n'importe quel juge fédéral ou étatique. Les tribunaux américains disposant d'une plénitude de juridiction, le juge saisi en première instance est compétent pour se prononcer sur l'ensemble des questions soulevées par un litige, qu'elles soient civiles, pénales, administratives ou constitutionnelles. La Cour suprême, placée au sommet de la hiérarchie judiciaire fédérale, peut être saisie par la voie notamment d'un recours en *certiorari* (95 % des cas de saisine aujourd'hui). Il s'agit d'obtenir la « certification » (*certiorari* signifiant, littéralement, pour rendre plus certain) des décisions rendues par les juridictions inférieures. Elle remplit à cette occasion une fonction régulatrice suprême même si, exerçant son pouvoir discrétionnaire de sélection des affaires, elle retient aujourd'hui moins de deux pour cent des sept mille requêtes qui lui sont en moyenne adressées chaque année. Son contentieux, où se mêlent affaires constitutionnelles et litiges ordinaires – la Cour suprême exerce en quelque sorte à la fois les fonctions du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation et du Conseil d'État français –, reste néanmoins dominé par les recours à caractère constitutionnel (environ 40 % de l'ensemble). Ce contentieux porte non seulement sur des lois mais aussi sur d'autres actes, de l'Exécutif notamment et, spécificité notable, l'essentiel du contrôle de constitutionnalité des lois concerne des lois des États et non des lois fédérales. La question de la légitimité démocratique

du contrôle exercé se pose donc avec plus ou moins d'acuité selon le type de contentieux considéré. Elle atteint, bien sûr, sa plus grande amplitude dans le cas de l'invalidation d'une loi adoptée par le Congrès fédéral, ce qui s'avère somme toute peu fréquent : on relève un peu plus d'une centaine de telles invalidations en près de deux siècles...

b) Un contrôle concret

La Constitution des États- Unis (art. III, sect. 2) prévoit en effet que « le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas concrets, en droit et en équité, qui pourront se produire sous l'empire de la présente Constitution, des lois des États- Unis ou des traités conclus ». Cette exigence de litige « concret » conditionne dès lors la recevabilité de la requête. Pourtant le droit constitutionnel américain ne donne pas de définition nette d'une telle notion qui s'interprète ainsi aussi bien en termes de séparation des pouvoirs qu'en termes d'intérêt pour agir. Le principe général veut que la Cour ne se prononce que sur des litiges avérés et concrets et non éventuels ou abstraits. Pour valablement saisir la Cour, le requérant doit justifier d'un intérêt pour agir (*standing*), de la « maturité » suffisante de l'affaire (*ripeness*) et du caractère toujours actuel du litige (*mootness*). Ainsi le demandeur doit être directement touché par la violation de la Constitution, le dommage doit s'être produit ou apparaître suffisamment certain et la controverse toujours en l'état. La Cour suprême peut parfois interpréter avec souplesse certaines de ces exigences mais elles continuent de s'imposer, par principe, dans la mesure où elles constituent un élément de légitimité fonctionnelle du juge. La doctrine américaine dominante considère en effet qu'à défaut d'exercice d'un tel contrôle concret, le juge apparaîtrait comme pouvant supplanter le législateur (...).

c) Un contrôle a posteriori par voie d'exception

S'agissant de régler seulement un litige concret, le contrôle ne peut s'exercer par principe qu'*a posteriori*. Il est déclenché le plus souvent par tout justiciable qui, à l'occasion d'un procès ordinaire civil ou administratif, peut soulever, pour sa défense, une exception d'inconstitutionnalité. Considérant le texte susceptible de lui être appliqué contraire à la Constitution, le requérant demande ainsi au juge de le priver d'effet en l'espèce. Une telle procédure s'exerce ainsi, sans délai, à partir de l'entrée en vigueur de la loi et selon les règles procédurales ordinaires puisque le contentieux constitutionnel américain ne connaît pas de régime spécifique. Si la voie de l'exception représente le premier mode d'intervention du contrôle de constitutionnalité, d'autres voies, d'usage moins fréquent, sont possibles (...) C'est toutefois l'exception d'inconstitutionnalité qui caractérise, et de loin, le contentieux constitutionnel américain. Par la voie de l'exception, le juge peut être saisi de questions de société non encore tranchées par le législateur fédéral. Cette situation, révélatrice du lien direct entre le citoyen et la Constitution est caractéristique de la démocratie juridique américaine. Elle permet à la « société civile » de porter sur le terrain constitutionnel, au plus haut niveau, à condition que la Cour suprême accepte de retenir l'affaire, des problèmes souvent éminemment politiques ou conflictuels. Par ce biais, la Cour suprême des États- Unis illustre plus que toute autre, sans doute, l'influence d'une juridiction constitutionnelle sur la société politique. Ses décisions marquent l'histoire des États- Unis autant qu'elles affectent la vie des citoyens. Dotée d'un « immense pouvoir politique », selon l'expression d'Alexis de Tocqueville, la Cour se retrouve souvent mêlée aux grandes controverses de la nation américaine. En pesant, par ses décisions, sur de grands choix de société, de la séparation de l'Église et de l'État à la consécration d'un droit à l'interruption volontaire de grossesse, la Cour suprême relance sans cesse le débat autour de l'étendue des pouvoirs du juge et de sa légitimité démocratique (I. Fassassi, 2017) "[1].

[1] Favoreu et *ii*, *op. cit.*

d) L'autorité relative de chose jugée des décisions

"Dans le cadre du « judicial review » américain, le tribunal statuant sur une exception d'inconstitutionnalité peut seulement rendre une décision dotée de l'autorité relative de chose jugée. Cela signifie qu'en principe un jugement éventuel d'inconstitutionnalité ne vaudra que pour l'affaire et les parties en cause (*Le jeu de la règle du précédent*). Une telle présentation du cas américain doit être toutefois nuancée. Il est vrai tout d'abord que l'effet relatif de la décision d'inconstitutionnalité peut entraîner des variations d'un État à un autre, selon que telle ou telle juridiction aura, ou non, déclaré l'incompatibilité du texte avec la Constitution. Mais par le biais de l'appel, la Cour suprême peut être amenée à se prononcer. Dès lors, sa décision, bien qu'ayant seulement autorité relative de chose jugée, présentera néanmoins un effet équivalent à une annulation, compte tenu du jeu de la règle du précédent. Si l'arrêt de la Cour suprême ne peut annuler formellement une loi, il peut en paralyser l'application sur l'ensemble des États américains dans la mesure où les juridictions inférieures devront s'y conformer"[1].

"Le champ d'influence du modèle américain : Le Canada, le Brésil, l'Argentine ou le Mexique sur le continent américain, la Norvège, la Suède, le Danemark ou la Suisse en Europe, le Japon ou encore l'Australie se situent ainsi, parmi d'autres, dans la lignée du système américain mais avec, souvent, de nombreuses spécificités. Ainsi, excepté la Norvège, le Danemark, l'Australie ou la Suisse, dans une certaine mesure, où le contrôle de constitutionnalité est introduit comme aux États-Unis de manière spontanée, par voie juridictionnelle, ce sont des dispositions constitutionnelles spécifiques qui consacrent, dans les autres pays, les mécanismes de justice constitutionnelle"[2].

[1] *Ibid.*

[2] *Ibid.*

3. Du modèle européen au conseil constitutionnel

"Il est question au départ de modèle autrichien, non seulement parce que l'Autriche en donne la première illustration, mais aussi, sans doute, en raison de la nationalité de son « inventeur » (H. Kelsen) qui présenta, en 1942, l'opposition entre système américain et système autrichien dans une revue américaine. De modèle autrichien, on est passé assez naturellement à modèle européen.

a) L'avènement et éléments d'identification du modèle européen

Selon Kelsen, le contrôle de constitutionnalité ne peut être que « centralisé » c'est-à-dire exercé par une juridiction constitutionnelle spécifique. Il ne saurait être confié à l'ensemble des juges ordinaires, comme aux États-Unis. L'absence de règle du « précédent » dans les systèmes romano-germaniques, multipliant les risques de contrariété de jurisprudence, empêcherait en effet de parvenir à une interprétation constitutionnelle commune à l'ensemble des juridictions. Seule, une Cour constitutionnelle unique, compétente pour prononcer l'annulation d'une norme contraire à la Constitution, peut dès lors garantir la cohérence de l'ordonnement juridique à travers le respect, par l'ensemble des tribunaux, de l'interprétation constitutionnelle. La Haute juridiction autrichienne, instituée par la Constitution de 1920, représente ainsi avec les juridictions créées par les Constitutions tchécoslovaque de 1920 et espagnole de 1931, la première véritable application du modèle kelsénien : cette juridiction constitutionnelle

spécialisée est, en effet, notamment chargée de contrôler la constitutionnalité des lois votées par les Assemblées provinciales. (...)

L'implantation du système kelsénien de justice constitutionnelle devient l'une des premières caractéristiques de ces démocraties européennes. L'Italie en 1947, la République fédérale d'Allemagne en 1949, la France en 1958, le Portugal en 1976, l'Espagne en 1978 ou la Belgique en 1980, notamment, l'adoptent successivement. L'imbrication entre justice constitutionnelle et démocratie est particulièrement nette dans les cas du Portugal et de l'Espagne qui, comme l'Italie et l'Allemagne auparavant, mettent en place un système de contrôle de constitutionnalité, au sortir de périodes de dictature. Au fil des transpositions, de nombreuses spécificités apparaissent. Le fonctionnement des systèmes est plus ou moins rapidement effectif comme le révèlent certaines réticences de départ en Italie ou en France, par exemple mais dans toutes ces expériences se retrouvent les principales composantes du modèle kelsénien. Il importe à présent de les analyser, en mettant en évidence, point par point, les oppositions de principe avec le modèle américain.

Le modèle européen se caractérise par quatre traits essentiels.

Tout d'abord par l'exercice d'un contrôle concentré, confié à une juridiction constitutionnelle spécifique disposant d'un monopole d'interprétation constitutionnelle. Il fait place par ailleurs à l'intervention d'un certain contrôle abstrait, par voie d'action, déclenché par des autorités politiques ou publiques, la décision rendue bénéficiant de l'autorité absolue de chose jugée. À la différence cependant du modèle américain, la diversité des systèmes nationaux ayant adopté le modèle européen explique la coexistence, souvent, d'un contrôle abstrait et d'un contrôle concret, même si ce dernier reste très spécifique, d'une part et d'un contrôle par voie d'action, de question préjudicielle de constitutionnalité ou encore d'exception d'autre part.

b) Le conseil constitutionnel

"L'idée de confier le contrôle de constitutionnalité à un organe externe au Parlement a cheminé très lentement en France, car la souveraineté des assemblées et la crainte du « Gouvernement des juges » sont des dogmes solidement ancrés.

À ce titre, la Constitution de la V^e République, en créant le Conseil constitutionnel en 1958, puis en ouvrant largement sa saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974 et en instaurant en 2008 un contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur (la question prioritaire de constitutionnalité – QPC -), a marqué une réelle rupture avec une tradition juridique jusque-là fort réservée à l'encontre du contrôle de constitutionnalité. Si cette technique de démocratie n'est plus réellement contestée aujourd'hui, la question de la force de la loi votée par le Parlement a néanmoins pris un nouveau tour avec la montée en puissance de nouvelles formes de contrôle par des juridictions internationales spécialisées, la Cour européenne des droits de l'homme, notamment.

i Le contrôle timide d'un organe juridictionnel

- Un organe particulier à nomination politique mais à vocation impartiale

Le titre VII de la Constitution¹³ du 4 octobre 1958 est entièrement consacré à un nouvel organe : le Conseil constitutionnel.

Aux termes de l'article 56¹⁴, le Conseil comprend, à vie des membres de droit - les anciens Présidents de la République¹⁵ et, pour un mandat de neuf ans non renouvelable, des membres nommés par tiers tous les trois ans, par les plus hautes autorités de l'État : trois par le Président de la République, trois par le Président du Sénat et trois par le Président de l'Assemblée nationale.

Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les nominations du Président de la

13 - <https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/role/constitution.pdf>

14 - <https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/role/constitution.pdf>

15 - https://ut1.scenari.univ-toulouse.fr/~static/fr-FR/home.xhtml#_ftn1

République sont soumises à l'avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Il ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Quant aux nominations effectuées par le président de chaque assemblée, elles sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

Le Président du Conseil constitutionnel (actuellement M. Laurent Fabius) est nommé en son sein par le Président de la République. Il dispose d'une voix prépondérante en cas de partage. Aucune compétence ni titre particulier n'est requis pour être nommé membre du Conseil, même si, en pratique, les autorités de nomination désignent le plus souvent d'éminents juristes et d'excellents connaisseurs de la vie politique et parlementaire.

Contrairement à certaines juridictions constitutionnelles d'inspiration anglo-saxonnes, le Conseil constitutionnel n'admet pas la publicité de ses délibérations ni la publication d'opinions dissidentes. Les décisions prises à la majorité des membres du Conseil engagent le Conseil tout entier, « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives juridictionnelles* », et « *ne sont susceptibles d'aucun recours* » (article 62 de la Constitution¹⁶).

[1]¹⁷ Le contrôle de constitutionnalité des lois, www.Senat.fr¹⁸

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres>¹⁹

- Des attributions diverses

Le Conseil dispose de compétences d'attribution : en d'autres termes, il ne peut exercer que les seules compétences qui lui sont expressément attribuées par la Constitution. Il a trois attributions principales :

En tant que juge constitutionnel, il contrôle la constitutionnalité des normes :

- Soit directement après le vote de la loi (contrôle *a priori*) sur la saisine d'une des autorités suivantes : Président de la République, Premier ministre, Président du Sénat, Président de l'Assemblée nationale, soixante députés ou soixante sénateurs (article 61 de la Constitution).

Dans le cadre de ce contrôle, les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 de la Constitution avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les Règlements des assemblées parlementaire, avant leur mise en application, doivent être systématiquement soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution (article 61 de la Constitution)[1].

De plus, il contrôle la compatibilité des engagements internationaux à la Constitution (article 54 de la Constitution).

- Soit à l'occasion de l'application de la loi et dans le cadre d'un procès en cours (contrôle *a posteriori*). C'est ce qu'on appelle la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui est posée par le justiciable qui conteste la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée. Cette question ne parvient au Conseil constitutionnel qu'après les filtres mis en œuvre par le Conseil d'État et la Cour de cassation (article 61-1 de la Constitution).

En tant que juge électoral, il veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin (article 58 de la Constitution). Il statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs (article 59 de la Constitution).

En tant qu'autorité constitutionnelle, il est amené à prendre des décisions ou à formuler des avis. Il est consulté sur la mise en place des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution et sur l'éventuel empêchement du Président de la République (article 7 de la Constitution).

16 - <https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/role/constitution.pdf>

17 - https://ut1.scenari.univ-toulouse.fr/~static/fr-FR/home.xhtml#_ftnref1

18 - <http://www.senat.fr/>

19 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres>

[1] "DC - Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées

Loi ordinaire : L'article 61, alinéa 2, de la Constitution dispose que les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Loi organique : Des articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa premier, de la Constitution, il résulte que les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après avoir été examinées par le Conseil constitutionnel. Selon l'article 17 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le Premier ministre doit saisir le Conseil constitutionnel à cette fin.

Traité : L'article 54 de la Constitution dispose que si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Règlements des assemblées (Assemblée nationale, Sénat) : L'article 61, alinéa premier, de la Constitution dispose que le règlement de l'Assemblée nationale et le règlement du Sénat, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Le Conseil statue sur saisine du président de l'assemblée concernée", conseil-constitutionnel.fr.

ii Un contrôle moderne :

- La décision fondatrice : liberté d'association – 1971

Avant 1971, le Conseil était saisi rarement et limitait son contrôle à des griefs de forme ou de partage des compétences, comme notamment le non-respect des règles de recevabilité des amendements ou l'empiètement de la loi sur le domaine réglementaire. 1971 a marqué un tournant, puisque pour la première fois, le Conseil, sur saisine du Président du Sénat, a statué sur le fond, en considérant qu'une loi tendant à modifier la *loi du 1er juillet 1901 portant liberté d'association*²⁰, dès lors qu'elle subordonnait à contrôle préalable de l'autorité judiciaire l'acquisition de la capacité juridique des associations, méconnaissait un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Le Conseil a fondé sa décision sur les principes reconnus par le Préambule de la Constitution. En conséquence, il a étendu « le bloc de constitutionnalité », au Préambule de la Constitution et, par renvoi, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au Préambule de la Constitution de 1946 et aux Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Cette décision a grandement accru l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

- La révision majeure de 1974 : un contrôle démocratique

En 1958, seules les plus hautes autorités de l'État -Président de la République, Premier ministre, Président du Sénat et Président de l'Assemblée nationale- avaient été autorisées à saisir le Conseil constitutionnel. La révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, en étendant cette saisine à soixante députés ou soixante sénateurs, a changé la portée du contrôle de constitutionnalité.

Elle a permis à l'opposition parlementaire d'agir juridiquement et au Conseil d'assurer une meilleure protection des droits et libertés des citoyens, garantis par la Constitution. Cette réforme a ouvert la voie à un contrôle affermi du Conseil. Ainsi, sur saisine de parlementaires, il n'est guère de grande loi qui ait échappé au contrôle de constitutionnalité depuis 1974. (...) Une autre réforme importante qui a changé le rôle du Conseil constitutionnel[1] et mérite quelques développements spécifiques.

20 - <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AAEBG.htm>

[1] « La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est un droit nouveau reconnu par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1) et entré en vigueur le 1er mars 2010.

Il permet à tout justiciable de contester, devant le juge en charge de son litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire parce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Cette réforme modifie deux aspects importants du contrôle de constitutionnalité²¹ :

la *saisine du Conseil constitutionnel*²² n'est plus réservée à des autorités politiques (président de la République, Premier ministre, présidents des assemblées, 60 députés ou sénateurs) ;

le contrôle ne s'effectue plus seulement *a priori*, c'est-à-dire avant la promulgation d'une loi, mais également sur tous les textes législatifs déjà entrés en vigueur (contrôle *a posteriori*), y compris avant la création du Conseil constitutionnel en 1958.

Les modalités de cette procédure ont été définies par la loi organique du 10 décembre 2009.

Les textes concernés par ce contrôle sont les lois, les ordonnances ratifiées par le Parlement et les lois du pays de Nouvelle-Calédonie », <https://www.vie-publique.fr/fiches/19560-quest-ce-que-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc>.

4. Le conseil constitutionnel et la Question prioritaire de constitutionnalité – QPC -

La QPC a été introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1) et est entrée en vigueur le 1er mars 2010. Le Conseil constitutionnel propose sur son site *une présentation très éclairante de la QPC et de ses enjeux* :

"La QPC est posée devant une juridiction afin que le Conseil constitutionnel puisse juger si une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Seul le Conseil constitutionnel peut alors abroger la disposition législative[1] en cause. (...)

La QPC permet de contester la conformité d'une disposition législative aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Ces droits et libertés résultent de *la Constitution de 1958*²³ elle-même (liberté individuelle...) et des textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution, à savoir ce qu'il est convenu d'appeler le bloc de constitutionnalité :

- *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*²⁴ (droit de propriété, égalité devant la loi, liberté d'expression...),
- *Le Préambule de la Constitution de 1946*²⁵, c'est-à-dire :
 - Les droits économiques et sociaux énumérés par ce préambule (liberté syndicale, droit de grève...)[2],
 - Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (liberté d'association...),
- *La Charte de l'environnement de 2004*²⁶ (principe de participation...).

21 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19530-quest-ce-que-le-controle-de-constitutionnalite-des-lois>

22 - <https://www.vie-publique.fr/fiches/19559-qui-peut-saisir-le-conseil-constitutionnel>

23 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

24 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

25 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>

26 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/charte-de-l-environnement-de-2004>

[1] « Il peut notamment s'agir d'une loi organique ou ordinaire, ainsi que d'une ordonnance ratifiée par le Parlement. La date de l'adoption de ce texte importe peu. Par ailleurs, une disposition législative qui a été abrogée, mais qui reste applicable au litige, peut faire l'objet d'une QPC », <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constit>

[2] « le Préambule proclame, comme particulièrement nécessaires à notre temps, des principes politiques, économiques et sociaux qui sont limitativement énumérés, soit le droit d'obtenir un emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de mener une vie familiale normale ou le droit à la protection de la santé. Certains de ces droits, à l'instar du droit à la protection de la santé, sont qualifiés par la doctrine de « droits-créances », car, à la différence des « droits-libertés », ils appellent une « intervention de l'État pour mettre en œuvre un objectif social autonome » (Laurence GAY²⁷). », <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>²⁸

Comment pose-t-on une QPC ?

À quelle occasion ?

On peut poser une QPC lorsque l'on est parti à une instance en cours devant une juridiction. La QPC est donc posée à titre incident. La question peut être posée à tout moment de la procédure tant en première instance, qu'en appel ou en cassation. En matière criminelle, la question ne peut être posée que durant la phase d'instruction.

Les règles de représentation obéissent aux règles applicables devant la juridiction saisie de l'instance.

Devant quelles juridictions ?

Une QPC est recevable devant toutes les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Une seule exception : on ne peut poser de QPC devant la cour d'assises.

Comment présenter une QPC ?

- *Les conditions de forme*

La QPC doit être soulevée par écrit. L'écrit doit être motivé. Il doit toujours être distinct des autres conclusions qui sont produites dans l'instance.

- *Les conditions de fond*

Une QPC doit démontrer que sont réunies trois conditions :

1 - L'applicabilité de la loi au litige : La disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites.

2 - L'absence de déclaration préalable de conformité : La disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.

Ce critère s'applique même dans le cas où l'on invoque un nouveau fondement d'atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Seul un changement des circonstances peut permettre de poser une QPC sur une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution.

Pour savoir si la disposition a déjà été déclarée conforme, un tableau sur le site Internet du Conseil présente, à titre informatif, la liste de ces dispositions.

3 - Le caractère sérieux ou nouveau de la question :

Le juge de première instance ou d'appel examine si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Le mémoire doit motiver en quoi la disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit ou en quoi cette question est nouvelle.

Vous pouvez vous référer au tableau des dispositions législatives déjà déclarées conformes²⁹ à

27 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite>

28 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>

29 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/dispositions>

la Constitution sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

Que se passe-t-il une fois que l'on a posé une QPC ?

Devant le juge du fond

Lorsque le juge de première instance ou le juge d'appel reçoit une QPC, il doit se prononcer sur la QPC « sans délai », c'est-à-dire rapidement.

Si les conditions sont réunies, il transmet la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation et, en principe, ne statue pas sur le fond du litige dans l'attente de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (sauf s'il s'agit d'une instance dans laquelle la personne est privée de liberté ou s'il y a urgence).

Si la QPC n'est pas transmise, la contestation de cette non-transmission est possible seulement lors du recours en appel ou en cassation visant la décision rendue au fond.

Devant le Conseil constitutionnel

La procédure

Le Conseil constitutionnel a adopté *un règlement sur la procédure relative à la QPC*³⁰ le 18 février 2010. Le Conseil doit rendre sa décision dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Pendant ce délai, les parties sont invitées à échanger des mémoires écrits puis, seront convoquées à une audience de plaidoirie.

La représentation par un avocat n'est pas obligatoire pour la phase d'instruction écrite. En revanche, seuls les avocats peuvent intervenir lors de l'audience publique de plaidoirie.

La décision

- Soit le Conseil déclare la disposition législative conforme à la Constitution :

Cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridiction doit l'appliquer, en prenant en compte les éventuelles réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel.

Cette décision s'impose également à tous les pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

- Soit le Conseil déclare la disposition législative contraire à la Constitution :

La décision du Conseil constitutionnel porte abrogation de cette disposition, qui disparaît ainsi de l'ordre juridique. La déclaration d'inconstitutionnalité bénéficie en principe à la partie qui a présenté la QPC, à toutes celles qui ont des QPC pendantes sur la même disposition ou à celles qui avaient des instances en cours mettant en jeu cette disposition.

Il appartient toutefois au Conseil constitutionnel de fixer les effets dans le temps de sa décision d'abrogation. Par exemple, le Conseil constitutionnel peut déterminer une date ultérieure à partir de laquelle l'abrogation produira ses effets, afin notamment de laisser au Parlement le temps de corriger l'inconstitutionnalité.

Il n'est pas possible de faire appel d'une décision du Conseil constitutionnel".

Sources : <https://www.conseil-constitutionnel.fr>³¹

30 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions>

31 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr>