



**Institut de droit des affaires internationales**  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

**DROIT CONSTITUTIONNEL – S1**  
**2023 - 2024**

Cours magistral de Mme la Professeure Agnès ROBLOT-TROIZIER  
Agrégée de droit public

**FICHE 7 :**

**LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

## Exercices

### 1° DISSERTATION

« Est-ce que la QPC constitue un moyen exceptionnel de protection des droits et libertés fondamentales ? »

### 2° Recherche de définitions

Cherchez une définition pour chacun de ces différents types de contrôle de constitutionnalité :  
Contrôle abstrait / concret ; contrôle a priori / a posteriori ; contrôle concentré / diffus ; contrôle par voie d'action / par voie d'exception.

### Documents :

#### *I. Les différents modèles de contrôle de constitutionnalité*

- Document n°1 – N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, éd. Cerf, 1996, p. 22 à 25.
- Document n°2 – COUR SUPREME DES ETATS UNIS, arrêt *Marbury versus Madison*, 1803 (extraits).
- Document n°3 – L. FAVOREU, *Le modèle européen de justice constitutionnelle*, extrait de *Les Cours constitutionnelles, Que sais-je*, PUF, 1996.

#### *II. Le contrôle de constitutionnalité en France*

- Document n°4 – *Constitution française* (extraits)
- Document n°5 – *La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009* (extraits)

I. Les différents modèles de contrôle de constitutionnalité

Doc. 1 : N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, éd. Cerf, 1996, p. 22 à 25.

LIBÉRALISME ET DÉMOCRATIE

économique). Alors que l'État de droit s'oppose à l'État absolu compris comme *legibus solutus*, l'État minimal s'oppose à l'État maximal : il faut donc dire que l'État libéral s'affirme dans la lutte contre l'État absolu au nom de l'État de droit et contre l'État maximal au nom de l'État minimal, même si ces deux mouvements d'émancipation ne coïncident pas toujours historiquement et pratiquement.

Par « État de droit », on entend généralement un État où les pouvoirs publics sont régulés par des normes générales (les lois fondamentales ou constitutionnelles) et doivent être exercés dans le cadre des lois qui les réglementent, excepté le droit du citoyen de recourir à un juge indépendant pour faire reconnaître et repousser l'abus ou l'excès de pouvoir. Ainsi entendu, l'État de droit reflète la vieille doctrine, remontant aux classiques et transmise par les doctrines politiques médiévales, de la supériorité du gouvernement des lois sur le gouvernement des hommes, selon la formule « *lex facit regem* »<sup>1</sup>, et toujours vivante à l'âge de l'absolutisme lorsque l'interprétation de la maxime « *princeps legibus solutus* »<sup>2</sup> entendait que le souverain n'était pas soumis aux lois positives que lui-même promulguait mais aux lois divines et naturelles et aux lois fondamentales du règne. D'autre part, lorsqu'on parle d'État de droit, pour la doctrine libérale, il faut ajouter à la définition traditionnelle une déter-

1. H. BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, sous la dir. de G. E. WOODBINE, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1968, vol. II, p. 33.

2. ULPPIEN, *Dig.*, I, 3, 31.

3.

Les limites du pouvoir de l'État

Jusqu'ici nous avons parlé génériquement d'État limité ou des limites de l'État. Il faut, à présent, préciser que cette expression comprend deux aspects différents du problème qui ne sont pas toujours bien distingués : a) les limites des *pouvoirs* ; et b) les limites des *fonctions* de l'État. La doctrine libérale les comprend tous les deux, même s'ils peuvent être traités séparément et l'un à l'exclusion de l'autre. Le libéralisme est une doctrine de l'État limité tant au regard de ses pouvoirs que de ses fonctions. La notion courante qui sert à représenter le premier aspect est la notion d'*État de droit* ; la notion courante servant à représenter le second est la notion d'*État minimal*. Étant donné que le libéralisme conçoit l'État tant comme État de droit que comme État minimal, on peut envisager un État de droit qui ne soit pas minimal (par exemple l'État social contemporain), et on peut aussi imaginer un État minimal qui ne soit pas un État de droit (comme l'est, par rapport à la sphère économique, le Léviathan hobbesien, qui est un ensemble absolu dans le sens le plus plein du terme et libéral sur le plan

mination ultérieure : la constitutionnalisation des droits naturels, autrement dit la transformation de ces droits en droits juridiquement protégés, c'est-à-dire en véritables droits positifs. Dans la doctrine libérale, l'État de droit signifie non seulement subordination des pouvoirs publics de n'importe quel degré aux lois générales du pays qui constitue une limite purement formelle, mais aussi subordination des lois à la limite matérielle de la reconnaissance de certains droits fondamentaux reconnus constitutionnellement, et donc par principe « inviolables » (cet adjectif se trouve dans l'article 2 de la Constitution italienne). De ce point de vue, on peut parler d'État de droit au sens fort pour le distinguer de l'État de droit au sens faible, qui est l'État non despotique, c'est-à-dire régi non par les hommes mais par les lois, et de l'État de droit dans un sens encore plus faible, tel que l'incarne le modèle kelsenien, selon lequel, une fois établie la Constitution juridique de l'État, tout État est État de droit (et la notion même d'État de droit perd ainsi toute force significative).

De l'État de droit au sens fort, qui est celui de la doctrine libérale, relèvent tous les mécanismes constitutionnels qui excluent ou entravent l'exercice arbitraire et illégitime du pouvoir et en interdisent ou en découragent l'abus, ou l'exercice illégal. Parmi ces mécanismes, les plus importants sont : 1) le contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif, ou plus exactement du gouvernement auquel revient le pouvoir exécutif par le Parlement auquel revient en dernière instance le pouvoir législatif et d'orientation politique ; 2) le contrôle éventuel du Parlement dans l'exercice

du pouvoir législatif ordinaire par une cour juridictionnelle chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois ; 3) une autonomie relative du gouvernement local sous toutes ses formes et de n'importe quel degré par rapport au gouvernement central ; 4) une magistrature indépendante du pouvoir politique.

Doc. Fr.

C'est dans l'arrêt « Marbury v. Madison » que la Cour suprême des Etats-Unis a affirmé le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Les circonstances de l'affaire posaient à la Cour un problème particulièrement délicat. La veille du dernier jour de son mandat, le Président sortant des Etats-Unis, John Adams, avait nommé William Marbury à un poste de juge de paix fédéral. Cette nomination était régulière et définitive, mais elle n'avait pas été officiellement notifiée à l'intéressé, et le nouveau Président, Thomas Jefferson, ordonna à son secrétaire d'Etat, Madison, de ne pas y donner suite.

William Marbury s'adressa à la Cour suprême afin qu'elle enjoigne au secrétaire d'Etat de lui envoyer une copie de l'acte de nomination et de l'installer dans ses fonctions. D'après une loi de 1789 sur l'organisation judiciaire, la Cour était effectivement compétente pour délivrer une injonction à cette fin. Mais elle ne tenait guère à user de ce pouvoir car, dans les circonstances politiques de l'époque, sa décision n'aurait vraisemblablement pas été exécutée, et son prestige en aurait beaucoup souffert. Pour éviter d'avoir à se prononcer sur le fond, elle se déclara incompétente au motif que la loi de 1789 sur l'organisation judiciaire était contraire à la Constitu-

La question de savoir si une loi contraire à la Constitution peut devenir une règle applicable dans le pays est une question d'intérêt primordial pour les Etats-Unis ; mais, heureusement, infiniment moins complexe qu'importante. (...)

Le droit originel du peuple à établir pour son futur gouvernement les principes qui, de l'avis général, doivent assurer le bonheur de la nation est l'un des fondements sur lesquels s'est érigée toute la structure sociale américaine. L'exercice de ce droit originel est très étendu, mais il ne saurait être trop souvent répété. Les principes ainsi établis sont donc considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils procèdent est l'autorité suprême, qui ne peut que rarement agir, ils sont conçus pour être permanents. Cette volonté initiale et suprême définit l'organisation du gouvernement et assigne aux différents départements gouvernementaux leurs pouvoirs respectifs. Elle peut s'en tenir là, ou fixer certaines limites que ces administrations ne doivent pas enfreindre.

L'institution du gouvernement des Etats-Unis correspond à ce second cas. Les pouvoirs du législatif sont définis et délimités, et une Constitution est écrite pour que ces limites ne soient pas mal interprétées ou oubliées. A quoi servirait donc que les pouvoirs soient limités et que ces limites soient fixées par écrit, si elles pouvaient à tout moment être transgressées par ceux que l'on entend restreindre ? (...)

C'est une proposition trop évidente pour être contestée que de dire que la Constitution prime sur tout acte législatif qui lui est contraire ; s'il en était autrement, le Parlement pourrait altérer la Constitution par une simple loi.

Il n'y a pas de moyen terme dans cette alternative. Ou bien la Constitution est supérieure à la loi, inchangeable par des moyens ordinaires ; ou bien elle est au même niveau que les actes législatifs ordinaires et, comme les autres actes législatifs, amendable lorsque le Parlement a envie de l'amender. Si l'on admet la première hypothèse, on doit considérer qu'un acte législatif contraire à la Constitution n'est pas une loi ; si au contraire on adopte la deuxième hypothèse, alors les Constitutions écrites sont, quant au peuple, des tentatives absurdes de limiter un pouvoir qui par nature n'est pas limitable.

Assurément, tous ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les ont conçues comme représentant la loi fondamentale et suprême de la nation ; en conséquence, le principe de tout gouvernement de cet ordre doit être qu'une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle. Cette théorie est essentiellement applicable à une Constitution écrite et, partant, doit être considérée par cette Cour comme un des principes fondamentaux de notre société. (...)

55

L'arrêt Marbury versus Madison, extraits, 1803

On a qualifié cet arrêt de « coup de maître », car la Cour avait réussi à instituer le contrôle de constitutionnalité à propos d'une affaire qui n'en faisait pas apparaître toutes les virtualités, et qui suscita donc peu de protestations. En refusant d'exercer une compétence particulière que le Congrès lui avait attribuée, la Cour s'était placée au-dessus du législateur et s'était reconnu le droit de paralyser toutes les lois qui lui paraîtraient contraires à la Constitution.

Dans les extraits reproduits ci-après, le Chief Justice Marshall expose les principaux arguments que l'on peut invoquer en faveur du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Si une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle, doit-elle, indépendamment de sa validité, lier les tribunaux et les obliger à lui donner effet ? Ou, en d'autres termes, bien qu'elle ne soit pas une loi, constitue-t-elle une règle aussi opérante qu'une loi ? Admettre cela reviendrait à renverser dans les faits ce qui a été établi en théorie, et pourrait paraître à première vue une absurdité trop énorme pour qu'il soit besoin d'insister. Nous accorderons néanmoins à ce problème un peu plus d'attention.

C'est dans une très large mesure le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est la loi. Ceux qui ont pour tâche d'appliquer la règle aux cas particuliers doivent nécessairement expliciter et interpréter la règle. Quand deux lois sont en conflit, les tribunaux doivent trancher sur l'application de chacune d'elles. En supposant, par exemple, qu'une loi soit en opposition avec la Constitution, et qu'un cas particulier relève aussi bien de la loi que de la Constitution, en sorte que la Cour ait à décider, soit d'appliquer la Constitution en ignorant la loi, soit d'appliquer la loi en ignorant la Constitution, elle devra déterminer quelle est celle des deux règles en conflit qui s'applique au cas particulier. C'est là une tâche essentielle du pouvoir judiciaire. Si les tribunaux doivent se référer à la Constitution, et si la Constitution est supérieure à tout acte législatif ordinaire, c'est la Constitution et non la loi ordinaire qui doit régir le cas auquel toutes deux sont applicables.

Ceux qui contestent le principe selon lequel la Constitution doit être considérée devant un tribunal comme la loi suprême, sont nécessairement conduits à soutenir que les tribunaux doivent fermer les yeux sur la Constitution pour ne voir que la loi. Pareille doctrine saperait le fondement même de toutes les Constitutions écrites. Autant dire qu'une loi absolument nulle d'après les principes et la théorie de notre gouvernement est néanmoins dans la pratique absolument obligatoire, ou encore qu'alors même que le Parlement agirait dans un sens expressément défendu, la loi qu'il aurait ainsi votée sans tenir compte de l'interdiction expresse serait dans la pratique effective. Cela reviendrait à donner au Parlement une toute-puissance de fait et réelle, tout en prétendant confiner ses pouvoirs dans des limites étroites ; autrement dit, imposer des limites et déclarer que ces limites peuvent être transgressées à plaisir. (...)

## LE MODÈLE EUROPÉEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Ce modèle européen, qui connaît aujourd'hui une trentaine d'illustrations, n'aurait pas existé sans Kelsen. Par ses travaux et par son projet de Constitution autrichienne de 1920, le maître de Vienne a mis au point un nouveau type de justice constitutionnelle s'opposant au modèle américain.

Dans le système américain, la justice constitutionnelle est confiée à l'ensemble de l'appareil judiciaire et elle ne se distingue pas en fait de la justice ordinaire dans la mesure où tous les litiges, quelle que soit leur nature, sont jugés par les mêmes tribunaux et sensiblement dans les mêmes conditions. La dimension constitutionnelle peut être présente dans tous les litiges et ne nécessite pas un traitement particulier : il n'existe pas à vrai dire de contentieux constitutionnel, pas plus qu'il n'existe de contentieux administratif ou judiciaire, car il n'y a aucune raison de distinguer parmi les affaires portées devant le même juge.

Le modèle européen est tout autre. Le contentieux constitutionnel, que l'on distingue du contentieux ordinaire, est du ressort exclusif d'un tribunal spécialement

constitué à cet effet et qui peut statuer, sans qu'il y ait à proprement parler litiges, sur saisine directe d'autorités politiques ou juridictionnelles, voire de particuliers, par des décisions ayant effet absolu de chose jugée.

Les Européens ont ainsi relevé le défi magistralement exprimé par Tocqueville en 1835 :

« Les Américains ont... confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique ; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.

« Si le juge avait pu attaquer les lois de façon théorique et générale, s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique ; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et dans une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un intérêt individuel ; la loi ne se trouve blessée que par hasard. »

### I. — Le choix du modèle européen

Comment les Européens ont-ils pu adopter le système impliquant un affrontement direct et ouvert avec le législateur alors que la révérence envers celui-ci les avait empêchés au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle d'adopter le système américain, apparemment pourtant moins attentatoire aux droits du Parlement ?

#### 1. Le rejet du modèle américain. —

2. L'adoption du modèle kelsénien. — Le succès du modèle kelsénien après la seconde guerre mondiale tient à plusieurs causes que l'on retrouve dans la plupart des pays qui l'ont adopté.

A) *Raisons historiques.* — a) Elles peuvent être invoquées tout d'abord par l'Allemagne et l'Autriche. — Dans ces deux pays, en effet, l'idée d'un Tribunal d'Empire ayant déjà les attributions d'une Cour constitutionnelle, du moins en ce qui concerne les litiges fédéraux, est exprimée dès 1848, et réalisée, du moins en Autriche, en 1867 (v. *infra*, p. 31).

On peut également invoquer dans le même sens pour la France, le précédent de la « jurie constitutionnaire » de Sieyès ; et pour l'Espagne le Tribunal des garanties constitutionnelles de la II<sup>e</sup> République.

b) Plus près de nous, d'autres raisons peuvent être avancées. Ce sont, tout d'abord, les terribles leçons des expériences nazi et fasciste qui sont directement la source de la création des Cours constitutionnelles en Allemagne et en Italie, et du rétablissement de la Cour autrichienne. C'est également la volonté d'établir une véritable démocratie après les périodes de dictature qui explique sans doute la création des Tribunaux espagnol et portugais. Et dans ces divers cas, si l'on choisit le modèle kelsénien plutôt que le modèle américain, c'est, au-delà des controverses doctrinales de l'avant-guerre, parce qu'on n'a plus confiance dans les juges ordinaires. En outre, on ne craint plus de porter atteinte à la souveraineté du législateur car le législateur a failli à sa mission ; il a montré qu'il pouvait être oppresseur et fait apparaître ainsi la nécessité de se défendre aussi contre lui.

B) *Raisons théoriques.* — La construction de Hans Kelsen telle qu'elle est exposée dans son étude de 1928 et dans la thèse de son disciple, Charles Eisenmann, apparaît aujourd'hui comme étonnamment moderne. Kelsen et Eisenmann ont démontré que la constitution d'un Tribunal constitutionnel, chargé notamment de contrôler la constitutionnalité des lois, était parfaitement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs. Et par là même, ils ont supprimé les derniers obstacles.

a) Selon Kelsen tout d'abord, la Constitution devant être la norme fondamentale, c'est-à-dire celle dont découlent toutes les autres, il convient « de lui assurer la plus grande stabilité possible » en rendant sa révision difficile ; étant précisé que la notion de Constitution doit être entendue au sens large car « les Constitutions modernes contiennent non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles... La Constitution n'est pas alors uniquement une règle de procédure, mais aussi une règle de fond ». La garantie de la Constitution repose principalement sur la possibilité d'annulation des actes qui lui sont contraires, mais en aucun cas « il ne faut confier l'annulation des actes irréguliers à l'organe même qui les a faits » car :

« L'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qui doit charger de l'annulation des actes inconstitutionnels — c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel. »

b) Deux objections peuvent être faites à ce système : il serait incompatible avec la souveraineté du Parlement et contraire à la séparation des pouvoirs.

A la première objection, après avoir remarqué « qu'il ne peut pas être question de la souveraineté d'un organe étatique particulier, la souveraineté appartenant tout au plus à l'ordre étatique lui-même », Kelsen répond que « la législation est subordonnée à la Constitution absolument comme la justice et l'administration le sont à la législation » et si « contrairement à ces vues, on continue d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif de ne pas se laisser - en contradiction patente avec le droit positif - limiter par les normes de la Constitution ». On ne saurait mieux qualifier l'attitude de ceux qui réclament l'instauration de l'État de droit mais refusent son application au législateur. Car, comme le dit Charles Eisenmann dans les dernières lignes de sa thèse : « Deux partis s'offrent et deux seulement : ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'en assurer le respect par lui. Entre eux deux, il faut choisir. Le choix peut-il être douteux ? »

A la deuxième objection, on sait que Kelsen oppose sa célèbre théorie du « législateur négatif » selon laquelle certes, « annuler une loi c'est poser une norme générale », mais la différence essentielle entre la confection et la simple annulation des lois c'est que la « libre création » qui caractérise la première, fait complètement défaut à la seconde car, à la différence de celle du législateur (positif), « l'activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution » (p. 226). Cette construction gênait quand même la doctrine française qui, favorable à la justice constitutionnelle, choisissait cependant le système américain parce que refuser d'appliquer une loi (avec autorité relative de chose jugée) ne constituait pas une atteinte à la séparation des pouvoirs. Ce à quoi Eisenmann répondait s'adressant principalement à Duguit, Hauriou et Jèze (thèse, p. 107) :

« Il n'y a pas entre les deux systèmes envisagés une différence de nature, mais simplement la différence - de degré - d'une annulation relative ou limitée à une annulation absolue ou définitive... Songe-t-on à admettre que le Conseil d'État ne juge que quand il refuse d'annuler un acte qui lui est soumis, qu'il administre au contraire lorsqu'il annule une décision administrative individuelle, qu'il légifère enfin - du point de vue matériel - lorsqu'il annule un règlement ? N'est-il pas curieux de trouver chez des théoriciens aussi éminents du droit public cette adhésion - d'un instant - au dogme civiliste de l'autorité relative de chose jugée ? »

On peut ajouter qu'aujourd'hui on considère dans la plupart des pays qui ont adopté le modèle kelsénien (voir *infra*) que la juridiction constitutionnelle se situe en dehors des trois pouvoirs dont elle est chargée de faire respecter les attributions respectives. Dès lors le problème ne se pose plus.

C) Raisons institutionnelles ou politiques. — Le doyen Hauriou disait déjà en 1929 : « On se rend compte de la nécessité de contrôler les parlements parce que leur législation mue par les passions électorales, est devenue une dangereuse menace pour les

libertés » (*Précis*, 2<sup>e</sup> éd., p. 636). Cette nécessité est devenue impérieuse lorsque les régimes parlementaires ou semi-parlementaires ont évolué vers un système dans lequel s'exerce, sans limites, un pouvoir majoritaire composé de la majorité parlementaire soudée à un Gouvernement stable et monolithique, parfois renforcé par un chef de l'État élu de même tendance. Face au bloc majoritaire, l'opposition a besoin de protection ; et la majorité elle-même a besoin d'un contre-poids car sinon on n'est plus en régime parlementaire. L'omnipotence d'un pouvoir majoritaire stable et homogène fait naître la nécessité d'une justice constitutionnelle dans les régimes parlementaires ou semi-parlementaires européens de type continental. C'est ce qui est exprimé, par exemple, à propos de l'Allemagne fédérale : « La disparition en pratique de la responsabilité parlementaire du Gouvernement fait que le Tribu-

nal constitutionnel fédéral sera amené de plus en plus à assumer cette fonction afin de garantir un contrôle effectif du Gouvernement. »<sup>1</sup> C'est ce qu'expriment aussi d'autres auteurs pour l'Autriche<sup>2</sup> ou pour l'Espagne. Quant à la France, le phénomène est patent et explique que, sous la V<sup>e</sup> République, les partis de gauche traditionnellement hostiles à la justice constitutionnelle se soient convertis, lorsqu'ils étaient dans l'opposition, face à une majorité stable et puissante.

Le Parlement « peut mal faire » et, en son sein, une majorité peut opprimer. En fait, à la différence des États-Unis, il n'y a plus de séparation des pouvoirs du fait du monolithisme du bloc majorité parlementaire - Gouvernement. Et finalement, comme le souligne M. Burmeister, le juge constitutionnel doit intervenir « afin de garantir un contrôle effectif du Gouvernement ». Car dans les systèmes européens hostiles à l'exercice de la justice constitutionnelle par les tribunaux ordinaires, l'évolution du régime parlementaire vers un « régime majoritaire » aboutit en fait à conférer une immunité juridictionnelle aux actions du Gouvernement dans la mesure où elles prennent la forme de projets de lois votés, sans sourcilier, par une majorité parlementaire « aux ordres ».

Et le cas italien n'est qu'une exception apparente. Car s'il n'y a pas de majorité stable et cohérente en Italie, il n'y a pas non plus de « véritable alternance » et dès lors, les mêmes partis se partagent le pouvoir au sein du Gouvernement dans le cadre de ce que l'on appelle la *contrattualizzazione* : le Parlement étant trop faible pour arrêter des choix décisifs, tout est négociable, et le rôle de la Cour est d'éviter les excès de *contrattualizzazione* qui pourraient jouer au détriment de ceux qui n'y participent pas (Zagrebsky, RDP, 1984, p. 1181).

1. Burmeister, Rapport au Colloque de Strasbourg, mai 1982.  
2. Voir observations in RDP, 1984, n° 5, p. 1180-1181.

## II. Le contrôle de constitutionnalité en France

### Doc. 4 : Constitution de 1958 (extraits)

#### Article 61

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à [l'article 11](#) avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, 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.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

#### Article 61-1

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique\* détermine les conditions d'application du présent article.

*\*La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a été publiée au Journal officiel du 11 décembre 2009.*

#### Article 62

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de [l'article 61](#) ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de [l'article 61-1](#) est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

**Article 1<sup>er</sup>**

Après le chapitre II du titre II de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il est inséré un chapitre II *bis* ainsi rédigé :

« *CHAPITRE II BIS*

« *De la question prioritaire de constitutionnalité*

« *Section 1*

« *Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation*

« *Art. 23-1.* – Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

« Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

« Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

« Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation.

« *Art. 23-2.* – La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

« 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

« 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

« 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

« En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

« La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

« *Art. 23-3.* – Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

« Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

« La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

« En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

« Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.

« Section 2

« Dispositions applicables  
devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

« Art. 23-4. – Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

« Art. 23-5. – Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

« En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

« Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

« Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

« Art. 23-6. – Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation prévues à l'article 23-2 et au dernier alinéa de l'article 23-1. Le mémoire mentionné à l'article 23-5, présenté dans le cadre d'une instance devant la Cour de cassation, lui est également transmis.

« Le premier président avise immédiatement le procureur général.

« L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée.

« Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre.

« Pour l'application des deux précédents alinéas, le premier président peut être suppléé par un délégué qu'il désigne parmi les présidents de chambre de la Cour de cassation. Les présidents des chambres peuvent être suppléés par des délégués qu'ils désignent parmi les conseillers de la chambre.

« Art. 23-7. – La décision motivée du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

« La décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.