

LA FIN D'UNE EXCEPTION  
FRANÇAISE ?

« Ce dont vous aviez rêvé, je vous l'ai offert. »

5

NICOLAS SARKOZY<sup>1</sup>.

Il y a plus de trente ans, Jean Rivero constatait, à propos de la nouvelle répartition des compétences normatives instaurée par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, que « la révolution n'a[vait] pas eu lieu<sup>2</sup> ». Au sujet d'un autre aspect des institutions mises en place par le général de Gaulle, celui de la justice constitutionnelle, il semble possible d'affirmer au contraire que la révolution dont la Constitution de 1958 portait la promesse a bel et bien eu lieu.

Bien que le principe en ait été posé dès le préambule de la Déclaration de 1789, il aura donc fallu plus de deux siècles pour parvenir à l'instauration d'un système de justice constitutionnelle qui accorde au citoyen la possibilité de se prévaloir de la Constitution contre les pouvoirs publics ; plus de deux siècles pour que soit donnée une réponse à Sieyès, qui s'adressait en ces termes à la Convention : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre. Un oubli de ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil ; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre

---

1. « Allocution au Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel », Paris, Auditorium du Louvre, 3 novembre 2008, <http://www.elysee.fr/president/root/bank/pdf/president-5208.pdf>, p. 4 (consulté le 12 octobre 2010).

2. Jean Rivero, « Rapport de synthèse », in Louis Favoreu (dir.), *Vingt Ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence, PUAM, 1978, p. 263.

politique ? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer. Il m'est donc permis de le demander : qui avez-vous nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la Constitution<sup>3</sup> ? »

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit que « 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 » (art. 61-1, al. 1<sup>er</sup> C)<sup>4</sup>. Elle a enfin réparé l'« oubli ».

6 Sous les dehors techniques d'une voie de droit inédite dénommée « question prioritaire de constitutionnalité », l'évolution de l'un des plus anciens constitutionnalismes du monde vers l'âge adulte se trouve parachevée. Toutefois, cette impression ne peut qu'être mêlée d'un certain nombre d'interrogations. Le « constitutionnalisme »<sup>5</sup> qui s'exprime aujourd'hui en France pourrait sembler en décalage par rapport au ton de l'époque, tel qu'il ressort de nombreux débats internationaux.

La satisfaction de voir dépasser une époque d'infantilisme constitutionnel se verrait tempérée par la crainte de lacunes et d'anachronismes. Tout triomphalisme serait alors la marque d'un discours et d'une pratique en eux-mêmes dépassés.

#### LE DÉPASSEMENT D'UN CONSTITUTIONNALISME INFANTILE ?

La révision constitutionnelle de 2008 a fini par graver dans le marbre ce qui, pendant tant d'années, est resté du domaine de l'impensable : la mise à bas du légicentrisme rousseauiste de l'ordre juridique français. Tous les détours pour protéger la Constitution tout en évitant de laisser « les tribunaux [...] prendre directement ou indirectement [...] part à l'exercice du pouvoir législatif, [...] empêcher ou retarder l'exécution

3. Discours du 18 thermidor an III, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, H. Plon, 1862, t. XXV, p. 442.

4. Loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, *JO*, 24 juillet 2008, p. 11890.

5. On entend ici par « constitutionnalisme » un ensemble de discours, de la part des producteurs de droit, des praticiens et de la doctrine, ainsi que les présupposés et représentations sous-jacents à ces discours.

des décrets du corps législatif sanctionnés par le roi<sup>6</sup> » ont en effet été empruntés<sup>7</sup>.

Dès la première Constitution, l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des actes du corps législatif a été avancée afin de justifier le veto suspensif dont disposait le roi. On a ensuite imaginé d'attribuer cette compétence non au chef de l'État, mais à une assemblée législative, qu'il s'agisse du Conseil des Anciens<sup>8</sup> ou du Sénat conservateur<sup>9</sup>. Restant entre les mains des seules institutions politiques, à l'exclusion des particuliers, le contrôle n'opérait qu'*a priori*. Sous la III<sup>e</sup> République, les chambres résolvaient elles-mêmes la question de la constitutionnalité des lois<sup>10</sup>. Le contrôle était nécessairement exercé, d'une part, et concluait nécessairement à la constitutionnalité de la loi entrée en vigueur, d'autre part. Il s'intégrait si étroitement à la procédure d'adoption de la loi qu'il en devenait insignifiant.

Lors de sa création, le Conseil constitutionnel ne laissait *a priori* guère plus d'espoir que le Comité constitutionnel qui l'avait précédé. Mais la « divine surprise » advint. D'abord simple instrument du parlementarisme rationalisé, inféodé au père fondateur, au long d'une histoire jalonnée de quelques grandes dates – 1971 et la décision *Liberté d'association*<sup>11</sup>, 1974 et l'ouverture de la saisine<sup>12</sup>, 1980 et la nomination du doyen Vedel<sup>13</sup>, 1986 et celle de Robert Badinter<sup>14</sup>, et enfin 2008 –, le Conseil a su concrétiser ce qui avait toujours échoué jusqu'alors. Mais même la Constitution de 1958 n'avait pas remis en cause l'intangibilité de la loi promulguée. Une double révolution s'opère en effet depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, avec la possibilité d'une remise en cause de la loi à l'initiative du (simple) justiciable, d'une part, et après son entrée en vigueur, d'autre part. Cette justiciabilité pleine et entière de la Constitution française transfigure le constitutionnalisme hexagonal.

7

6. Loi des 16-24 août 1790, article 10.

7. Voir, plus généralement, Guillaume Tusseau, « El control político de constitucionalidad en Francia », in José Luis Prado Maillard (éd.), Ángela Figueruelo Burrieza, Gastón J. Enríquez Fuentes, Michael Núñez Torres (dir.), *El control político en el Derecho comparado*, Grenade, Comares, 2010, p. 31-50.

8. Article 88 et 97 C an III.

9. Article 21 et 37 C an VIII.

10. Raymond Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 10 septembre 1927, p. 339-354.

11. CC, 16 juillet 1971, décision 71-44 DC, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, *Rec.*, p. 29.

12. LC 74-904 du 29 octobre 1974, *JO*, 30 octobre 1974, p. 11035.

13. Décision du 24 février 1980, *JO*, 26 février 1980, p. 595.

14. Décision du 19 février 1986, *JO*, 20 février 1986, p. 2791.

Cette possibilité était latente. Dès les origines, le projet présenté par Sieyès<sup>15</sup> prévoyait aussi bien le contrôle *a posteriori* qu'un accès direct des citoyens au juge constitutionnel. Le Sénat du second Empire, si décrié, pouvait, lui aussi, être saisi *a posteriori* et par voie de pétitions individuelles (art. 29 C).

8 Sur un plan techniquement plus proche, la révolution opérée avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité renoue avec un contre-courant de la pensée juridique qui est toujours demeuré puissant. Les excès du parlementarisme de la III<sup>e</sup> République avaient suscité une notable effervescence intellectuelle. Les membres les plus éminents de la doctrine (Saleilles, Duguit, Hauriou, Jèze, Berthélemy, etc.), les hommes politiques (notamment André Tardieu), et les praticiens (notamment Paul Reynaud, alors avocat dans l'affaire Ratier, sollicitant du tribunal qu'il écarte l'application d'une loi inconstitutionnelle<sup>16</sup>) s'étaient, majoritairement, prononcés en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois. Les travaux du comité Bardoux<sup>17</sup> constituaient l'aboutissement de cette tendance.

Même le projet de constitution du maréchal Pétain du 30 janvier 1944 envisageait de franchir le pas. Ce texte de sinistre mémoire instaurait une Cour suprême de justice chargée de « la sauvegarde de la Constitution et [de] l'exercice de la justice politique » (art. 33 C). L'article 37 prévoyait que :

- « 1. Le recours pour inconstitutionnalité n'est recevable que s'il a pour base la violation d'une disposition de la Constitution. Il est formé par voie d'exception.
2. L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant toute juridiction, mais seulement en première instance, soit par le ministère public, soit par les parties, soit, d'office, par la juridiction saisie.
3. Dès qu'a été soulevée l'exception d'inconstitutionnalité, la procédure au principal est suspendue jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême de justice sur la valeur du recours.

15. Réimpression de l'ancien *Moniteur*, *op. cit.*, p. 451.

16. Stéphane Pinon, *Les Réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V<sup>e</sup> République*, préface Jacques Robert, avant-propos Jean Rossetto, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 114, 2003, p. 172, n. 15.

17. Voir Jacques Bardoux, *La France de demain. Son gouvernement, ses assemblées, sa justice. Textes du Comité technique pour la réforme de l'État*, préface Joseph-Barthélemy, Boris Mirkine-Guetzévitch, Librairie du Recueil Sirey, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine », vol. 8, 1936, p. 69-74, p. 250-268.

Cet arrêt s'impose à toute juridiction ayant à connaître de l'espèce à l'occasion de laquelle il a été rendu. »

Ces tentatives répétées de faire entrer le constitutionnalisme français dans l'âge du droit constitutionnel juridictionnel, inauguré aux États-Unis avec l'affaire *Marbury v. Madison*<sup>18</sup> et généralisé depuis lors à travers le monde, ont toutes échoué. Paradoxalement, la France s'est ainsi mise en marge du mouvement politico-institutionnel qu'elle avait inauguré en 1789. Lors du bicentenaire, elle rata même l'innovation qui aurait symboliquement rendu aux citoyens leur constitution<sup>19</sup>.

Elle rejoint aujourd'hui le concert des États modernes, presque tous dotés d'un système de recours préjudiciel, dès lors qu'ils ont mis en place un organe *ad hoc* afin de prendre en charge le contentieux constitutionnel<sup>20</sup>. À l'instar de la Bulgarie (art. 150.1 C) ou de la Russie (art. 125.2 C), la France retient une compétence exclusive des juridictions suprêmes afin de saisir le juge constitutionnel. Elle ne s'en approprie pas moins l'une des techniques par lesquelles les citoyens deviennent de véritables acteurs de l'État constitutionnel.

Ainsi que le souligne Robert Badinter, c'est là l'« étape ultime » dans l'histoire des efforts du Conseil constitutionnel pour se « hiss[er] “à la force du poignet” jusqu'au niveau des autres cours constitutionnelles<sup>21</sup> ». Le constituant lave à ce titre le constitutionnalisme hexagonal d'une forme d'indignité et d'immaturation.

En conduisant à une juridictionnalisation plus marquée du rôle et du fonctionnement du Conseil constitutionnel, la réforme fait d'abord œuvre de logique juridique. Elle remédie à l'incongruité tenant à la dissymétrie du régime juridique de la loi, totalement incontestable vis-à-vis de la Constitution une fois promulguée, d'une part, et quotidiennement mise à l'écart par les juges ordinaires en cas de conflit vis-à-vis des conven-

18. 5 US 137.

19. Voir Projet de loi constitutionnelle 1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990 et, consécutivement au Rapport du comité Vedel, Projet de loi constitutionnelle 231 déposé au Sénat le 10 mars 1993.

20. Voir, par exemple, article 140 C autrichienne, article 100 (1) LF allemande, article 23 *sq.* de la loi italienne n° 87 du 11 mars 1953, art. 163 C espagnole, article 156 C slovène, article 193 C polonaise, article 146.d C roumaine, article 152 C turque; article 113, alinéa 1 C nigérienne, article 86 C gabonaise, article 93, 6 C chilienne.

21. Robert Badinter, « Introduction », in collectif, *Le Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France. La saisine par les citoyens*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 11.

tions internationales, pourtant de valeur infraconstitutionnelle<sup>22</sup>, d'autre part. Elle permet ensuite de corriger les inconvénients inhérents à toute forme de contrôle *a priori* déclenché à l'initiative d'un nombre limité de requérants. Certains textes échappaient au contrôle, soit en raison de leur ancienneté, soit en raison de l'abstention, distraite ou calculée<sup>23</sup>, des autorités de saisine. La réforme conduira à une protection plus vigilante des droits fondamentaux, puisque confiée à ceux qui, au quotidien, en endurent les violations. Avec le concours des juges ordinaires, le citoyen peut enfin s'approprier la Constitution.

Un pas semble de la sorte incontestablement franchi. Aussi comprend-on que la réforme ait suscité l'enthousiasme quasi unanime de la doctrine lors de son adoption, donne lieu à un engouement maîtrisé des praticiens lors de sa mise en œuvre, et appelle, après les premiers mois de son application, des appréciations très majoritairement favorables des juges judiciaire, administratif ou constitutionnel<sup>24</sup>. Si nul ne songerait à nier l'importance de l'*aggiornamento* ainsi réalisé, il ne convient pas davantage de sombrer dans un puéril irénisme panglossien. Signes de maturité, le dispositif consacré en 2008 et le discours doctrinal qui l'accompagne n'en présentent pas moins plusieurs aspects datés.

## L'INFANTILISME D'UN CONSTITUTIONNALISME DÉPASSÉ ?

Sur le plan historique, la satisfaction de voir enfin aboutir une réforme sollicitée de longue date n'a d'égale que la déception ressentie devant le résultat. Le constituant de 2008 n'a pas été au-delà de ce qui pouvait être proposé depuis près de quatre-vingts ans en France et existait en Autriche depuis la même époque.

Par ailleurs, l'engagement de conférer de nouveaux droits au citoyen ne

22. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec., p. 369; Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, Bull., n° 4, p. 7.

23. Voir par exemple les propos de Pascal Clément, alors garde des Sceaux, le 26 septembre 2005, au sujet de l'instauration, pour certains délinquants, d'une obligation de port de bracelet électronique mobile: « Il y a un risque d'inconstitutionnalité. Les événements récents vont me pousser à le prendre et tous les parlementaires pourront le courir avec moi. Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel et ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus. »

24. Voir par exemple les propos exprimés de toutes parts lors du colloque organisé par *La Semaine juridique* à l'Assemblée nationale, « La question prioritaire de constitutionnalité – 1<sup>er</sup> bilan et prospective », Paris, 22 septembre 2010.

semble pas pleinement tenu. En témoigne, malgré la solidité des arguments dont elle peut se recommander, la procédure de double filtrage mise en place, contre la position du comité Balladur<sup>25</sup>. Le juge constitutionnel se trouve soumis à la bonne volonté du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Le citoyen – de même que le juge inférieur – demeure bel et bien, à la différence de ce qu'il est dans le domaine du contrôle de conventionnalité, dans une situation de mineur constitutionnel. De ce point de vue, bien que sous d'autres traits, perdure la dissymétrie entre garantie de la Constitution et garantie des conventions, qui a constitué un argument majeur de la réforme. La pratique dira laquelle s'avèrera la plus « compétitive<sup>26</sup> ».

De manière plus fondamentale encore, l'optique retenue est résolument celle du constitutionnalisme juridictionnel. Or ce choix dépasse la simple question de l'architecture technique d'une nouvelle voie de droit. Elle engage un véritable débat sur la forme d'unité politique privilégiée, et sur la forme de citoyenneté dont elle est solidaire. Aussi, puisque la politique sera un peu plus « saisie par le droit » qu'elle ne l'était<sup>27</sup>, doit-on s'interroger, à l'instar des États où la judiciarisation est plus avancée, sur l'orientation vers un type de société où le vocabulaire des droits, subjectifs et exclusifs, structure le rapport social. Quelle place peut-il rester, dans un tel contexte, à la formulation de projets collectifs, fondés sur l'idée de responsabilité des uns envers les autres, et sur la nécessité corrélatrice de compromis<sup>28</sup> ? Ouvrir la voie à ce que la forme du droit colonise l'expression de la revendication politique n'est de même pas un choix indifférent. Il impose le recours à une expertise particulière et s'avère, dans une certaine mesure, facteur de dépendance pour la conception et la formulation de la revendication politique elle-même.

On doit corrélativement s'interroger sans naïveté sur la possibilité que la QPC fasse enfin entrer la Constitution dans les foyers. La jurisprudence

11

25. Voir le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, <http://www.comite-constitutionnel.fr/accueil/>, 24 octobre 2007, p. 87-91 (consulté le 12 octobre 2010).

26. Pierre Bon, « Synthèse. La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », in *Le Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France*, op. cit., p. 223-241 ; voir également Paul Cassia, « Choisir la question prioritaire de constitutionnalité », in Dominique Rousseau (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais-Lextenso Éditions, 2010, p. 71-84.

27. Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit. Alternances, cohabitations et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

28. Voir Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991 ; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2004.

constitutionnelle ne va-t-elle pas devenir de plus en plus raffinée ? La « popularisation » de la Constitution ne sera-t-elle pas qu'illusoire ? Ne va-t-elle pas renforcer le caractère initiatique du savoir constitutionnel ? Le nouveau « droit constitutionnel vivant<sup>29</sup> » ne va-t-il pas susciter avant tout des débouchés pour la catégorie professionnelle des juristes constitutionnalistes ? Prenant, tout comme le droit constitutionnel lui-même, leur « revanche<sup>30</sup> » sur leurs collègues ou confrères, ceux-ci sont appelés à prêter leur assistance à la rédaction de recours, à rendre des consultations et à former les avocats et les juges à quarante années de jurisprudence offensive du Conseil en faveur des droits fondamentaux. De nouveaux produits – manuels, guides pratiques, revues, etc. – pourront être imaginés par les éditeurs. Avant même une révolution sur le plan des droits des citoyens, c'est plutôt un effet d'aubaine qui peut être attendu. Si elle se limitait à ces résultats, la réforme aurait incontestablement déçu.

12

L'histoire française compte pourtant quelques tentatives de constitutionnalisme populaire. Ainsi l'article 377 de la Constitution de l'an III prévoyait-il que « le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution [...] à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ».

Ce type de dispositif confie, à parité avec les pouvoirs constitués et les organes politiques traditionnels, la garantie du respect de la Constitution au peuple lui-même. Il paraît exclu des débats hexagonaux. Or, dans les États où la juridictionnalisation de la protection de la Constitution est avancée, l'idée de constitutionnalisme populaire est prise au sérieux<sup>31</sup>. La remise de la décision politique à une classe d'experts, de même que l'instauration de dispositifs de plus en plus nombreux destinés à limiter l'accès direct du peuple aux sphères de décision sont ainsi plus fréquemment mises en question. Peut-être aurait-il été opportun de ne pas négliger ce champ de réflexion, à l'heure où, parmi les lois organiques appelées par la révision de 2008, celle portant sur un autre élément de constitutionnalisme populaire, le simili-référendum d'initiative populaire, se fait attendre.

Loin d'être fortuit, le fait de ne pas avoir pleinement mesuré ces enjeux

29. Bertrand Mathieu, Ferdinand Mélin-Soucramanien, « De la création de la revue *Constitutions* », in *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n° 1, 2010, p. 3.

30. Pierre Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », in *Pouvoirs*, n° 49, *La V<sup>e</sup> République*, avril 1989, p. 5-13.

31. Voir Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000 ; Larry D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004.



pourrait être interprété comme une manière de se garder de remises en cause plus fondamentales. Frappé d'anachronisme, le constitutionnalisme français ne serait-il pas en train de découvrir la Constitution rigide, suprême et sanctionnée... alors que celle-ci est une figure déclinante dans le « constitutionnalisme global » qui règne alentour ?

À l'étranger, de même qu'au niveau international, la réflexion sur de nouvelles problématiques constitutionnelles est d'une intensité remarquable<sup>32</sup>. S'en détachent notamment les travaux du Brésilien Marcelo Neves. Dans son ouvrage *Transconstitucionalismo*<sup>33</sup>, celui-ci détaille les mutations du concept de constitution et les configurations normatives et sociales qui sont justiciables d'une approche constitutionnaliste. Or les discours des États, des juridictions, des praticiens, des organisations internationales, de la doctrine, etc., ne ménagent plus qu'une pertinence marginale aux constitutions nationales et aux juridictions constitutionnelles chargées d'en assurer le respect. En témoignent les relations entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité – vis-à-vis du droit de l'Union européenne qui repose sur une « charte constitutionnelle<sup>34</sup> » ou vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'homme qui se présente comme un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen<sup>35</sup> ».

13

Polycentrique, la société mondiale repose sur une multiplicité de sources de normativité qui se détachent des États. Sur le plan substantiel, elles se « constitutionnalisent » en se réclamant de la protection des droits fondamentaux et de la limitation du pouvoir. Sur le plan formel, elles s'organisent selon une hiérarchie des normes embryonnaire et des dispositifs plus ou moins coercitifs de mise en application. À titre

32. Voir Christian Joerges, Inger-Johanne Sand, Gunther Teubner (éd.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Portland, Hart, 2004 ; Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston (éd.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leyde, Boston, M. Nijhoff, 2005 ; Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2005 ; Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (éd.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009 ; Petra Dobner, Martin Loughlin (éd.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

33. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

34. CJCE, 23 avril 1986, affaire 294 / 83, *Parti écologiste « Les Verts » c / Parlement européen*, *Rec.*, p. 1339, § 23 : « La Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité [de Rome]. »

35. CEDH, 23 mars 1995, affaire 15318 / 89, *Loizidou c / Turquie (exceptions préliminaires)*, § 75.

d'exemple, l'existence d'une Constitution mondiale, autour de la Charte des Nations unies<sup>36</sup> et de la « verticalisation » du droit international public au moyen de la notion de *jus cogens*<sup>37</sup> fait l'objet de débats. La constitutionnalisation d'ordres juridiques supranationaux est notamment abordée à travers l'Union européenne<sup>38</sup> ou l'Organisation mondiale du commerce<sup>39</sup>. L'apparition de sphères sociales s'organisant spontanément, réglant la conduite de leurs membres, tranchant des litiges et imposant de manière originale leurs décisions conduit à considérer que la *lex mercatoria*, la *lex sportiva*, la *lex digitalis*, etc. font l'objet d'une constitutionnalisation accrue<sup>40</sup>.

14 Or, ainsi que le souligne Neves, ces diverses sphères juridiques connaissent des relations déroutantes<sup>41</sup>. Elles ont fréquemment vocation à régir les mêmes faits, mais ne se trouvent dans aucun rapport hiérarchique clair. Entre coopération et rivalité, elles doivent s'accommoder les unes aux autres à travers un entrelacement d'apprentissages réciproques, dont aucune ne sort telle qu'elle était initialement. À titre de combinaison complexe, il est possible de mentionner le 18<sup>e</sup> considérant de la décision 2004-505 du Conseil constitutionnel. Celui-ci présente la particularité de confronter un traité communautaire à la Convention européenne des droits de l'homme, afin de déterminer si celui-là respecte le droit constitutionnel interne<sup>42</sup>. La France n'apparaît donc pas épargnée par ce mouvement.

Pourtant, mis à part quelques discussions relatives aux rapports entre CEDH, CJUE et juges nationaux, les constitutionnalistes français demeurent relativement à l'écart de cette discussion<sup>43</sup>. Il ne s'agit pas de nier que ces

36. Pierre-Marie Dupuy, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 1-33; Bardo Fassbender, « The United Nations Charter as a Constitution of the International Community », in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 529-619.

37. Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

38. Voir, par exemple, Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (éd.), *Principles of European Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, Munich, C.H. Beck, 2010.

39. Voir Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

40. Gunther Teubner, « Globale Zivilverfassungen : Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie », in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003, p. 1-28.

41. Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, op. cit., p. 115-234.

42. CC, 19 novembre 2004, décision 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec., p. 173.

43. Pour quelques exceptions, voir Hélène Ruiz Fabri, « La notion de constitutionnalisation à l'épreuve croisée du droit international et du droit européen », in *Les Dynamiques du droit*

débats présentent des limites. Ils reposent, pour une part importante, sur des distorsions de sens dans le vocabulaire constitutionnel. Ils associent parfois incantation et analyse objective du droit positif. L'inflation du discours constitutionnaliste sert fréquemment de paravent à la cristallisation de situations institutionnelles préexistantes et contribue à une « colonisation » d'autres formes de vie par le juridisme occidental<sup>44</sup>. Dans la mesure où ils représentent, pour la majeure partie de la doctrine internationale, le cœur des réflexions actuelles, ils méritent d'être connus. La voix du constitutionnalisme français doit également s'y faire entendre.

Or la réforme de 2008 pourrait de ce point de vue avoir des conséquences ambiguës. Faute de pouvoir être sanctionnée par un juge, la Constitution était reléguée « à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction <sup>45</sup> ». Ainsi que l'ont mis en évidence des études situées sur un plan théorique <sup>46</sup> aussi bien que sociologique <sup>47</sup>, l'apparition du Conseil constitutionnel puis sa montée en puissance se sont révélées solidaires d'une rénovation de la place du droit constitutionnel en tant que discipline.

15

La hiérarchie des normes qui se trouve ainsi garantie, de même que la constitutionnalisation progressive des branches du droit, induisent parfois la revendication d'une certaine primauté intellectuelle du droit constitutionnel en tant que soubassement de l'ensemble de l'ordre juridique <sup>48</sup>. Elles suscitent en outre une approche résolument contentieuse de la matière, que la question prioritaire de constitutionnalité devrait encourager.

---

*européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthron*, Pedone, 2004, p. 189-206; colloque « Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde" ? », organisé à Paris, Maison de l'Europe, les 5 et 6 mars 2010 par Stéphanie Hennette-Vauchez, Charlotte Girard, Jean-Marc Sorel et Laurence Burgorgue-Larsen.

44. Pour ce type d'analyse, voir Antony Anghie, B.S. Chimni, « Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts », in *Chinese Journal of International Law*, vol. 2 (1), 2003, p. 77-103.

45. René Latournerie, concl. sur CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert, D*, 1938, 3<sup>e</sup> partie, p. 1.

46. Olivier Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999, p. 106-141; Alexandre Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in Bertrand Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 519-526.

47. Voir, par exemple, Yves Poirmeur, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in CURAPP, *Droit et Politique*, PUF, 1993, p. 13-39; Bastien François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *ibid.*, p. 201-216.

48. Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, p. 2-3.

Une telle perspective ne doit évidemment pas être négligée. Alors que la France entre de plain-pied dans la modernité constitutionnelle, on ne saurait en effet trop espérer le développement d'une discipline comparable à ce que la doctrine ibéro-américaine connaît sous le nom de « droit processuel constitutionnel <sup>49</sup> ». Mais, de ce point de vue, la révolution disciplinaire est encore loin. De plus, l'approfondissement de la dimension « technique » du savoir constitutionnaliste doit laisser toute leur place à d'autres conceptions de la matière. La dimension « politique », soulignée par une revue comme *Jus politicum* <sup>50</sup>, mérite notamment d'être remise en valeur. Une philosophie politique non détachée de la pratique juridique, l'histoire (notamment intellectuelle et discursive) du droit constitutionnel, l'étude des modes d'exercice et de légitimation du pouvoir, l'analyse du consentement rationnel à l'obéissance, etc., ne sont pas invalidées par le perfectionnement de la justice constitutionnelle, mais deviennent d'autant plus indispensables.

16

Un regard rétrospectif sur l'évolution du droit constitutionnel français invite à retenir la périodisation suivante, fondée sur les diverses configurations qu'a connues le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois : une première période d'absence, une deuxième d'apparition en demi-teinte et une troisième de présence assumée.

L'exception française qui vient de prendre fin, de manière aussi éclatante qu'elle met le droit français au diapason du modèle de l'État constitutionnel, risque d'enraciner des modes de raisonnement, des hiérarchies intellectuelles et des pratiques qui pourraient ne favoriser ni l'insertion du discours constitutionnel français dans les mouvements de réflexion les plus actuels, ni le progrès véritable des droits des citoyens. La France s'exposerait à rejoindre ainsi le type de pensée juridique auquel Roberto Unger, dans son style incomparable, reproche d'avoir pour « sale petit secret » son « inconfort vis-à-vis de la démocratie ». Une telle attitude se traduit « par l'identification incessante de restrictions imposées à la règle majoritaire, plutôt que de restrictions au pouvoir des minorités dominantes, comme responsabilité essentielle des juges et des juristes ; par l'hypertrophie corrélative des pratiques et des dispositifs contre-majoritaires ; par l'opposition à toutes les réformes institutionnelles,

49. Voir Domingo García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, 2<sup>e</sup> éd., Lima, Idemsa, 2009.

50. Voir <http://www.juspoliticum.com/> (consulté le 12 octobre 2010).

particulièrement à celles visant à accroître le niveau d'engagement politique populaire, en tant qu'elles menaceraient un régime de droits; par l'équivalence établie entre les droits de propriété et les droits de contester; [...] par un idéal de démocratie délibérative d'autant plus acceptable que son style se rapproche d'une conversation polie entre *gentlemen* dans un salon du XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>51</sup>.

Aussi, sur la voie des révolutions accomplies et de celles qui restent à faire, pourrait-il être opportun de méditer les propos d'un révolutionnaire de premier plan, qui répondait, à la question « Que faire ? » : « *en finir avec la troisième période* »<sup>52</sup>.

51. Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become ?*, Londres, New York, Verso, 1996, p. 72-73.

52. Vladimir Illitch Lénine, *Que faire ? Les questions brûlantes de notre mouvement*, Éditions sociales, 1947, p. 180.

---

#### R É S U M É

*En offrant au juge constitutionnel la possibilité de remettre en cause la validité d'une loi, à l'initiative des justiciables, d'une part, et après l'entrée en vigueur de la loi, d'autre part, la révision constitutionnelle de 2008 a mis un terme à un légicentrisme encore profondément enraciné. Mais l'affiliation hexagonale au modèle de l'État constitutionnel peut sembler anachronique, tant le constitutionnalisme actuel s'avère international, supranational et transnational. Dans ce contexte, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ne paraît pas de nature à susciter l'aggiornamento conceptuel dont le constitutionnalisme français aurait besoin.*