



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MEMOIRES**

**Master 2 Recherche Droit Public Approfondi  
Dirigé par Monsieur le professeur Guillaume Drago  
2018-2019**

### ***La concrétisation du contrôle de constitutionnalité en France***

**Pierre-Antoine Lalande**

**Sous la direction de Monsieur le professeur Guillaume Drago**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

***La concrétisation du contrôle de constitutionnalité  
en France***

Mémoire pour le Master 2 de Droit public approfondi  
présenté et soutenu publiquement  
par

**Pierre-Antoine Lalande**

**Sous la direction de Monsieur le professeur Guillaume Drago**

Année universitaire 2018-2019



# **Sommaire**

## **Chapitre I. Une concrétisation mesurée**

**Section 1 : La mise en doute du caractère abstrait**

**Section 2 : La multiplication d'éléments de concrétisation causée par la QPC**

## **Chapitre II. Une hybridité inéluctable**

**Section 1 : Les raisons d'une conciliation entre abstraction et concrétisation**

**Section 2 : Malaise dans le contrôle de constitutionnalité**

## Remerciements

J'adresse mes plus sincères remerciements à Monsieur le professeur Guillaume Drago, et ce avant tout pour avoir accepté de diriger cette étude ainsi que pour m'avoir apporté de nombreux conseils à chaque étape de sa confection. Je le remercie également de m'avoir permis de proposer le sujet de cette étude, puis en définir le périmètre dans une grande liberté, et de m'avoir aiguillé afin que je puisse en cerner les enjeux majeurs.

Je tiens également à remercier l'ensemble de mes camarades de Master pour le cadre épanouissant qu'ils ont contribué à forger ces derniers mois, ainsi que pour les précieux conseils qu'ils m'ont apportés tout au long de la préparation de ce mémoire.

Je tiens enfin à remercier ma famille pour son indéfectible soutien.

## Table des abréviations

AFDC : Association française de droit constitutionnel

AIJC : Annuaire International de Justice constitutionnelle

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif

Ass. : Assemblée

BUP : Bononia University Press

C.const. : Conseil constitutionnel

C.E. : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales

CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne

Coll. : Collection

Ed. : Edition

JO : Journal officiel de la République française

*Leb.* : Recueil Lebon

LPA : Les petites affiches

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

PUG : Presses Universitaires de Grenoble

PUS : Presses Universitaires de Strasbourg

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

*Rec.* : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux

RDP : Revue du droit public

*Rec.* : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

Réed. : Réédition

RFDA : Revue française de droit administratif

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJO : Revue Juridique de l'Ouest

T.A. : Tribunal administratif



« Il n'y a point d'assujettissement si parfait que celui qui garde l'apparence de la liberté. On captive ainsi la volonté même. »

Jean-Jacques Rousseau, *Emile ou De l'éducation*

# Introduction

Si le contrôle de constitutionnalité fait souvent l'objet de débats passionnés, tant le Conseil constitutionnel occupe une place prépondérante dans le débat public, ce dernier apparaissant comme un *oracle* vers lequel il semble désormais nécessaire de se tourner en cas de grand débat d'ordre socio-économique ou sociétal, l'analyse de son contrôle, de la nature et des fondements de ce dernier, semble aujourd'hui faire défaut. Ressurgissent constamment des critiques traduisant des pensées extrêmement disparates. Certaines d'entre elles tendent à faire du Conseil constitutionnel l'incarnation du *gouvernement des juges*, suivant la formule d'Edouard Lambert ; ces critiques trouvent assurément un fondement lorsque le Conseil constitutionnel invoque des principes vagues, vis-à-vis desquels il dispose d'un large pouvoir d'interprétation, comme le principe de « fraternité<sup>1</sup> ». Mais de nombreux observateurs regrettent également une certaine frilosité du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Ceux-ci regrettent alors un décalage entre la grande avancée constituée par la mise en place de la QPC et la réalité du contrôle opéré.

Il ressort de ces critiques une certaine incertitude quant au rôle et à la nature du contrôle de constitutionnalité des lois opéré par le Conseil constitutionnel. Alors que les premières séries de critiques rappellent notamment que le contrôle est défini comme abstrait en France et que le juge ne s'aurait s'écarter de cette contrainte, les secondes affirment - parfois plus qu'elles ne démontrent - que la concrétisation est la condition de possibilité d'un contrôle plein et entier de constitutionnalité des lois, alors conçu comme un pilier des démocraties libérales, mais également de la cohérence de la QPC. Cette étude se propose donc, par l'analyse précise des éléments de concrétisation émanant des décisions du Conseil constitutionnel, d'apporter sa pierre à l'édifice de la clarification du rôle et de l'office du Conseil constitutionnel en France.

---

<sup>1</sup> C. const., n°2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, M. Cédric H. Et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], *JO*, 7 juillet 2018, texte n°107.

I. Aborder la question de la concrétisation et donc de la catégorisation issue du caractère abstrait ou concret du contrôle de constitutionnalité nécessite avant tout de s'intéresser aux termes *abstrait* et *concret* conçus en dehors même de toute étude juridique. Le terme « abstrait », du latin « *abstractus* », consiste à qualifier quelque chose que l'on ne peut pas voir mais que l'on peut percevoir par l'esprit. On peut encore utiliser le terme abstrait pour désigner ce que l'on qualifie isolément et théoriquement, mais également pour désigner un objet privé de références à des éléments matériels. A l'inverse, le terme « concret » est issu du latin « *concretus* » ; il peut être utilisé pour définir quelque chose qui correspond à un élément de la réalité, qui touche aux faits, qui est matériel. Il est parfois utilisé pour désigner ce qui est directement tiré de l'expérience.

Ces deux qualificatifs se sont révélés déterminants et particulièrement structurants dans de nombreuses disciplines, en premier lieu en philosophie. Plus précisément, la matière juridique s'est pleinement saisie de ces concepts. En attestent les diverses références à ces concepts dans le droit romain et ses diverses catégorisations. Ainsi, certains auteurs contemporains, parmi lesquels Vincent Cossic, se sont attachés à définir la notion d'abstrait et de concret afin de résoudre la contradiction logique entre l'abstrait et la pensée et ses effets en droit civil. Ce dernier a alors souligné qu'« il est courant dans la doctrine civiliste d'utiliser communément les adjectifs abstrait et concret et les expressions appréciation *in abstracto* (dans l'abstrait) et *in concreto* (dans le concret) »<sup>2</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, la cause abstraite de l'obligation d'une partie dans un contrat synallagmatique est la considération de la contrepartie qui lui est due.

En droit public, cette opposition renvoie directement à la différence qui subsiste entre un conflit purement normatif et la revendication d'un sujet de droit née d'une atteinte à l'un de ses droits. La première conception est davantage liée au caractère abstrait dans la mesure où il ne s'agit que d'opposer isolément deux normes, sans se préoccuper de leurs conséquences sur des situations concrètes, alors que la seconde consiste nécessairement à prendre en compte les effets d'une norme sur des situations concernant directement des sujets de droits. Cependant, cette opposition n'est pas propre au contentieux constitutionnel. En contentieux administratif, Edouard Laferrière a bien souligné que le recours pour excès de pouvoir était un « procès fait

---

<sup>2</sup> COSSIC (V.), « Variétés : le recours à l'abstrait et au concret : d'un discours philosophique à une illustration civiliste », *RJO*, 1995, p. 194.

à un acte ». Contrairement au recours de pleine juridiction, ce recours consiste simplement à contester la légalité d'un acte administratif, en vue d'obtenir son annulation. D'une part, l'intérêt à agir est alors plus souplement apprécié par le juge administratif, et d'autre part, on constate un détachement du recours de la situation juridique concrète. A l'inverse, le recours de plein contentieux consiste à régler directement un différend, ce qui pousse le juge à s'intéresser à la situation concrète ayant amené le litige.

II. C'est alors que le qualificatif de *concret* a semblé pertinent dans le cadre de la classification des systèmes de justice constitutionnelle. En effet, face à l'émergence de divers systèmes de justice constitutionnelle, beaucoup ont tenté de créer des catégories afin de cerner les similitudes et les différences des systèmes. Dans leur manuel, Christine Maugué et Jacques-Henri Stahl soulignent que l'on distingue trois types de classification : par le mode de contrôle (distinction voie d'action voie d'exception), par le moment où intervient le contrôle (*a priori* ou *a posteriori*), et enfin par la substance du contrôle<sup>3</sup>. C'est alors qu'interviennent les notions de contrôle abstrait et concret. Réutilisant ces concepts de manière classique, ils affirment alors que le contrôle est dit concret lorsque l'examen de la constitutionnalité d'un texte est effectué au moment où il en est fait application à un cas particulier. En revanche, le contrôle est dit abstrait lorsque c'est la norme en elle-même qui est critiquée, et non son application à un cas ou une situation précise. Ainsi se dessine à nouveau l'opposition classique précédemment évoquée. Mme Fatin-Rouge Stefanini reprend cette même conception et affirme de façon encore plus synthétique que la distinction opérée entre un contrôle abstrait et un contrôle concret, consiste à opposer un contrôle opéré en dehors de toute application de la loi à celui opéré à l'occasion d'une application de la loi<sup>4</sup>. Si cette définition n'est pas exhaustive, et pose de nombreux problèmes en France avec l'immixtion de la QPC - mécanisme hybride et bien particulier, nous le verrons - sa pertinence est appuyée par le fait qu'elle est encore largement retenue à l'étranger, les doctrines italienne ou allemande estimant que tout contrôle de constitutionnalité exercé sur une loi appliquée est un contrôle nécessairement concret.

---

<sup>3</sup> MAUGUÉ (C), STAHL (J-H), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 3ème éd., 2017, p. 5.

<sup>4</sup> FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait » in dossier « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs: quelle(s) tendance(s)? », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013.

D'emblée, des éléments de définition et de délimitation paraissent incontournables. D'aucuns s'attachent plus précisément à la prise en compte de faits dans l'opération de contrôle, de façon directe ou indirecte. Gardons toujours à l'esprit, comme le souligne le professeur Drago, que « la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret peut être opérée selon différentes entrées »<sup>5</sup>. Il peut ainsi être insisté sur la procédure de traitement de la question de constitutionnalité, ce qui mène alors souvent à affirmer que si la question est posée à l'occasion d'une instance juridictionnelle ordinaire, elle est mêlée à des considérations de fait et à une situation subjective imprimant un caractère concret au contrôle<sup>6</sup>. En revanche, s'il peut être insisté de façon plus directe sur la prise en compte des faits dans l'opération de contrôle, n'oublions pas que l'appréciation desdits faits est un élément de base du contrôle concret, puisqu'ils sont le point d'ancrage du contentieux<sup>7</sup>. Le professeur Disant développe la même idée en affirmant que le contrôle est dit concret lorsque l'examen de la constitutionnalité s'opère à l'occasion de n'importe quel procès particulier<sup>8</sup>, le juge se trouvant alors mêlé à des considérations de fait découlant du caractère subjectif de la situation à l'origine de l'instance. C'est alors qu'émerge un élément qui s'imposera de façon déterminante tout au long de cette étude : le lien étroit de la distinction entre contrôles concrets et abstraits avec la distinction entre contrôles subjectifs et objectifs. Un constat s'impose alors selon le professeur Disant : il relève du principe que le contrôle concret relève du contentieux subjectif. Etablir un tel principe n'exclut cependant pas toute exception, l'enjeu du contentieux concret pouvant être davantage la défense de l'ordre constitutionnel, que celle d'un droit fondamental lié à une situation individuelle<sup>9</sup>.

**III.** Avant d'analyser le critère de l'abstraction du contrôle, il est nécessaire de cerner la concrétisation en tant que phénomène beaucoup plus général, tel que concernant l'ensemble des normes juridiques. Surtout, sa systématisation dans de nombreux domaines juridiques mérite d'être analysée car elle emporte de nombreuses conséquences. Friedrich Müller

---

<sup>5</sup> DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, coll. « Thémis », PUF, 4ème éd., 2016, p. 35.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>8</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, p. 103.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 103.

souligne à cet égard que dans son rapport au concret, la concrétisation de la norme a plusieurs significations, l'analyse de chacune d'elles permettant de comprendre les enjeux d'un tel phénomène dans le cadre du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Ce phénomène implique d'abord que le texte de norme ne soit pas identique à la norme, ce qui induit d'emblée un rôle fondamental du juge dans la délimitation des sources de son contrôle<sup>10</sup>. La deuxième signification relevée par Friedrich Müller tient au fait que le texte de norme est, du côté du « droit en vigueur », la donnée de départ du processus de concrétisation, celui-ci étant provoqué, du côté factuel, par les circonstances de l'espèce à résoudre<sup>11</sup>. Ensuite, les troisièmes et quatrièmes significations permettent de cerner les deux extrémités du mécanisme de concrétisation. Friedrich Müller remarque d'une part que « le texte de la norme juridique créée durant le processus de solution du cas est plus concret que le texte de norme parce que plus étroitement, plus fortement lié, au plan typologique, à l'espèce en cause »<sup>12</sup>, et ce alors que d'autre part, « le texte de la norme juridique de son côté est plus général que celui de la norme-décision »<sup>13</sup>.

Il semble essentiel à ce stade de relever que cette distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret prend tout son sens dans le cadre de la distinction entre modèle américain de justice constitutionnelle et modèle européen, dit « kelsénien ». Alors qu'au premier sont souvent attachées les caractéristiques *a posteriori*, diffus et concret, au second sont attachées les caractéristiques *a priori*, concentré et abstrait. Kelsen a ainsi grandement contribué à faire de cet antagonisme entre abstraction et concrétisation une donnée structurante.

Avant même d'analyser ces phénomènes dans le cadre précis du contrôle de constitutionnalité des lois, il convient dès lors d'en comprendre les enjeux dans l'Oeuvre de Kelsen. Le processus de concrétisation apparaît comme un élément tout à fait essentiel dans la construction kelsénienne d'une théorie *dynamique* du droit. Ce phénomène ressort ainsi dans sa *théorie pure du droit* lorsqu'il évoque en particulier « le caractère constitutif de décisions juridictionnelles »<sup>14</sup>. Dans ce cadre, le rôle des tribunaux est avant tout d'éditer des normes individuelles : ce faisant, ils achèvent une « étape intermédiaire du processus qui,

---

<sup>10</sup> MÜLLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, trad. JOUANJAN (O.), Paris, coll. « Léviathan », PUF, 1996, p. 223.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>14</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 1934, Paris, Rééd. Dalloz, 1962, p. 318.

commençant avec l'établissement de la Constitution, conduit, à travers la législation et la coutume, jusqu'aux décisions juridictionnelles, et de celles-ci jusqu'à l'exécution des sanctions »<sup>15</sup>. On retrouve alors deux points cardinaux du système kelsénien : d'abord sa conception dynamique du droit, traduite par le fait que, dans ce système, la « concrétisation, et l' « individualisation » sont conçues comme « croissantes », ce à quoi il faut ajouter que, dans ce cadre, le droit ne peut qu'être conçu comme maître de sa propre création : le droit serait ainsi capable de régir l'ensemble des étapes du phénomène, allant « du général à l'individuel, de l'abstrait au concret »<sup>16</sup>.

Kelsen introduit alors un élément clef de sa théorie qui se trouvera au coeur de la présente étude, à savoir le rôle primordial des tribunaux dans ce processus. Ce rôle axiomatique ressort d'abord de leur situation intermédiaire, entre les normes et les sujets de droit : « Pour individualiser les normes générales qu'ils appliquent, les tribunaux doivent d'abord établir si, dans l'espèce qui leur est soumises, les conditions d'une sanction, que détermine *in abstracto* une norme juridique générale, sont données *in concreto* ». Mais leur importance ressort aussi et surtout du fait que l' « établissement des faits qui conditionnent la sanction inclut la détermination de la norme générale à appliquer, c'est-à-dire la constatation qu'une norme générale est en vigueur qui attache aux faits donnés une sanction »<sup>17</sup>. Ainsi, le rôle des tribunaux ne serait pas seulement de s'attacher à la *quaestio facti*, mais également à la *quaestio juris*. C'est ainsi que les tribunaux sont conçus dans la théorie de Kelsen comme chargés de prononcer *in concreto* la sanction contenue dans norme juridique conçue *in abstracto*.

Ainsi, l'Oeuvre du maître autrichien a ouvert la voie à une étude pleinement juridique de l'ensemble du phénomène de concrétisation. Kelsen signifie lui-même l'intérêt qu'il porte à ce processus : s'opposant assez largement à la « conception habituelle du droit, que l'on pense en effet communément comme un système de normes générales exclusivement », il traduit sa spécificité en affirmant que « l'individualisation des normes générales, le passage progressif des normes juridiques générales aux normes juridiques individuelles, doit nécessairement

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 320.

entrer dans le cadre de l'ordre juridique »<sup>18</sup>. C'est alors que le droit peut s'attacher à étudier le phénomène de « décentralisation »<sup>19</sup> qui cible l'un des enjeux majeurs de ce phénomène. Les normes individuelles se distinguent des normes générales en ce qu'elles ne sont pas valables sur l'ensemble du territoire mais bien pour une fraction de celui-ci : « ces normes individuelles sont posées par des organes dont la compétence à l'effet de créer des normes est limitée spatialement, à une fraction du territoire, par les règles qui la leur attribuent »<sup>20</sup>.

Partant de la contribution de Kelsen, de nombreux auteurs ont explicité cette nouvelle ontologie générale du domaine juridique. A titre d'exemple, le professeur Pfersmann, dans sa contribution au développement sur la hiérarchie des normes du *Traité international de droit constitutionnel* s'attache au lien entre cette ontologie et la concrétisation, et donc à « l'ontologie des concrétisations explicites<sup>21</sup> ». Une telle construction est d'abord décrite comme nécessaire et essentielle, toute théorie du droit devant, selon le professeur Pfersmann, « développer une conception des objets dont elle est susceptible de traiter »<sup>22</sup>. Plus précisément, cette ontologie est articulée autour de l'explication du droit par la hiérarchie des normes fondant « l'analyse du droit comme système de normes sur une théorie de la validité, de la concrétisation et du calcul des défauts »<sup>23</sup>.

Une telle étude permet de cerner, d'une part le sens originel de la concrétisation, et surtout une forme de paradoxe inhérent à cette notion, introduisant les nombreux doutes que celle-ci peut susciter. Ce paradoxe tient au fait que les normes inférieures semblent prévaloir sur les normes supérieures selon l'ordre de production. Ceci s'explique par un constat structurant. La norme la plus concrète et la plus particulière s'applique en premier lieu, et ce avant même la norme la plus générale et abstraite. Effectivement, le cas concret se voit appliquer, du fait du phénomène de concrétisation, un acte relativement plus concret et plus particulier, pris conformément à la norme supérieure et selon l'ordre de la production. Le professeur Pfersmann insiste alors sur le fait que « la hiérarchie des normes au sens technique n'implique donc nullement, comme on peut pourtant souvent le dire, une conformité des

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 373.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>21</sup> PFERSMANN (O.), « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes » in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, coll. « Traités », Paris, Dalloz, 2012, p. 487.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 498.

normes inférieures par rapport aux normes supérieures, mais simplement *l'exigence d'une telle conformité et la possibilité de sa violation* »<sup>24</sup>.

L'étude du phénomène de concrétisation apparaît donc comme une condition *sine qua non* à la compréhension des enjeux de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité. En expliquant le droit par la hiérarchie des normes ainsi que par une conception dynamique des ordres juridiques, Kelsen et ses disciples étaient conscients de cette prévalence du concret et du particulier sur l'abstrait et le général et surtout de sa cause, à savoir « une dissociation entre validité et conformité, où la norme fautive concerne un ensemble de cas relativement plus particuliers et abstraits et où aucun mécanisme normatif visant à modifier ces effets n'est prévu »<sup>25</sup>.

**IV.** Au-delà même de cette analyse, rappelons que toute constitution est nécessairement concrétisée par les acteurs institutionnels ou juridiques. Quelque soit le système juridique et son fondement, la constitution formelle ne peut suffire à cerner la constitution matérielle, la constitution normative. Précisément, la constitution formelle semble à bien des égards incomplète et doit être complétée par d'autres normes, infra-constitutionnelles. C'est donc la production de *normes de concrétisation* qui seule, fait émerger un *ordre constitutionnel*. Une analyse classique invite principalement à analyser cette concrétisation, notamment dans le cas de la Cinquième République, via des normes telles que les lois organiques ou encore les règlements des assemblées.

La présente étude s'inscrit dans une double évolution de cette analyse. Tout d'abord, la concrétisation de notre Constitution peut aujourd'hui être caractérisée par la production de normes jurisprudentielles. En dépit d'une hostilité française traditionnelle à l'égard du pouvoir jurisprudentiel, illustrée par l'interdiction de prononcer des arrêts de règlement, les juges semblent, en France, de plus en plus enclins à reconnaître leur pouvoir normatif. Le juge constitutionnel ne peut échapper à ce mouvement, celui-ci disposant de plus d'un très large pouvoir d'interprétation vis-à-vis des sources de son contrôle. Cette première évolution peut cependant être analysée dans le cadre d'un contrôle abstrait, le juge constitutionnel contribuant alors à concrétiser la Constitution en interprétant une disposition textuelle à valeur constitutionnelle de manière générale et indépendamment d'un litige concret. La

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 500.

concrétisation du contrôle de constitutionnalité tend à créer un degré supplémentaire de concrétisation de la Constitution. Par la pratique d'un contrôle concret, un juge constitutionnel tend à concrétiser la Constitution au cas par cas, créant ainsi une interprétation de la constitution propre à un litige concret, et dès lors une norme propre à la résolution du litige. C'est ainsi que se trouvent conjointement concrétisés la constitution et le contrôle de constitutionnalité.

V. Ainsi, la *concrétisation du contrôle de constitutionnalité* dépasse le seul cadre du phénomène global de concrétisation. Une fois cerné le mode de production des normes, il s'agit désormais de comprendre quel est le rôle précis du juge constitutionnel et à quel niveau son action se situe au sein de la hiérarchie des normes.

Analyser l'éventuelle concrétisation d'un contrôle nécessite avant tout de cerner ce qui définit classiquement un *contrôle concret*. Une notion semble assez rapidement centrale : le *fait*. Partant, le contrôle concret, serait un contrôle qui intègre le fait, par opposition au contrôle abstrait, qui l'exclut et met seulement en perspective deux normes. Mais cela ne suffit pas à cerner le sens du contrôle dit *concret*, dès lors que le fait entretient des liens tout particuliers avec le droit. S'il est indispensable à sa construction et à son application, les conséquences qu'il emporte sont largement discutées, et donnent lieu à des analyses divergentes. Ainsi, l'on comprend, comme le soulignent les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier, que la « polysémie » et l'« ambivalence » propres au contrôle concret ont poussé tous les auteurs à rivaliser « de pédagogie pour tenter de clarifier une notion purement doctrinale »<sup>26</sup>. Ces derniers soulignent principalement quatre sens, qu'il convient d'étudier avec précision, afin de structurer le phénomène global de concrétisation du contrôle. Chacun perçoit dès lors que, de la même façon que la concrétisation constituait un phénomène général et continu dans le cadre de la production des normes, la concrétisation du contrôle de constitutionnalité constitue, pour ce qui est des *conflits de normes*, un phénomène général pouvant se manifester sous différents angles.

Le recours au droit comparé est à cet égard d'une aide précieuse. L'analyse du système allemand de justice constitutionnelle invite à considérer en particulier la présentation suivant laquelle le contrôle concret se distingue du contrôle abstrait du point de vue des modalités d'accès au juge, élément qui permet, en définitive, de déterminer s'il existe un lien avec un

---

<sup>26</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

litige au fond. Cependant, nous ne pouvons adhérer à l'exhaustivité de ce critère. Comme le souligne le professeur Viala, ce premier sens risque une confusion avec la notion de contrôle incident, car si la voie d'accès au juge doit être prise en considération, c'est surtout « l'objet du contrôle »<sup>27</sup> et la manière de l'opérer qui exercent une influence déterminante sur ce qualificatif.

C'est la raison pour laquelle une deuxième approche s'est immiscée en doctrine, fondée cette fois-ci sur l'objet du contrôle. Selon cette approche, un contrôle concret s'exercerait nécessairement sur une disposition législative qui a déjà *vécu*, c'est-à-dire qui a déjà fait l'objet d'une application et qui a dès lors déjà été confrontée à un ensemble de faits, contribuant à forger une situation concrète<sup>28</sup>. Cette approche a assez largement convaincu en ce qu'elle s'attachait à la question centrale *du fait*, suivant une perspective assez générale, le taux de concrétisation pouvant être, en fonction des circonstances, plus ou moins élevé.

Dans le sillage de cette présentation, un troisième sens a émergé, tendant à considérer un contrôle concret plus précisément au regard de la nature des éléments pris en compte par le juge. Suivant ce sens, le contrôle serait concrétisé dès lors que le juge constitutionnel se réfère aux faits afin de déterminer le sort de la loi<sup>29</sup>. A cet égard, une distinction issue de la doctrine américaine semble assez structurante : il existerait tout d'abord des « *adjudicative facts* », c'est-à-dire des faits en lien direct avec les parties au procès, mais également des « *legislative facts* », c'est-à-dire des faits d'ordre général ou social qui peuvent être, directement ou indirectement, à l'origine de l'adoption de la loi<sup>30</sup>. La prise en compte des faits par le Conseil constitutionnel apparaît dès lors comme un vaste sujet. Il est certain qu'une telle prise en compte, y compris nuancée, mènera au constat d'une concrétisation du contrôle. Cependant, la prise en compte d'« *adjudicative facts* » amènera nécessairement à l'identification d'un contrôle pleinement concret, alors que l'on parlera bien davantage d'un contrôle abstrait ayant tendance à se concrétiser lorsque seront pris en compte des « *legislative facts* ».

Enfin, un quatrième élément, sans doute moins déterminant, semble cependant intéressant à titre complémentaire. Le degré de concrétisation peut être déterminé en fonction des effets

---

<sup>27</sup> VIALA (A.), « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, coll. « Colloques et Essais », Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 113.

<sup>28</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 822.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 822.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 822.

de la décision rendue par le juge. Si l'on adhère à ce critère, on tend alors que le contrôle est d'autant plus concret que la décision produit des effets concrets, proches du fait et de la situation du requérant. L'influence du contrôle sur le litige pourra alors aussi bien se faire en amont, c'est-à-dire dans la construction de la décision et de l'attente des effets finaux, que, de façon plus classique, en aval, une fois la décision est rendue<sup>31</sup>. Relativisons cependant ce critère, puisque, poussé à son extrême, il assimile pleinement le contrôle concret aux effets de ce contrôle sur le litige.

VI. Si le contrôle de constitutionnalité est encore aujourd'hui largement qualifié d'abstrait en France, aussi bien lorsqu'il est effectué *a priori* qu'*a posteriori*, plusieurs éléments invitent à remettre en cause - au moins partiellement - cette qualification afin de décrire le plus exactement possible la nature du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Tout d'abord, la conception initiale du Conseil constitutionnel est tout à fait dépassée. A partir de sa décision fondatrice *Liberté d'association* du 16 juillet 1971<sup>32</sup>, le Conseil constitutionnel s'est affranchi de son office initial le cantonnant à un contrôle formel de la conformité des lois au seul texte de la Constitution du 4 octobre 1958, c'est-à-dire, comme l'a formulé le professeur Luchaire de simple « arbitre des conflits de compétence entre les grands organes de l'Etat ». La création d'un « bloc de constitutionnalité », accompagnée trois ans plus tard par l'élargissement de la saisine à un groupe de 60 députés ou 60 sénateurs a définitivement installé le Conseil constitutionnel dans le paysage juridique français. Dès lors, le Conseil constitutionnel a dû confronter divers principes constitutionnels et trancher des questions délicates, ce qui l'a contraint à affiner et à approfondir son contrôle, à l'occasion de sujets sensibles tels que les nationalisations et les privatisations, cristallisant l'alternance politique.

Le perfectionnement des techniques de son contrôle interroge quant à la modification de la *nature* du contrôle opéré : l'application de certains principes spécifiques comme le principe d'égalité fait plus directement naître des doutes quant à la possibilité d'exercer un contrôle purement abstrait.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 822.

<sup>32</sup> C. const., n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p.29.

Enfin, l'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est un élément fondamental eu égard à la qualification du contrôle opéré. Tout d'abord, les décisions QPC constituent aujourd'hui l'essentiel de l'activité du Conseil constitutionnel. Qui plus est, bien que la doctrine ne remet pas unanimement en cause la possibilité -au moins d'un point de vue théorique- d'effectuer un contrôle abstrait *a posteriori*, diverses caractéristiques de la QPC invitent à remettre en cause la théorie d'une continuité absolue entre contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en France et suggèrent de considérer la prise en compte d'éléments concrets par le Conseil constitutionnel. L'apparition de la QPC intéresse également notre sujet en ce qu'elle tend à dissocier quelque peu juge constitutionnel et Conseil constitutionnel. Si le contrôle de constitutionnalité reste, en France, un contrôle concentré, par opposition au modèle américain, diffus, le rôle joué par les juges du fond et les juridictions suprêmes dans le processus de filtrage est devenu, nous le verrons, un élément essentiel du contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette étude s'inscrit pleinement dans l'analyse du contentieux constitutionnel, c'est-à-dire des décisions du Conseil constitutionnel, mais elle sera également l'occasion de tirer des conclusions relatives au droit constitutionnel conçu comme droit politique, ainsi qu'au fonctionnement de notre Etat de droit. De nombreux champs de l'étude du contentieux constitutionnel ont en effet été bouleversés par l'arrivée de la QPC. Tout d'abord, la contestation d'une disposition législative peut naître d'un contentieux ordinaire et entretient donc nécessairement des liens, directs ou indirects avec des liens factuels. Il faut ajouter à cela le *filtrage* opéré par les juges ordinaires qui peut emporter de nombreuses conséquences, ou encore le perfectionnement de contrôle admis par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC, comme la possibilité de contester l'interprétation constante d'une disposition législative par les juridictions ordinaires. Cet ensemble d'éléments ouvre le champ à une étude approfondie des éléments de concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois.

**VII.** Cette étude ne pourra se résumer au simple constat d'un décalage entre un contrôle supposé abstrait et un contrôle, qui, en pratique, revêtirait d'éléments de concrétisation toujours plus nombreux, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la réalité des contrôles juridictionnels est toujours infiniment complexe, et de nombreuses études ont démontré que chaque mécanisme recèle des éléments d'abstraction et de concrétisation. Bien au-delà du

cadre français, de nombreux observateurs avisés ont eu l'occasion de relever que le contrôle américain de constitutionnalité n'était pas purement abstrait<sup>33</sup> ou encore que le caractère extrêmement composite du contrôle de constitutionnalité italien<sup>34</sup>.

Il s'agira donc simplement de déterminer autant que faire se peut quels éléments concrets sont effectivement pris en compte par le juge constitutionnel, et dans quelle mesure ceux-ci exercent une influence sur son contrôle, et dès lors sur son office. Cette question est d'autant plus intéressante qu'une concrétisation explicite s'est immiscée dans le cadre du contrôle de conventionnalité, et ce à l'occasion de l'arrêt controversé *Gonzalez Gomez*<sup>35</sup>. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est tout à fait significative, dès lors que le juge se réserve désormais le droit, dans l'hypothèse où les dispositions d'une loi seraient « compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans leur généralité, de vérifier si leur application par l'autorité administrative dans l'espèce dont il est saisi n'a pas porté une atteinte excessive à la CEDH »<sup>36</sup>. Si cette jurisprudence n'a pas donné lieu à de nombreuses applications, le pas symbolique franchi par le Conseil d'Etat fût très fort et souligne aujourd'hui l'importance de l'analyse de la concrétisation des contrôles de la loi.

Comme énoncé précédemment, le constat relatif au contentieux constitutionnel est nécessairement beaucoup plus mesuré et surtout beaucoup plus hétérogène. Surtout, évidemment, un parallèle direct ne semble pouvoir être effectué du fait des nombreuses spécificités du Conseil constitutionnel. Avant tout, le contrôle de la loi est un contrôle bien particulier et délicat du fait de l'héritage légicentriste français. Sans doute pourrait-on répondre à cela que le juge de la conventionnalité se trouve face à la même contrainte. Cependant, l'héritage du Conseil constitutionnel est une contrainte supplémentaire bien particulière. Loin d'avoir été créé pour mettre en oeuvre un contrôle *substantiel* de constitutionnalité des lois, vis-à-vis d'un ensemble aussi large que le *bloc de constitutionnalité*, celui-ci était initialement conçu essentiellement pour faire respecter la logique de la Vème République, et assumer pleinement un rôle de *chien de garde de*

---

<sup>33</sup> STONE (A.), « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux Etats-Unis? », *RFDC*, n°34, 1997, p. 227.

<sup>34</sup> ZAGREBELSKY (G.), « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, n°126, 2009, p. 12.

<sup>35</sup> C.E., Ass., 31 mai 2016, *Mme Gomez-Turri*, req. n°396848, *Leb.* p. 208.

<sup>36</sup> DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'Etat », *RDLF*, 2018, chron. n°4.

*l'exécutif*. S'écarter de cet office initial comporte dès lors inévitablement des risques qui irrigueront nécessairement nos constats. Mais le succès de la QPC et la multiplication des décisions du Conseil offrent un intérêt tout particulier à ce sujet.

Au-delà de ces éléments, cette étude s'attachera à cerner les enjeux des équilibres propres, aussi bien de l'équilibre cherché, que de l'équilibre trouvé, que de l'équilibre parfois subi par le Conseil constitutionnel. Elle sera donc l'occasion d'en déterminer d'une part les raisons, la concrétisation ne pouvant être simplement analysée comme une aspiration du juge. Celle-ci correspond certainement à un moyen, critiquable, de trouver un équilibre dans le jugement. D'autre part, les conséquences devront en être cernées. C'est précisément le caractère extraordinairement hétéroclite des décisions et mécanismes du Conseil constitutionnel qui invite à cerner les contraintes parfois contradictoires qui pèsent sur lui. Il semble en effet impossible d'échapper à la question de l'intérêt du justiciable dans ce processus ainsi qu'à celle du bouleversement de l'équilibre institutionnel que cela provoque. Evoquer une *concrétisation* du contrôle de constitutionnalité ne se limite pas à une qualification alternative dont les seules vertus seraient pédagogiques. Ce constat peut emporter de nombreuses conséquences et seule l'analyse de celles-ci et de leurs implications permettra de cerner le plus exhaustivement la nature du contrôle de constitutionnalité des lois.

Dès lors, dans quelle mesure le rapport du juge de la constitutionnalité des lois à la concrétisation de son contrôle illustre-t-elle les incertitudes de son office ?

Il est certain qu'une étude approfondie du contentieux constitutionnel invite à mettre en doute le caractère purement *abstrait* du contrôle opéré par le juge constitutionnel (chapitre I), ce qui interroge quant aux causes et aux conséquences théoriques du compromis trouvé par le juge constitutionnel, et partant, quant à sa pérennité (Chapitre II).



# Chapitre 1

## Une concrétisation mesurée

N'en déplaie aux défenseurs des modèles de justice constitutionnelle, une analyse des décisions du Conseil constitutionnel invite à constater un éloignement progressif du contrôle de constitutionnalité des lois vis-à-vis de son abstraction initiale. Avant même que ne soit amorcée, en 2008, la révolution de la QPC, des éléments éparses invitaient à relativiser ce qualificatif, tant la première révolution, celle du contrôle *substantiel* de constitutionnalité de 1971, rendait difficilement envisageable la pérennité du paradigme abstrait (Section I). Ce relativisme semble se muer et se stabiliser, à l'heure du développement sans précédent du contrôle de constitutionnalité conséquentiel à la mise en oeuvre de la QPC, en une systématisation, celle d'un contrôle hybride, ni pleinement abstrait, ni pleinement concret (Section II).

## **Section I. La mise en doute du caractère abstrait**

Émerge d'emblée un contraste entre l'indubitable mise en place, aussi bien par le pouvoir constituant que par le Conseil constitutionnel lui-même, d'un contrôle essentiellement abstrait (§ 1), et de nombreux doutes quant à la possibilité de s'assurer que les lois déférées à son contrôle ne violent pas les droits et libertés constitutionnellement garantis par le biais d'un contrôle pleinement abstrait, et tout particulièrement sans la prise en compte du fait (§ 2).

### **§ 1. Un contrôle formellement abstrait.**

Partir du constat d'un contrôle abstrait est inévitable au regard, tant de l'interprétation, par le Conseil constitutionnel des textes fondant son contrôle (A), que de l'analyse doctrinale dont a fait l'objet l'activité du Conseil constitutionnel (B).

#### *A. Un choix explicite.*

Il est difficile, pour le contrôle *a priori*, d'interpréter la volonté du pouvoir constituant originaire, celui-ci ayant mis en place un contrôle de constitutionnalité des lois pour des raisons essentiellement différentes de celles qui motivent le contrôle dessiné par la décision *Liberté d'association*, contrôle orienté vers la protection des droits et libertés. En dépit de ce bouleversement, les circonstances de saisine du Conseil constitutionnel n'ont pas changé : l'article 61 alinéa 2 de la Constitution met bien en place un contrôle *a priori*, les lois étant « déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation », et à l'initiative, non de citoyens, mais d'autorités politiques, « le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat », et également, depuis la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, par « soixante députés ou soixante sénateurs ». Le contrôle est donc effectué en dehors de tout litige concret, la loi n'ayant pas encore été appliquée, et les autorités saisissant le Conseil constitutionnel n'étant pas, directement, des sujets de droit. Aucun élément n'étant propice à la concrétisation, il n'est pas nécessaire d'étudier en détail l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 pour s'en

convaincre, celle-ci ne faisant que confirmer cette logique<sup>37</sup>. Conforter le Conseil constitutionnel comme seul juge habilité à opérer un contrôle de constitutionnalité des lois, opérant dès lors un contrôle dit « concentré », fut une protection supplémentaire contre l’immixtion de la logique de concrétisation, dont est beaucoup plus empreint un contrôle diffus, comme il peut exister dans le cas du modèle américain de justice constitutionnelle. Il est donc certain que, du fait de ces éléments, le Conseil constitutionnel a mis en place un contrôle simplement de « norme à norme ». Insistons sur le fait que ce modèle fut respecté aussi bien pour son contrôle originellement prévu, c’est-à-dire vis-à-vis de la Constitution *stricto sensu*, que pour le contrôle qu’il a lui-même décidé de mettre en place, vis-à-vis du *bloc de constitutionnalité*, une fois référence faite au préambule de la Constitution, et donc, aux textes auxquels il y est fait référence, et en particulier la Déclaration de 1789<sup>38</sup>. Du fait de l’audace dont le Conseil constitutionnel a fait preuve, il était difficilement concevable, en sus du bouleversement que cela constituait, de modifier les modalités de ce contrôle : c’est ainsi une première continuité qui a prévalu.

Certes, le choix d’instaurer un contrôle abstrait n’était pas si évident en 2008, et il semble même que le qualificatif « concret » ait été associé au mécanisme naissant de la QPC, comme en attestent les débats précédant le vote de la loi constitutionnelle, le lien avec un litige au fond imprégnant d’emblée une certaine dimension concrète. En revanche, il est certain que la QPC n’a jamais été construite comme un mécanisme en opposition avec le contrôle *a priori*. Bien au contraire, il s’agissait de prolonger le contrôle *a priori* en comblant ses lacunes, et ce sans bouleverser la nature du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Ainsi, il est évident que les rédacteurs de la révision constitutionnelle avaient pour référence le modèle kelsénien de justice constitutionnelle ainsi que les grands professeurs ayant analysé l’action du Conseil constitutionnel, et ayant largement rattaché son contrôle au modèle kelsénien de justice constitutionnelle, en premier lieu le doyen Favoreu<sup>39</sup>. De plus, de nombreux éléments de mise en oeuvre de la révision constitutionnelle ont attesté du détachement de la QPC de l’instance : ils permettent d’identifier un *processus d’abstraction*, permettant, en définitive, de classer la QPC parmi les contrôles *abstrait*s. Ce sont avant tout les exigences formelles qui

---

<sup>37</sup> Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>38</sup> C. const., n°73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*, Rec. p. 25.

<sup>39</sup> WARSMANN (J-L), Rapport sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, *Doc. parl., A.N.*, n°892, 2008.

prouvent l'exigence de détachement de la QPC de l'instance. Ainsi l'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009 dispose : « 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 »<sup>40</sup>. Pour toutes ces raisons, la question se distingue, dès le début de la procédure, du litige concret qui a donné lieu à sa formulation. De plus, ce détachement se confirme à tous les stades de la procédure. A titre d'exemple, l'article 23-9 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, créé par la loi organique précitée, dispose : « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». Ainsi, il est confirmé que le litige concret n'exerce plus aucune influence sur la question de constitutionnalité posée, à laquelle le Conseil constitutionnel sera en mesure, du moins en apparence, de répondre de manière abstraite.

### *B. Une confirmation doctrinale.*

Le premier constat qui s'impose tient au fait que le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, aussi bien dans le cadre du contrôle *a priori* que du contrôle *a posteriori* est encore aujourd'hui largement qualifié d'abstrait, aussi bien par les professeurs de contentieux constitutionnel que par les divers observateurs de l'activité du Conseil constitutionnel. C'est la raison pour laquelle cette étude ne s'intéresse pas à présenter le contrôle de constitutionnalité en France comme un contrôle concret mais bien comme un contrôle abstrait *qui tend à se concrétiser*. Il semble assez naturel qu'un contrôle *a priori* du type de celui qu'exerce le Conseil constitutionnel en France soit qualifié d'abstrait, la loi faisant l'objet du contrôle n'ayant jamais été promulguée et n'ayant donc jamais pu emporter des effets sur des cas concrets. Cela paraît en revanche bien plus contre-intuitif pour les contrôles exercés *a posteriori*, comme, en France, la QPC.

---

<sup>40</sup> Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

D'aucuns ont alors insisté sur la nécessité de distinguer le contrôle préventif, par nature abstrait, portant sur la conformité générale de la norme à la Constitution, du contrôle intervenant après la promulgation du texte, qui peut être abstrait ou concret, distinction permettant au professeur Grewe d'offrir une présentation limpide du contrôle abstrait et de sa logique<sup>41</sup>. Un tel contrôle préventif permet en effet, pour reprendre la formule de Laferrière, de *faire un procès à l'acte*, et d'assurer ainsi en permanence la suprématie constitutionnelle. C'est ce qui expliquerait à la fois le caractère principalement objectif de ce contentieux et le fait -apparemment contradictoire- que seules certaines autorités politiques sont habilitées à saisir le juge en tant que représentantes de l'intérêt général, dans le cas précis du contrôle *a priori*. De plus, ce constat est aussi bien effectué en France qu'en Allemagne. Anticipant le caractère disruptif de la logique de *protection des droits fondamentaux*, le professeur Grewe relève qu'en dépit de l'accroissement de la contribution à la protection des droits, ces contrôles abstraits *a priori* comme très proches du modèle kelsénien<sup>42</sup>. Ceci permet ainsi d'éluder la critique selon laquelle la QPC ne pourrait être un contrôle abstrait dans la mesure où il serait centré sur la protection des droits fondamentaux. L'impossibilité de qualifier de manière pure et absolue un contrôle n'empêche pas de le ranger, du fait d'éléments cardinaux, dans une catégorie - en l'occurrence contrôle abstrait ou concret. Ceci introduit parfaitement l'étude du caractère de la QPC, qui semble encore bien plus complexe que le contrôle *a priori*.

Or, comme l'ont exposé les travaux du professeur Marcou, en Europe, tous les pays qui pratiquent le contrôle préalable connaissent aussi d'autres modes de contrôle<sup>43</sup> ; parmi ceux-ci se trouve le contrôle abstrait *a posteriori*. A la différence du contrôle abstrait préalable, ce contrôle n'empêche pas la mise en application de la loi mais il permet à une autorité politique, voire parfois aussi à un certain nombre de parlementaires, au principal parti d'opposition, à une autorité indépendante, ou à un justiciable dans le cadre de la QPC, d'obtenir la dénonciation ou au contraire la confirmation de la validité d'une loi sur laquelle pèse un soupçon d'inconstitutionnalité. Le professeur Marcou relève néanmoins que ce type de contrôle tend à ressembler au contrôle préalable quand le recours est formé dans les jours qui

---

<sup>41</sup> GREWE (C.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 143.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>43</sup> MARCOU (J.), *Justice constitutionnelle et systèmes politiques (Etats-Unis, Europe, France)*, Paris, Coll. « Le politique en Plus », PUG, 1997, p. 98.

suivent la promulgation et de surcroît quand la cour constitutionnelle a la possibilité d'ordonner de surseoir à l'exécution de la loi suspecte<sup>44</sup>. Si cet élément peut interroger, dans le cas français, pour la QPC, qui conteste la conformité à la Constitution de lois promulguées longtemps auparavant, aucune objection ne peut être effectuée à ce stade quant au caractère abstrait de ce contrôle. On peut également souligner, avec le professeur Bonnet, la recherche de cohérence par les instaurateurs de la QPC, ainsi qu'une volonté de calquer le contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : ainsi affirme-t-il que « dans la conduite de ses deux offices, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une continuité en privilégiant une approche plutôt abstraite et objective »<sup>45</sup>. L'objectif poursuivi serait selon lui avant tout d'ordre politique et institutionnel, la révision constitutionnelle de 2008 ne souhaitant pas rompre définitivement avec l'esprit de 1958 qui a guidé l'instauration du Conseil constitutionnel. Il est vrai que cette révision, votée à une voix près, ne pouvait faire table rase du passé. Il est à cet égard souligné que le législateur organique a amplifié cette logique en instaurant un filtrage des juges du fond, l'interdiction du relevé d'office, la protection de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel en vertu de la règle *non bis in idem*, la création d'un chemin processeur autonome pour la QPC ou l'intervention possible devant le Conseil du président de la République et des Présidents des assemblées<sup>46</sup>. De la même façon, relevons avec le professeur Dubout que la protection des droits fondamentaux n'est pas la seule contrainte qui pesait sur le pouvoir constituant à la date de création de la QPC : cela pourrait effectivement justifier ce choix du contrôle abstrait, du fait des autres exigences très prégnantes que sont la cohérence de la jurisprudence, la continuité entre les contrôles ou encore la déférence due à l'égard du législateur<sup>47</sup>.

Relevons également plusieurs éléments précis qui tendent à considérer, avec bien plus de certitude, que la réforme de la QPC a fait naître un contrôle formellement abstrait, les traits caractéristiques évoqués par le professeur Disant semblant à cet égard très pertinents. Avant tout, ce contrôle apparaît détaché du cas concret. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est essentiellement abstrait dans la mesure où, si la QPC est effectivement

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>45</sup> BONNET (J.), « Les contrôles a priori et a posteriori », in Dossier « le conseil constitutionnel : 3 ans de QPC », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°40, 2013, p. 111.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 111.

<sup>47</sup> DUBOUT (E.) : « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, p. 107.

soulevée lors d'un litige concret, on peut certainement dire qu'il est au moins partiellement détaché des cas concrets, la question à trancher se présentant comme un conflit de normes<sup>48</sup>. Suivant ce raisonnement, la résolution d'une QPC s'inscrit dans un syllogisme normatif classique : la disposition législative est confrontée à la Constitution afin de déterminer la conformité de la première à l'égard de la seconde. De plus, la nature de la QPC implique que son examen est éloigné des éléments de fait. Le professeur Disant présente ensuite le contrôle à l'occasion d'une QPC comme un contrôle détaché de la situation du requérant : dès lors qu'une QPC a été souverainement transmise au Conseil par une cour suprême, il n'appartient pas à ce dernier d'examiner la constitutionnalité de la disposition déférée au regard de la situation du requérant<sup>49</sup>. Il est vrai que le Conseil constitutionnel a affirmé lui-même explicitement qu'il n'avait pas à tenir compte de la situation particulière du requérant et se contente, indépendamment de cette situation, de juger la QPC transmise<sup>50</sup>. De plus, il est relevé que le Conseil constitutionnel est, de façon plus générale, incompétent pour connaître de l'instance initiale, ce dernier refusant de se muer en cour suprême, en dépit de certaines exhortations d'un pan de la doctrine. Le Conseil constitutionnel a affirmé lui-même qu'il n'est « pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée »<sup>51</sup>. L'office du Conseil constitutionnel aurait-il été adapté à une révolution à cet égard ? Il est permis d'en douter. A cet égard, dans un autre registre, plus pragmatique, le doyen Vedel a insisté sur le fait que, vis-à-vis des situations de fait, le juge constitutionnel « est peu armé pour les connaître lorsqu'elles sont complexes »<sup>52</sup>. De plus, ce dernier ajoute que le délai relativement bref dans lequel le conseil constitutionnel doit statuer est évidemment un obstacle à l'acquisition du « fait » et donc à sa connaissance. Enfin, il conclut en affirmant que, y compris si cette acquisition et cette connaissance ont pu être assurées, il faut encore répondre à l'exigence d'une contradiction quant à l'établissement des faits qu'elles ont pu révéler, contradiction qui peut prendre beaucoup de temps<sup>53</sup>. La mise en oeuvre progressive de la QPC a par la suite confirmé cette analyse doctrinale du processus

---

<sup>48</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>50</sup> C. const., n° 2010-107 QPC, 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete [Contrôle de légalité des actes de communes en Polynésie française]*, *Rec.* p. 151.

<sup>51</sup> C. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

<sup>52</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°2, 1997, p. 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 87.

d'abstraction. A titre d'exemple, l'effet abstractif du second filtre s'est avéré déterminant, le rôle alors joué par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'étant imposé pour empêcher tout dialogue entre les juges du fond et le Conseil constitutionnel. Constatons également, avec le professeur Disant, que la recherche de cohérence des contrôles *a priori* et *a posteriori* a été effective, comme le démontre la QPC du 29 avril 2011<sup>54</sup> ainsi que le commentaire de cette dernière aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, arme de communication tendant à être partie intégrante de l'activité du Conseil constitutionnel. Il y apparut que les sages ne souhaitaient pas introduire une quelconque rupture avec le contrôle *a priori*. Saisis d'un grief fondé sur une rupture d'égalité dans le bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés, et alors même que le contrôle *a posteriori* permettait d'établir de manière empirique que cette différence de traitement n'était pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, ces derniers ont préféré, selon la formule du professeur Disant « l'abstraction à l'utilitarisme »<sup>55</sup>. Il apparaît ainsi très clairement que le Conseil constitutionnel est confronté à une *contrainte*, celle du caractère abstrait de son contrôle, qui rend effectivement difficile au Conseil constitutionnel de prendre en compte des éléments factuels, concrets, y compris lorsque de tels éléments permettent de caractériser une simple erreur manifeste d'appréciation.

## § 2. Une abstraction absolue aporétique

Le développement sans précédent du contrôle de constitutionnalité à partir de la seconde moitié des années 1970 a placé le Conseil constitutionnel dans l'impossibilité d'ignorer toute donnée factuelle (A), ce qui n'a fait qu'accentuer le scepticisme de certains face à la pertinence de la modélisation des contrôles de constitutionnalité et, partant, de la justice constitutionnelle (B).

---

<sup>54</sup> C. const., n°2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T. [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé]*, *Rec.* p. 213.

<sup>55</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op.cit.* p. 109.

### A. La nécessaire prise en compte de certains faits.

Il va sans dire que les différents critères de qualification du contrôle de constitutionnalité ne peuvent être traités indépendamment de l'évolution globale du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le bouleversement du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel au tournant des années 1980 a mené à une prise en compte des certains faits, avant même que soit instauré un contrôle *a posteriori*. L'existence d'une part de concret ne pourra, à la suite de ce constat, être niée, la prise en compte des faits étant, comme souligné précédemment, au coeur de la définition du contrôle concret. En somme, suivant ce postulat, la mise en place d'une protection efficace des droits et libertés ne peut se faire sans une dose de concrétisation, et ce quelle que soit la nature du contrôle de constitutionnalité en cause. Comment imaginer, en effet, que le protecteur suprême des libertés soit pleinement perméable à une violation concrète de celles-ci ?

C'est en ce sens que le professeur Pardini avait effectué une synthèse tout à fait éclairante dans la conclusion de ses travaux sur les rapports entre le juge constitutionnel et le fait en France et en Italie, effectués bien avant la mise en oeuvre de la QPC. Il y avait identifié une distorsion entre le caractère explicitement abstrait ou concret du contrôle et une concrétisation *réelle* pourrait-on dire, née de la prise en compte d'éléments de fait. Partant, peu de contrôles pourraient échapper, selon lui, à ce phénomène de concrétisation, et le mythe du juge constitutionnel cantonné à une simple « collation » entre deux textes serait condamné à l'effondrement, entraînant avec lui le syllogisme juridictionnel classique<sup>56</sup>. L'immixtion d'éléments de fait empêchait en effet l'assimilation pleine et entière de la norme de constitutionnalité à la majeure, de l'acte législatif à la mineure et du résultat de la comparaison de ces deux normes à la conclusion. Evidemment, cette distorsion ne mène pas à un plein affranchissement des sources définissant le contrôle de constitutionnalité et les situations de la France et de l'Italie ne pouvaient dès lors faire l'objet d'un constat identique<sup>57</sup>. En effet, en Italie, le contrôle de constitutionnalité des lois s'est principalement articulé autour d'un procès incident de constitutionnalité, permettant au juge d'opérer un contrôle *concret* et

---

<sup>56</sup> PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Aix-en-Provence, coll. « Droit public positif », Economica-PUAM, 2001, p. 357.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 365.

*a posteriori*. La prise en compte des faits y est bien plus importante que dans le cadre du contrôle *abstrait et a priori* tel que pratiqué en France. Subsistait donc nécessairement un fort contraste entre ces deux pays : contrairement au juge constitutionnel Italien, son homologue français ne peut se prononcer explicitement sur une loi *telle qu'applicable à certains faits*. En revanche, le Conseil constitutionnel peut, à titre d'exemple, se référer aux situations de fait auxquelles la norme s'appliquera à compter de son entrée en vigueur : ainsi se dessine un paradigme où la prise en compte du fait s'effectue de manière ponctuelle, celui-ci devant être notoire pour que le Conseil constitutionnel puisse s'y intéresser<sup>58</sup>. C'est alors qu'apparaissent, à défaut d'un contrôle pleinement concret, des éléments éparses de concrétisation remettant en cause le qualificatif de contrôle « abstrait », du moins conçu de manière absolue.

D'un point de vue théorique, il semble inévitable qu'un juge tenu de trancher une question de constitutionnalité dans le cadre d'un recours abstrait cherche à imaginer des types de cas concrets dans lesquels la norme en question aurait vocation à s'appliquer<sup>59</sup>. D'un point de vue pratique, pour s'en convaincre, il suffit de se remémorer diverses hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel français a dû statuer sur des cas intrinsèquement liés à des éléments de fait. Comme le relevait le professeur Pardini, les doyens Escarras et Favoreu s'étaient ainsi attachés à analyser les décisions qui contribuèrent à affirmer le Conseil constitutionnel comme un rouage essentiel de notre régime politique, en premier lieu celles relatives aux nationalisations et aux privatisations, qui semblèrent révéler un taux de concret<sup>60</sup> en ce que les implications de telles initiatives politiques étaient largement soulignées et commentées. L'analyse d'autres décisions semblait alors révéler le même phénomène : celles rendues en matière de Presse et d'Audiovisuel, celle concernant la divulgation de la situation fiscale des contribuables, celle relative aux « Dix de Renault »<sup>61</sup> ou encore celles afférentes au découpage de circonscriptions électorales étaient considérées par le professeur Pardini comme symptomatiques à cet égard<sup>62</sup>. Ce constat s'imposa très largement et invita à analyser l'influence effective de ces éléments de fait. C'est ainsi que le professeur Disant, après s'être rallié à la thèse de la nécessaire influence de ces éléments, insista sur leurs conséquences sur la structure du jugement, et, plus précisément, sur le raisonnement du juge. Tout d'abord, le

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>59</sup> HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, coll. « Manuel », LGDJ, 39ème éd., 2018, p. 85.

<sup>60</sup> PARDINI (J-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>61</sup> C. const., n°89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 48.

<sup>62</sup> PARDINI (J-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, *op. cit.*, p. 153.

fait ayant toujours contribué à la confection des lois, il contribue nécessairement, selon lui, à l'appréciation et l'interprétation de ces mêmes lois par le juge constitutionnel<sup>63</sup>. De plus, l'interprétation des normes constitutionnelles peut être grandement influencée par la succession de cas dont le juge constitutionnel doit connaître. Ainsi, ce type d'influence des faits ne remet pas en cause l'articulation du travail du Conseil constitutionnel autour de la confrontation et l'interprétation de règles de droit. Insister sur l'aporie d'une abstraction absolue ne rend pas nécessaire l'identification d'une casuistique dans le contrôle du juge : les faits entreraient « par la norme », ce qui rappelle simplement la « dualité de la matière juridique »<sup>64</sup>, s'intéressant à la fois à l'être et au devoir-être, au fait et au droit.

Il ressort de ces éléments un phénomène de concrétisation *a minima* inéluctable et conséquentiel à l'affirmation d'un contrôle *substantiel* de constitutionnalité. Si un contrôle explicitement concret du type du contrôle incident italien est bien davantage empreint d'éléments de fait, et surtout semble faire naître des décisions propres à un cas d'espèce, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel se trouve, en dépit de son caractère abstrait, dans l'impossibilité d'ignorer pleinement les éléments factuels, ce qui tend à faire douter de la possibilité de mettre en place un contrôle de constitutionnalité pleinement abstrait lorsque s'est imposée l'exigence d'une protection efficace des droits et libertés constitutionnellement garantis. A ce stade, le seul constat possible semble donc négatif : à défaut d'être fondé explicitement sur des faits, ce qui conduirait à entrer dans une forme de casuistique, le contrôle de constitutionnalité peine à demeurer pleinement « détaché des faits<sup>65</sup> », pour reprendre la formule du professeur Disant.

### *B. Un renouveau de la critique des modèles de justice constitutionnelle.*

La remise en cause d'un contrôle absolument abstrait ne se limite pas au rapport du juge constitutionnel aux faits. Elle s'inscrit plus largement dans le cadre d'une critique de la

---

<sup>63</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 108.

modélisation de la justice constitutionnelle, critique sans doute exposée le plus clairement par le professeur Tusseau. Celle-ci, largement connue, conteste assez largement l'opposition entre un modèle américain vecteur de contrôle diffus et concret et un modèle européen vecteur de contrôle concentré et abstrait.

Y adhérer nécessite sans doute de repenser l'étude comparée du contentieux constitutionnel, en particulier concernant la question qui est posée au juge, l'opposition entre un contrôle américain concret et un contrôle européen abstrait peinant à « offrir une grille de lecture pleinement satisfaisante du droit positif »<sup>66</sup>. Ce premier constat est marqué par une nécessaire hybridité des modèles de justice constitutionnelle. Ainsi, les aspects abstraits et concrets sont décrits par le professeur Tusseau comme « rarement exclusifs l'un de l'autre au sein des différents Etats qui connaissent la justice constitutionnelle »<sup>67</sup>, ce à quoi il faut ajouter la difficile appréhension en ces termes de certains types de contrôle, avant tout « parce que rares sont les Etats qui ne connaissent pas simultanément plusieurs types de recours conduisant à apprécier la constitutionnalité d'une norme »<sup>68</sup>. Il transparaît de ces éléments une certaine hybridité, rendue nécessaire par le fait que les différentes caractéristiques du contrôle de constitutionnalité répondent à des besoins différents. Or, précisément, si ces besoins ne sont pas universels, il semble difficilement soutenable, à l'inverse, que chaque système de justice constitutionnelle peut être pleinement perméable à la diversité de ces besoins. Partant, à la nécessité - ou à tout le moins la facilité - de ranger chaque type de contrôle de constitutionnalité dans une catégorie, s'est opposée dans un second temps la complexité des contrôles faisant de ces catégories des éléments peu satisfaisants. C'est en ce sens que le professeur Jouanjan remarque que s'« il fallait qu'on fit rentrer le Conseil constitutionnel dans la catégorie générale que constituait le modèle kelsénien de la Cour constitutionnelle »<sup>69</sup>, il n'en reste pas moins que « l'on trouve des approches, dans la doctrine française qui rompent, peu ou prou, avec un certain angélisme ambiant comme avec l'aveuglement relatif dû à un concept trop sommaire de la cour constitutionnelle »<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle - Essai de critique méthodologique*, Bologne, coll. « Ricerche de diritto comparato », BUP, 2009, p. 40.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>69</sup> JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°2, 2009.

<sup>70</sup> *Ibid.*

Rompant définitivement avec cet angélisme, le professeur Tusseau appuie sa critique en relevant également la difficulté d'appréhension en ces termes de certains types de contrôle, et ce du fait d'une divergence de point de vue : dans le cas du modèle européen, le contrôle couramment présenté comme abstrait et consistant dans la résolution des conflits entre organes « peut aussi bien être compris comme très concret pour l'organe dont la compétence a été violée et qui saisit le juge constitutionnel, comme dans le cas de la contestation d'une norme nationale par une entité régionale ou fédérée, ou inversement »<sup>71</sup>. Cela mène nécessairement à une critique qui ne se limite pas aux modèles classiques de justice constitutionnelle. La mise en doute d'une catégorisation absolue, également partagée par le professeur Grewe<sup>72</sup>, mène à adopter un regard très critique vis-à-vis des théories alternatives de classification, et tout particulièrement vis-à-vis de la grille d'analyse offerte par le professeur Fromont. Ce dernier avait précisément opéré une distinction entre les questions relatives aux droits subjectifs imprimant un caractère concret, et les questions relatives à un conflit de normes ou d'organes de l'Etat, à la fois objectives et abstraites. Cette classification était ainsi fondée sur la procédure par laquelle le juge est saisi d'une question de droit constitutionnel et sur l'objet, et par là même la nature, des décisions de justice susceptibles d'être rendues. Si cette présentation apparaît à certains égards plus pertinente, relevons avec le professeur Tusseau que cet unique critère peut « s'avérer insuffisant à fonder une étude du droit positif qui favorise une compréhension plus globale de l'organisation que connaît *hic et nunc* la justice constitutionnelle »<sup>73</sup>. Evidemment, dans le cas français, la cohérence recherchée entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* démontre sans doute que les contraintes qui contribuent à dessiner le modèle français de justice constitutionnelle transcendent les deux types de recours. Loin d'être révolutionnaires, ces critiques tendent à rappeler que les typologies classiques sont simplement destinées à clarifier des tendances mais n'ont pas vocation à s'imposer comme un modèle parfaitement respecté. Il s'agirait tout au plus d'un *idéal-type* tel que défini par Max Weber : une catégorie est créée pour ses vertus explicatives, sans que les caractéristiques qui lui sont propres soient partagées dans l'ensemble des phénomènes. Or, comme le professeur Jouanjan le relève très justement, cette tendance critique n'a rien d'étonnant, tant « le discours kelsénien sur la Cour constitutionnelle n'est pas

---

<sup>71</sup> TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>72</sup> GREWE (C.), « A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement des contentieux et des procédures » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 255.

<sup>73</sup> TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 42.

et ne peut pas être un discours de la *science du droit*, car il est prescriptif et non descriptif »<sup>74</sup>. L'évolution des modèles de justice constitutionnelle s'est donc faite en trois temps. Naquit de l'Oeuvre de Kelsen un nouveau type de contrôle de constitutionnalité, qui ne pouvait se voir comme un modèle, mais qui fut l'occasion pour certains analystes de créer un modèle parfaitement opposé au modèle américain, celui-ci analysé aujourd'hui de manière critique et, avec lui, de nombreux éléments de classification, au premier rang desquels les caractères abstraits et concrets du contrôle.

Ainsi, l'office classique du juge constitutionnel, conçu uniquement dans le cadre du contrôle *a priori*, ou englobant les deux types de contrôle coexistant en France, interroge déjà quant au qualificatif d'abstrait. Or, les doutes émis ne peuvent qu'être appuyés par les évolutions récentes du contrôle de constitutionnalité, et en premier lieu par la multiplication de certains mécanismes consécutive à l'apparition de la QPC.

---

<sup>74</sup> JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », art. préc.

## **Section II. La multiplication d'éléments de concrétisation causée par la QPC.**

En dépit de l'inscription de la QPC dans le prolongement du contrôle *a priori*, la doctrine a très rapidement douté de l'effectivité d'un processus d'abstraction dans le cadre d'un tel contrôle (§ 1), et a assurément trouvé, dans la mise en oeuvre dudit contrôle, des fondements à ces doutes (§ 2).

### **§ 1. L'émergence de doutes : une analyse essentiellement doctrinale.**

L'analyse des prémices de la mise en oeuvre de la QPC par la doctrine a semblé évoluer, de simples doutes quant à la pertinence de qualifier un contrôle effectué dans ces circonstances, et tout particulièrement *a posteriori*, d'abstrait (A), vers une opposition plus nette vis-à-vis de ce qualificatif du fait de certains éléments particuliers, autour desquels semblent se nouer des incompatibilités certaines (B).

#### *A. Le postulat d'une incompatibilité entre abstraction et contrôle a posteriori.*

L'émergence de la QPC a largement fait renaître l'intérêt de nombreux observateurs pour la classification des contrôles de constitutionnalité : une fois la loi organique du 10 décembre 2009 promulguée, et surtout au lendemain des premières décisions QPC, des critiques se sont concentrées sur les caractères du contrôle de constitutionnalité opéré en QPC, et tout particulièrement sur le caractère supposément « abstrait » dudit contrôle. Dans une démarche analogue à celle du professeur Tusseau, le professeur Fromont - s'étant pourtant lui-même attaché à conserver la pertinence des modèles de justice constitutionnelle - a ainsi cherché à prouver que la QPC ne pouvait ni ne devait être assimilée à une seule catégorie de contrôle.

Dès lors, s'il remet en cause la doctrine française majoritaire en ce qu'elle a présenté cette procédure comme abstraite, il refuse également de considérer cette démarche comme une procédure de protection des droits de l'homme, et partant comme une procédure concrète. Ainsi, après avoir relevé que la question est posée à l'occasion d'un litige concret et que le juge devant lequel se déroule le procès n'est pas compétent pour poser la question si aucune des deux parties ne le lui demande, le professeur Fromont a explicitement considéré la QPC comme une procédure « mi-abstraite mi-concrète »<sup>75</sup>. Le lien avec le litige ordinaire a alors semblé déterminant dans la remise en cause du caractère abstrait, comme l'illustre très bien la formule du professeur Dominique Rousseau selon laquelle « le litige constitutionnel est la continuité nécessaire du litige ordinaire »<sup>76</sup>. Par cette formule, se trouve identifié un phénomène de *juridictionnalisation* du Conseil constitutionnel, ainsi que l'existence d'un véritable « litige constitutionnel »<sup>77</sup>. Partant de l'article 61 de la Constitution, disposant, rappelons le, que « le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation », le professeur Dominique Rousseau relève que ce n'est évidemment pas le juge qui a déclaré la QPC recevable qui vient plaider devant le Conseil, mais l'avocat de la partie qui a constitué le litige, ce à quoi s'ajoute que le litige constitutionnel est lié au litige au fond puisqu'il n'est recevable que si la disposition législative contestée est « applicable au litige », selon les termes mêmes de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>78</sup>.

La remise en cause du caractère abstrait fut également largement alimentée par Mme Fatin-Rouge Stefanini qui avait très clairement identifié une « concrétisation du contrôle dans le cadre de la QPC »<sup>79</sup>, caractérisée par deux données fondamentales. D'une part, fut mobilisé l'argument classique selon lequel la question de constitutionnalité a nécessairement émergé d'une situation concrète. Ce simple élément ne suffisant pas à prouver la concrétisation du contrôle opéré, de nombreux autres éléments, stigmates de ce lien avec un cas concret, furent mis en évidence : le fait que la décision porte le nom des parties et de leurs représentants, ou encore le fait que la situation concrète à l'origine de ce contrôle est présentée par les

---

<sup>75</sup> FROMONT (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 110, 124.

<sup>76</sup> ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 49.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>79</sup> FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », art. préc.

représentants des parties dans le cadre de l'audience publique<sup>80</sup>. Surtout, la concrétisation du contrôle serait déduite de la contrainte d'un lien entre la disposition dont la constitutionnalité est contestée et le litige, ainsi que les parties à ce litige. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'office par le juge et il ne peut se prononcer sur l'ensemble de la loi : il est uniquement saisi des conclusions soulevées par le requérant. Les faits et les parties à l'instance dont est issue la QPC exercent assurément une influence directe sur le déroulé de la procédure, comme l'illustre également la possibilité pour le président d'ordonner un huis-clos<sup>81</sup>.

Il fut également valablement soutenu que l'instauration d'un contrôle *a posteriori* était l'occasion de remettre en cause la conception binaire selon laquelle le contrôle de constitutionnalité ne pouvait être que purement concret lorsqu'est identifié un lien avec le litige concret, ou à défaut, purement abstrait. Cette conception rend en effet difficile la caractérisation d'une concrétisation, dès lors que le Conseil constitutionnel n'est pas saisi du litige à l'occasion d'une QPC. C'est ainsi le prolongement et l'accentuation de phénomènes antérieurs à la QPC, déjà nettement identifiés<sup>82</sup>, qui ferait tendre irrémédiablement le contrôle de constitutionnalité vers une certaine concrétisation. Les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier insistent sur ce phénomène dans le cadre de l'exercice du contrôle de proportionnalité ou encore dans l'examen du respect du principe d'égalité<sup>83</sup>. Dans ce contexte, le juge constitutionnel, aussi bien dans le cadre du contrôle *a priori* que dans le cadre du contrôle *a posteriori* recherche les effets de la loi, ou encore les motifs de celle-ci. Cependant, le contrôle opéré en QPC se distingue nettement en ce qu'il « permet d'effectuer une interprétation actualisée des dispositions constitutionnelles à la lumière des évolutions sociétales ou technologiques, et en ce qu'il ne peut laisser le juge constitutionnel indifférent à des atteintes aux droits et libertés que la Constitution garantit *révélées* par l'application de la loi au litige »<sup>84</sup>. Partant, le phénomène de concrétisation semble difficilement réductible à la seule inclusion du litige à l'office du juge : il est en effet difficilement envisageable que le Conseil constitutionnel rechigne à prendre en considération

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> GAY (L.), « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *la QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, coll. « Colloques et Essais », Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 117.

<sup>83</sup> BONNET (J.), ROBLLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 829.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 829.

des argumentations constitutionnelles de plus en plus empreintes d'éléments factuels, de contextualisations, mettant en lumière les atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Evidemment, face à ces critiques, les partisans d'une QPC qualifiée d'abstraite disposaient d'arguments tangibles, parmi lesquels la faculté pour le Conseil constitutionnel de soulever de lui-même des griefs à l'encontre de la disposition législative et d'étendre ainsi la question y compris à un grief non renvoyé. La simple identification d'éléments éparses de concrétisation ne suffisait donc pas et d'aucuns s'attachèrent alors à identifier des noeuds d'incompatibilité, permettant de caractériser une influence inéluctable des éléments de concrétisation sur le contrôle opéré par le juge constitutionnel.

### *B. L'identification de « noeuds » d'incompatibilité.*

Au-delà d'éléments éparses de concrétisation, se forgeraient donc, selon de nombreux observateurs, des *noeuds* d'incompatibilité, naissant plus particulièrement cette fois-ci du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, ces observateurs renversant ainsi le mode d'identification de la concrétisation. C'est ainsi que, dans la critique précitée de Mme Fatin-Rouge Stefanini, le fait que le contrôle porte sur une loi déjà appliquée et interprétée semble constituer un point de rupture dans la qualification du contrôle. Le Conseil constitutionnel apprécie en effet les changements de circonstances permettant le réexamen d'une disposition législative. Ceci impliquerait un contrôle concret comme l'a montré la décision *Garde à vue* dans laquelle le Conseil constitutionnel s'appuie sur des statistiques et des chiffres précis<sup>85</sup>. Surtout, l'influence de la doctrine du droit vivant sur la redéfinition par le Conseil constitutionnel de son propre contrôle semble jouer un rôle déterminant dans le phénomène de concrétisation. C'est ainsi qu'une importance toute particulière fut accordée, en premier lieu par le professeur Dominique Rousseau, à la décision du 6 octobre 2010, en ce que le Conseil a établi qu'en « posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette

---

<sup>85</sup> C. const., n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. Et autres [Garde à vue]*, Rec. p. 179.

disposition »<sup>86</sup>. Ainsi, avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sortirait, selon le professeur Dominique Rousseau, d'une logique purement abstraite pour connaître non plus de la loi parlementaire mais de la loi *juridictionnelle*, de la « loi vivante » selon l'expression de la doctrine italienne, celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable<sup>87</sup>.

Ce même élément marque et confirme ainsi « la singularité de la procédure de la QPC »<sup>88</sup>. En effet, le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la portée effective de la disposition, sa portée concrète, c'est-à-dire la loi *dans les effets qu'elle a produits*. Cela nourrit évidemment le discours de ceux qui doutent que le contrôle opéré en QPC puisse être exactement le même que dans le cadre du contrôle *a priori*, en l'occurrence un contrôle limité à l'appréciation de la seule disposition législative brute. De plus, cet élément semble d'autant plus déterminant qu'il mène à un contrôle substantiellement différent : des décisions rendues peu de temps avant cette redéfinition du contrôle témoignent d'une grande différence entre la disposition brute et l'interprétation qui en est retenue par les juridictions ordinaires<sup>89</sup>. C'est également en ce sens que le professeur Bonnet remarque qu' « entre le texte de la loi et la loi vivante, des écarts de sens et de portée sont fréquents, en plus des effets produits par l'application combinée d'autres textes en vigueur »<sup>90</sup>, comme en attestent de nombreuses décisions du Conseil d'Etat<sup>91</sup>. Précisément, le contrôle *a posteriori* ferait émerger des vices insoupçonnés d'inconstitutionnalité, notamment des griefs à front renversé de ceux examinés dans le contrôle *a priori*, comme en atteste la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>92</sup>. Ceci semble essentiel dans le cadre de notre étude puisque « le contrôle de l'interprétation constante, les changements de circonstances ou l'influence du fait dans l'esprit du juge et dans le choix de moduler les effets de l'abrogation attestent de la part de concret et de subjectif dans le contrôle *a posteriori* »<sup>93</sup>. Ainsi, l'incompatibilité du caractère abstrait avec la

---

<sup>86</sup> C. const., n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. Et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, Rec. p. 264.

<sup>87</sup> ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », art. préc., p. 50.

<sup>88</sup> FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), JACQUINOT (N.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », art. préc.

<sup>89</sup> C. const., n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. Et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, Rec. p. 264.

<sup>90</sup> BONNET (J.), « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », art. préc.. p. 107.

<sup>91</sup> C.E., 28 janvier 2011, req. n°338199, *Huchon, Leb.* p. 1114 ; C.E., 22 février 2013, req. n°364341, *Torres Moye*.

<sup>92</sup> C. const., n° 2010-98 QPC, 4 février 2011, *M. Jacques N. [Mise à la retraite d'office]*, Rec. p. 108.

<sup>93</sup> BONNET (J.), « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », art. préc. p. 112.

QPC semble se nouer - du fait de ce qui vient d'être présenté - autour de l'appréciation, par le juge du filtre, des changements de circonstances<sup>94</sup>. Il est vrai que le juge du filtre semble pouvoir prendre en considération les circonstances d'application de la loi, et, en définitive, opérer un contrôle *in concreto*. Relevons en premier lieu que, si cet élément ne concerne pas directement le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, il emporte des conséquences sur le contrôle de constitutionnalité *lato sensu*, le filtrage opéré par les juridictions ordinaires étant déterminant dans la chaîne du contrôle de constitutionnalité propre à la procédure QPC. Cependant, il n'a pas échappé à la sagacité de ces observateurs que le Conseil constitutionnel, conscient du risque qu'emporte un tel pouvoir, a souhaité circonscrire cet élément de concrétisation, afin de ne pas trop s'éloigner de la nature supposée de son contrôle. Pour ce faire, il a considéré que l'application par une juridiction d'une disposition législative ne peut constituer un changement de circonstance. Ainsi, à titre d'exemple, si « la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'Etat (...) placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif (...) elle ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées »<sup>95</sup>. Une incompatibilité avec le caractère abstrait a également pu être identifiée dans les effets attachés à la décision rendue<sup>96</sup>. D'abord, la possibilité pour le juge constitutionnel de moduler les effets de sa décision n'est pas propre à la QPC, mais le lien avec une instance au fond semble modifier l'appréciation des conséquences concrètes que peut emporter la décision. Dès le début de la QPC, cela semble s'être confirmé, notamment avec la question de la préservation de *l'effet utile* à la déclaration de non-conformité, non seulement en cas d'abrogation immédiate mais également en cas d'abrogation différée<sup>97</sup>, témoignant de la prise en compte, par le Conseil constitutionnel, des conséquences concrètes de ses décisions. Ceci semble pouvoir être rapproché du recours aux réserves d'interprétation, permettant au juge constitutionnel d'adapter des dispositions législatives à certaines circonstances afin de les purger de leur inconstitutionnalité, et semblant, du fait du lien de la QPC avec une instance au fond, être particulièrement propices à la concrétisation. Ainsi, ces éléments ont donné lieu, dès les prémisses de la QPC, à des interrogations sur leur compatibilité avec le caractère abstrait du contrôle : leur impact sur une véritable

---

<sup>94</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op.cit.*, p. 107.

<sup>95</sup> C. const., n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, M. Ismaël A. [*Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*], *Rec.* p.194.

<sup>96</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op.cit.*, p. 107.

<sup>97</sup> C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L.* [*Cristallisation des pensions*], *Rec.* p. 91.

concrétisation du contrôle de constitutionnalité fera donc l'objet d'un développement ultérieur.

Les doutes précédemment présentés ne peuvent qu'être accentués par une comparaison avec l'Allemagne. C'est ainsi que le Professeur Grewe a constaté cette « dynamique de concrétisation »<sup>98</sup> conjointe en Allemagne et en France, dans le cadre de la QPC et du contrôle concret, qui se présentaient pourtant tous deux comme des contrôles normatifs abstraits. Cette dynamique est en effet ancienne en Allemagne, les deux décisions *Solange* et celle relative au *marché des bananes* ayant montré que le contrôle allemand de constitutionnalité n'était pas insensible au raisonnement en terme de droits et libertés et prenait en considération la nécessaire adaptation du droit à l'hypothèse où une norme *devient* inconstitutionnelle<sup>99</sup>. Le professeur Grewe souligne alors également que des signes équivalents semblent identifiés en France avec la référence explicite à la catégorie dite des « droits et libertés que la Constitution garantit » ainsi que l'analyse précitée des changements de circonstance. Se dessinent ainsi les mêmes noeuds d'incompatibilité avec l'abstraction. Plus précisément, la référence à des éléments concrets semble accentuer un autre phénomène, celui de la subjectivisation, concrétisation et subjectivisation s'imposant alors sous la plume du professeur Grewe comme inter-dépendants. Sans verser dans un raisonnement par analogie, le contrôle de constitutionnalité semblant bien davantage effectif en Allemagne qu'en France, cette comparaison ne peut qu'inviter à la prudence face au qualificatif d'abstrait.

A ces éléments d'analyse globale du contrôle de constitutionnalité, s'ajoutent certains contrôles bien spécifiques. Comme le fait remarquer le professeur Drago, une hypothèse particulière permet au Conseil constitutionnel de concrétiser explicitement son contrôle : celle du contrôle de la constitutionnalité de la loi à l'occasion d'un contentieux électoral. Cette question peut en effet attester d'un changement de paradigme entre décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* et décisions QPC<sup>100</sup>. En effet, le Conseil constitutionnel refusait d'examiner la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un recours en matière électorale<sup>101</sup>. Face au silence des textes, le Conseil a admis le dépôt d'une QPC à l'occasion d'un

---

<sup>98</sup> GREWE (C.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », art. préc., p. 144.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>100</sup> DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, *op.cit.*, p.234.

<sup>101</sup> C. const., n°88-1082 DC, 21 oct. 1988, *Bischoff et Guyomarc'h*, *Rec.* p. 183 ; C. const., n°97-2231, 10 juill. 1997, *Boulangier*, *Rec.* p. 124.

contentieux électoral<sup>102</sup>, décision dont le professeur Drago appuie le caractère prétorien<sup>103</sup>. Il est notable à cet égard que, si une QPC est soulevée à l'occasion d'une procédure en cours devant lui, le Conseil procède selon les dispositions du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant lui pour les QPC, il peut toutefois, par décision motivée, rejeter sans instruction contradictoire préalable les QPC ne réunissant pas les conditions générales de recevabilité<sup>104</sup>. Ainsi le professeur Drago souligne-t-il que certains pans du contentieux constitutionnel sont indéniablement empreints de concrétisation, ce qui ne peut qu'accentuer les doutes relatifs à la pertinence du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité dans son ensemble.

## **§ 2. La caractérisation de mécanismes de concrétisation : un constat essentiellement empirique.**

La concrétisation s'opère par divers mécanismes, parfois maîtrisés par le Conseil constitutionnel, celui-ci décidant de se soucier des conséquences concrètes de ses décisions (A), et parfois subis par celui-ci, la QPC échappant parfois à son contrôle (B).

### *A. La concrétisation « en aval ».*

Au vu des spécificité de la QPC, beaucoup d'observateur avisés, à l'instar du professeur Disant, ont vu dans l'outil des réserves d'interprétation le signe majeur de la concrétisation. Bien plus qu'un lien avec le litige subi par le Conseil constitutionnel subit, ce dernier ne pouvant pleinement s'en détacher, les réserves semblent constituer une « technique de concrétisation »<sup>105</sup> du contrôle, pleinement maîtrisée par le Conseil constitutionnel. Partons d'un double constat, sommes toutes classique, esquissé précédemment. Tout d'abord, ces

---

<sup>102</sup> C. const., n°2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret, Rec.* p. 67.

<sup>103</sup> DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français, op.cit.*, p. 234.

<sup>104</sup> C. const., n°2012-4563 DC, 18 oct. 2012, *AN, Hauts de Seine, 13ème circonscription, Rec.* p. 543.

<sup>105</sup> DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité, op.cit.*, p. 108.

réserves peuvent conduire le Conseil à déclarer une disposition inconstitutionnelle *en tant que*, c'est à dire dans une circonstance bien particulière, le Conseil constitutionnel se situant au stade de l'application de la loi. De plus, ajoutons que les conséquences de cette technique semblent bien différentes dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel n'ayant plus à supposer des inconstitutionnalités éventuelles, supposition constituant sans doute des stigmates de l'abstraction : ces inconstitutionnalités auront pu être révélées par l'application de la loi.

Pour s'en convaincre, examinons les illustrations de ce phénomène identifiées par les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier<sup>106</sup>, tenant dans trois décisions du Conseil constitutionnel : une décision QPC du 24 janvier 2017<sup>107</sup>, ainsi que deux décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* en date du 16 mars 2017<sup>108</sup>. L'analyse, par ces auteurs, de telles décisions, témoigne d'une concrétisation explicite des réserves d'interprétation, concrétisation inhérente à leur formulation même. Deux remarques s'imposent à ce stade : tout d'abord, comme le font remarquer ces auteurs, ce phénomène semble d'autant plus notable qu'il concerne des droits et libertés primordiaux, menacés dans le cadre de questions aussi sensibles que les contrôles d'identité au faciès, le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse et la durée maximale de l'assignation à résidence. Ajoutons à cela que ces décisions ont été rendues aussi bien dans le cadre du contrôle *a priori* que du contrôle *a posteriori*, ce qui démontre bien que le phénomène de concrétisation concerne l'ensemble du contrôle de constitutionnalité ; cependant, il apparaîtra que le contrôle *a posteriori* semble particulièrement propice à la concrétisation des réserves, ce qui a sans doute fait naître une pratique perpétuée dans le cadre du contrôle *a priori*.

En dépit d'un vocabulaire assez terne et d'une argumentation toujours aussi standardisée, le Conseil constitutionnel semble opérer un glissement notable, à l'occasion de l'examen du grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'aller et venir, en particulier à l'occasion de l'examen de la disposition législative disposant que les réquisitions du procureur de la

---

<sup>106</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des réserves d'interprétation », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°54, 2017.

<sup>107</sup> C. const., n°2016-606-607 QPC, 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. Et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]*, JO, 26 janvier 2017, texte n°135.

<sup>108</sup> C. const., n°2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse* ; C. const., n°2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, JO, 17 mars 2017, texte n°67.

République ne peuvent viser que des lieux et des périodes de temps déterminées. Le Conseil constitutionnel décida de recourir à la technique des réserves d'interprétation, estimant que ces dispositions ne pouvaient être conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit qu'à certaines conditions. Dans l'établissement de ces conditions, le Conseil semble avoir identifié des éléments très concrets d'application de la loi constitutionnelle déferée : sont ainsi identifiées les hypothèses dans lesquelles le procureur de la République retient « des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions », où il y a « un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents », ou encore « la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps et l'espace »<sup>109</sup>. Bien au-delà d'une anticipation, il s'agissait ici de faire cesser une pratique bien identifiée, les contrôles d'identités n'étant bien évidemment pas remis en cause, mais circonscrits à certaines hypothèses, la généralisation de ces contrôles étant perçue par le Conseil constitutionnel comme une pratique déviante. Deux remarques opérées par les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier doivent être mentionnées pour comprendre le changement paradigmatique que cette décision illustre. D'abord, ces réserves d'interprétations n'ont plus simplement vocation à contredire la loi brute, mais également « la loi telle que mise en oeuvre, façonnée par les faits et le poids des pratiques administratives »<sup>110</sup>. Ensuite, par conséquent, ceci permet au Conseil constitutionnel de s'imposer comme une « troisième juridiction suprême<sup>111</sup> », et ce dans la mesure où cette décision fait écho à une jurisprudence de la Cour de cassation ayant condamné l'Etat dans l'hypothèse d'un contrôle d'identité discriminatoire<sup>112</sup>.

Quelques mois plus tard, dans le cadre de son contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a assorti sa décision de conformité de la loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse de plusieurs réserves d'interprétation dont la précision semble révéler une certaine dose de concrétisation. Toujours selon la même méthode, les sages ont déclaré les dispositions législatives non contraires à la liberté d'expression et de communication, à plusieurs conditions. Ainsi, si l'on s'intéresse au traitement de la disposition législative réprimant « les pressions morales et psychologiques, menaces et actes d'intimidation exercés à l'encontre de toute personne cherchant à s'informer sur une

---

<sup>109</sup> C. const., n°2016-606-607 QPC, 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. Et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]*, JO, 26 janvier 2017, texte n°135.

<sup>110</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des réserves d'interprétation », art. préc.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Cass. civ. 1ère, 9 nov. 2016, n° 15-24.212.

interruption volontaire de grossesse », on remarque que le Conseil circonscrit l'application de cette mesure à un cas très concret : ces dispositions pourront seulement permettre « la répression d'actes ayant pour but d'empêcher ou de tenter d'empêcher une ou plusieurs personnes déterminées de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou d'y recourir »<sup>113</sup>, mais ne pourront en aucun cas permettre la répression d'une simple « diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne ». Mais plus que cette circonscription, le Conseil constitutionnel apporte des précisions très concrètes quant à la mise en oeuvre de ces répressions. Celles-ci ne pourront être mises en oeuvre, selon les sages, qu'à plusieurs conditions : il est nécessaire que soit « sollicitée une information, et non une opinion », information portant « sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences » et devant être « donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière ». Ainsi se confirme un usage nouveau des réserves d'interprétation. Cette décision étant rendue dans le cadre du contrôle *a priori*, il ne peut être fait explicitement référence à des situations concrètes déjà constatées, mais, sans doute sous l'influence du bouleversement opéré par la QPC, le Conseil constitutionnel anticipe avec une précision d'orfèvre les applications potentiellement déviantes de la loi, pouvant révéler une inconstitutionnalité de cette dernière. La troisième décision précitée démontre sans doute que ce phénomène de concrétisation des réserves d'interprétation est encore bien plus marqué en QPC. Pour reprendre la formule des professeurs Bonnet et Roblot-Troizier, le Conseil constitutionnel a délivré un véritable « vade-mecum à l'attention du juge administratif »<sup>114</sup>, et ce pour un régime législatif aussi sensible que celui de l'état d'urgence. Ainsi, à titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a considéré que le prolongement au-delà de douze mois d'une assignation à résidence par l'autorité administrative ne pouvait être conforme à la liberté d'aller et venir que si « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics »<sup>115</sup>, ce qui, pour s'en assurer, implique que « l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires », et prenne en compte « dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous

---

<sup>113</sup> C. const., n°2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, JO, 21 mars 2017, texte n°4.

<sup>114</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des réserves d'interprétation », art. préc.

<sup>115</sup> C. const., n°2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, JO, 17 mars 2017, texte n°67.

assignation à résidence, les conditions de celles-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie ». Cette décision illustre bien la double concrétisation des réserves en QPC : de la même façon que dans le contrôle *a priori*, les sages sont amenés à imaginer les situations concrètes qui pourraient révéler une inconstitutionnalité de la disposition législative visée, mais ces derniers font également référence - le plus souvent implicitement - à des situations de fait déjà constatées, et souhaitent ainsi perfectionner leur mode de protection des droits et libertés.

De plus, le Conseil constitutionnel concrétise son contrôle dans l'application de ses décisions. Tout d'abord, la QPC semble avoir permis de déceler une effectivité accrue des décisions du Conseil constitutionnel, comme l'ont montré les travaux du professeur Benzina. Ces travaux contribuent au constat d'une concrétisation accélérée par la QPC, en ce qu'ils démontrent comment les décisions du juge constitutionnel sont, depuis l'apparition de la QPC, susceptibles d'affecter plus directement l'activité du législateur, la solution des litiges devant les juridictions ordinaires ou l'issue d'une demande de l'Administration<sup>116</sup>. Se dessine ainsi une première immixtion du juge constitutionnel dans le travail législatif. En sus de s'immiscer dans le travail législatif, le Conseil constitutionnel semble se glisser dans la peau du législateur. C'est ainsi qu'il diffère dans le temps les effets de l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle du fait de « conséquences manifestement excessives » qu'emporterait une abrogation immédiate. A cette première forme de concrétisation, le Conseil ajoute une concrétisation bien plus explicite lorsqu'il fait en sorte que les parties au litige dont est issu la QPC bénéficient de *l'effet utile* de la déclaration d'inconstitutionnalité. Avant de décomposer ce phénomène, prenons un exemple topique relaté par les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier : le Conseil constitutionnel avait dû constater l'inconstitutionnalité de l'article 167-1 du code électoral en ce qu'il traitait différemment les partis et groupements politiques en fonction de leur représentation par des groupes parlementaires à l'Assemblée nationale, quant à l'accès des partis politiques aux émissions du service public de la communication audiovisuelle pendant la campagne des élections législatives<sup>117</sup>. Dans ce cas précis, la concrétisation semble double, voire triple. Tout d'abord, la décision d'inconstitutionnalité n'a pu qu'être confortée par les circonstances concrètes, à savoir celles d'un nouveau parti dont

---

<sup>116</sup> BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », LGDJ, 2017.

<sup>117</sup> C. const., n°2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, JO, 1 juin 2017, texte n°25.

était issu le Président de la République fraîchement élu, sollicitant une majorité à l'Assemblée nationale. Deuxièmement, le Conseil constitutionnel a anticipé les conséquences concrètes de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Estimant qu'une telle déclaration aurait eu pour effet « d'ôter toute base légale à la détermination par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (...) des durées des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives », il a reporté au 30 juin 2018 la date de l'effet de l'abrogation. Troisièmement, afin de permettre au mouvement « En Marche ! » de bénéficier de la décision d'inconstitutionnalité, et donc de bénéficier de l'*effet utile* de la décision, le Conseil constitutionnel a défini lui-même un cadre juridique conforme à la Constitution, visant, de manière extrêmement concrète, le cas du mouvement « En Marche ! » aux élections législatives de 2017. C'est ainsi que les sages ont considéré que l'article L.167-1 du code électoral devait être appliqué comme permettant « la prise en compte de l'importance du courant d'idées ou d'opinions qu'ils représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives », le Conseil faisant ainsi implicitement référence aux élections présidentielles.

Le mécanisme de la préservation de l'effet utile semble bien illustrer la « concrétisation mesurée » du contrôle de constitutionnalité : si l'on diffère les effets de l'inconstitutionnalité à titre principal et ce pour des raisons objectives, on apporte simplement certaines nuances illustrant la concrétisation, la prise en compte de la situation des parties dont est issu le litige, ainsi que des éléments factuels. A partir de sa décision relative à la loi organique sur la mise en oeuvre de la QPC<sup>118</sup>, le Conseil constitutionnel a présenté la préservation de l'effet utile comme un moyen de se soucier du sort du justiciable qui a soulevé la QPC. Ainsi, les décisions récentes ne font que confirmer une tendance initiée dès les débuts de la QPC : ce mécanisme s'est explicitement imposé comme une conséquence à la nécessaire concrétisation du contrôle opéré en QPC. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel, dès sa première décision rendue dans le cadre du contrôle *a posteriori*, avait souligné l'importance, formelle, de « préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours », ce qui s'était traduit par une demande au législateur « de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cour à la date de la présente décision », et aux juridictions « de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue

---

<sup>118</sup> C. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206.

dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »<sup>119</sup>. Cette indéniable prise en compte d'éléments concrets semble inhérente à l'identité de la QPC, et a assuré, en un certain sens, comme le souligne le professeur Dominique Rousseau, « l'avenir de cette procédure »<sup>120</sup>, et ce par un usage qu'il considère « intelligent » de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution. La condition de possibilité de ceci serait précisément, selon ce dernier, la prise en compte de l'intérêt du droit, de l'intérêt du Parlement, mais également de *l'intérêt des justiciables*, notion dont l'immixtion fait nécessairement sortir du paradigme abstrait. Une dose de concrétisation est donc assurément identifiable, mais ce mécanisme demeure une exception, s'inscrivant dans un mécanisme complexe d'application dans le temps des décisions. Ceci fut illustré par le considérant de principe dégagé peu de temps après, rappelant les prérogatives offertes par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution mais également la règle principielle, considérant en vertu duquel « la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC et la disposition déclarée contraire à la constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel »<sup>121</sup>.

Enfin, toujours dans le même souci de prise en compte de la situation concrète, et sans doute dans une quête d'autonomie vis-à-vis du législateur, le Conseil constitutionnel a grandement développé dans le cadre de son contrôle *a posteriori* les « normes transitoires » ou « réserves transitoires ». Ceci lui permet, comme le relèvent les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier, de maintenir la disposition législative inconstitutionnelle en vigueur tout en l'accompagnant « d'une norme qui s'appliquera de manière transitoire jusqu'à l'adoption de la loi nouvelle ou, à défaut, jusqu'à la date de prise d'effet de l'abrogation »<sup>122</sup>. Une excellente illustration en avait été donnée par le Conseil lorsqu'il a, dans une décision du 4 décembre 2015, assorti sa décision de report de l'abrogation de la loi contestée de la norme suivant laquelle « il y a lieu de juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré »<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010.

<sup>120</sup> ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, coll. « Domat droit public », LGDJ, 10ème éd., 2013.

<sup>121</sup> C. const. n°2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, Rec. p. 160.

<sup>122</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des réserves d'interprétation », art. préc.

<sup>123</sup> C. const., n°2015-506 QPC, 4 déc. 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, JO, 6 décembre 2015, p. 22502.

## B. La concrétisation « en amont ».

Si le Conseil constitutionnel développe de nombreux mécanismes faisant tendre le contrôle de constitutionnalité vers un contrôle mi abstrait mi concret, la question dont il traite est elle-même largement empreinte d'éléments concrets, et ce indépendamment de sa volonté. Plus que cela, bien souvent, il ne peut connaître de la question de constitutionnalité puisque les juges ordinaires l'ont rejeté et, ce faisant, ont parfois opéré un véritable contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pleinement reconnu le rôle joué par les juges ordinaires dans le contrôle de constitutionnalité, ce qui l'a contraint à prendre en considération des éléments de fait, de manière directe ou indirecte. Citons d'abord l'hypothèse où le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur la conformité aux droits et libertés que la constitution garantit d'une disposition législative déjà jugée conforme à la Constitution du fait d'un changement de circonstances de fait<sup>124</sup>. De plus, comme il le fut évoqué précédemment, le Conseil constitutionnel a décidé de prendre en compte l'interprétation constante des juridictions administratives et judiciaires, ce qui emporta des conséquences certaines. Cet élément a pu alternativement consolider la conformité à la constitution d'une disposition législative<sup>125</sup>, et constituer un motif de la constitutionnalité de la disposition législative<sup>126</sup>.

Ainsi, avant même d'évoquer un certain contrôle de constitutionnalité opéré par les *juges du filtre*, chacun comprend que le rôle joué par les juges ordinaires, aussi bien dans le cadre du filtrage que dans le cadre de leur office classique, est déterminant dans la prise en compte d'éléments de fait par le Conseil constitutionnel. Plus précisément, les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier relèvent que des phénomènes de concrétisation dans le filtrage des QPC par les juridictions administratives ou judiciaires<sup>127</sup> méritent d'être soulignés. Faire ce constat nécessite d'abord de démontrer qu'il existe effectivement des éléments de concrétisation dans ce rôle des juridictions administratives ou judiciaires. Puis, pour que ce constat mérite d'être développé, il est nécessaire de démontrer que le rôle desdites juridictions est tout à fait fondamental, du fait d'une certaine *captation* du contrôle de constitutionnalité, menant donc,

---

<sup>124</sup> C. const., n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. Et autres [Garde à vue]*, Rec. p. 179.

<sup>125</sup> C. const., n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. Et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, Rec. p. 264.

<sup>126</sup> C. const., n°2011-219 QPC, 13 janvier 2012, *M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire]*, Rec. p. 78.

<sup>127</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 829.

en définitive, à une concrétisation du contrôle de constitutionnalité dans son ensemble. Deux piliers méritent ainsi d'être conjointement déconstruits : celui de l'abstraction inhérente à la question de constitutionnalité, mais également et surtout celui de juges ordinaires parfaitement respectueux des conditions de renvoi. Conformément à la *théorie réaliste de l'interprétation*, ils ne se limitent pas à une application scrupuleuse des règles de filtrage mais les interprètent afin de rendre le filtrage plus effectif. Avant tout, rallions nous au constat empirique opéré par ces auteurs en vertu duquel la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont apprécié les conditions de renvoi de manière assez subjective, du moins bien plus subjective qu'elles n'étaient présentées dans la loi organique relative à la mise en place de la QPC. Il peut en effet arriver que la Cour de cassation refuse de renvoyer une QPC au motif que le justiciable n'a pas d'intérêt à soulever la QPC<sup>128</sup>, appréciation très subjective et concrète, et dépendante de la situation juridique du justiciable<sup>129</sup>. Si la Cour de cassation apparaît la plus encline des juridictions suprêmes à exploiter son rôle en ce sens, le Conseil d'Etat a également eu l'occasion de prendre en considération l'incidence de l'inconstitutionnalité sur la solution du litige et refuser ainsi de transmettre une QPC du fait de l'antériorité à 1958 des effets produits par la loi déférée<sup>130</sup>.

Pour prouver l'importance de ce phénomène, il convient de souligner que l'analyse des critères de transmission de la QPC donne lieu à un large pouvoir d'interprétation. Ainsi, en premier lieu, sous couvert de l'analyse du caractère sérieux, les juges ordinaires développent une argumentation tendant à un véritable contrôle de constitutionnalité des dispositions contestées, empiétant dès lors sur l'office du Conseil constitutionnel. C'est ainsi que ces juges chargée de « filtrer » les QPC, aussi bien les juridictions du fond que les juridictions suprêmes, se muent, comme le relève M. Aguila, en « juges constitutionnels de droit commun »<sup>131</sup>, de la même façon que lorsqu'ils doivent apprécier la nécessité de renvoyer une question de droit communautaire à la Cour de Justice de l'Union européenne, ils se muent en juge communautaire de droit commun. Ainsi, se dessine un rôle de « juge constitutionnel négatif » pleinement assumé depuis l'entrée en vigueur de la QPC et qui se manifeste

---

<sup>128</sup> Cass. crim. 9 mai 2012, n°12-81.242 ; Cass. crim., 25 juin 2013, n°13-84.149.

<sup>129</sup> ROBLOT-TROIZIER (A.), « Existe-t-il un intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité? » in TEITGEN-COLLY (C.) (dir.), *l'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, coll. « Grands colloques », LGDJ, 2016, p. 70.

<sup>130</sup> C.E., 19 janv. 2011, req. n°343389, EARL Schimttseppel, *Leb.* p. 761 ; Cass. crim., 11 juil. 2012, n°11-88.430.

<sup>131</sup> AGUILA (Y.), « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in PHILIPPE (X.), STEFANINI (M.) (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 27.

notamment au sein des décisions de non-renvoi fondées sur un examen du caractère sérieux de la demande. Partant, ce glissement provoque un empiètement sur l'office interprétatif du Conseil constitutionnel. Précisément, la condition de possibilité de ce glissement réside dans une certaine analogie des raisonnements et des techniques de contrôle. Avant tout, les juges du filtre se réfèrent directement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, devant parfois faire preuve d'une interprétation certaine, ceux-ci ayant rapidement adopté la formule « ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel »<sup>132</sup>. C'est alors que se dessine un raisonnement par analogie, les juges du filtre n'hésitant pas à transposer aux cas qui leur sont soumis le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle d'une autre disposition, tout particulièrement lorsqu'il examine un grief fondé sur une atteinte au principe d'égalité, et partant, l'éventuelle différence de situation justifiant une différence de traitement. Cet empiètement sur l'office interprétatif du Conseil constitutionnel mérite d'être analysé par le prisme de la concrétisation : le juge du filtre raccourcit parfois son raisonnement en une motivation ramassée, ne faisant que constater que la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme ou au contraire a déjà été déclarée conforme. Ce faisant, il peut conclure, sans doute bien souvent du fait d'éléments liés au litige concret, que le moyen ne constitue pas une question nouvelle. C'est ainsi que se dessine un paradoxe : plus le Conseil constitutionnel précise sa jurisprudence à l'occasion des nombreuses décisions QPC qu'il rend, plus il fournit de la matière aux juridictions de filtrage et leur permet ainsi de limiter le nombre de questions qu'elles considèrent comme « nouvelles ». Cet élément du contrôle opéré par les juges du filtre semble ainsi déterminant dans la captation du contrôle de constitutionnalité par ceux-ci, ce qui a pour conséquence de tracer « la frontière entre un filtrage efficace des QPC et une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel (...) en fonction du caractère inédit ou non, dans sa jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel des constructions auxquelles il aboutit »<sup>133</sup>.

A ces remarques il faut ajouter que le raisonnement par analogie va de pair avec l'analogie des techniques de contrôle, parfois elles-mêmes particulièrement propices à la concrétisation. Ainsi, dans le cadre de l'analyse du caractère sérieux de la question, les juges du filtre procèdent parfois à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée par le législateur à un droit ou une liberté que la Constitution garantit, identifient parfois l'existence d'une erreur

---

<sup>132</sup> C.E., 18 juin 2010, req. n°338344, *Société Canal +*, *Leb.* p. 948.

<sup>133</sup> LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), DAUMAS (V.), « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29, 2010, p. 115.

manifeste d'appréciation et apprécient la conciliation de droits et libertés fondamentaux avec des objectifs. Il leur arrive également parfois d'avoir recours à la technique de la lecture combinée des dispositions. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a déjà fait une lecture combinée des articles L33-7 du Code des Postes et communications électroniques, avec l'article L1425-1 du CGCT, ceci dans le but de déclarer que ces dispositions répondaient à un objectif d'intérêt général, et qu'elles n'imposaient pas de charges disproportionnées<sup>134</sup>. Il s'agit sans doute d'une des meilleures illustrations de la mue du juge du filtre en véritable juge constitutionnel. Evoquons également la technique de l'interprétation conforme, qui permet aux juges du filtre de ne pas renvoyer une question en s'adonnant à une interprétation neutralisante ou « sur mesure », rappelant la technique des réserves neutralisantes propre au Conseil constitutionnel. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a déjà considéré que la question relative à la conformité au principe constitutionnellement garanti de la présomption d'innocence par l'article 728-1 du code de procédure pénale relatif au traitement des valeurs pécuniaires des détenus, n'était ni nouvelle ni sérieuse puisque l'article devait être interprété comme n'ayant « pas par lui-même pour objet et ne [pouvant] avoir pour effet d'imposer aux personnes prévenues un prélèvement définitif de leurs avoirs [...] dès lors que cette mesure [...] a un caractère conservatoire »<sup>135</sup>. On imagine aisément la dimension concrète de cette appréciation, et partant du filtrage, qui peut être qualifié, dans ce type de cas de figure, de véritable contrôle de constitutionnalité.

A cela il faut ajouter que les juridictions suprêmes ne rechignent pas à interpréter leur propre jurisprudence<sup>136</sup>, afin d'écarter les griefs invoqués<sup>137</sup>, ce qui rend encore plus illusoire l'abstraction consécutive à l'analyse de l'évolution de l'appréciation d'une disposition législative, des doutes ayant déjà émergé dans l'hypothèse d'une telle analyse par le Conseil constitutionnel. Le pouvoir d'interprétation des juges du filtre a de plus été accentué par l'autonomisation de leur interprétation de la norme constitutionnelle. Alors même que l'interprétation de la norme constitutionnelle relève, en théorie, lorsqu'elle est opérée au titre du contrôle de constitutionnalité de la loi, du monopole du Conseil constitutionnel, les juges du filtre ont empiété sur cette prérogative. Tout d'abord, ils se prononcent sur l'appartenance

---

<sup>134</sup> C.E., Sect., 8 juin 2010, req. n°327062, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques*, *Leb.* p. 882.

<sup>135</sup> C.E., 19 mai 2010, req. n° 331025, *M. Théron*, *Leb.* p. 168.

<sup>136</sup> C.E., 23 juin 2004, req. n°221115 *Hinard*, *Leb.* p. 580.

<sup>137</sup> C.E., 14 septembre 2011, req. n°348394, *M. Michel A.*, *Leb.* p. 441.

de la norme constitutionnelle à la catégorie des droits et libertés que la constitution garantit. Ainsi, les juges du fond ont déjà eu l'occasion de considérer que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « n'instituait pas par lui-même une droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution »<sup>138</sup>, évoquant ledit article dans sa globalité, et ce alors même que le pan relatif à la garantie des droits a déjà été inclus par le Conseil constitutionnel, dans la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit<sup>139</sup>. De plus, les juges du filtre interprètent de manière autonome la portée de la norme constitutionnelle. Ainsi, ils ont déjà considéré que « la fonction d'exécutif d'une collectivité territoriale (...) ne relève pas de la notion de pouvoir exécutif au sens du principe de la séparation des pouvoirs »<sup>140</sup>, en l'absence de toute décision du Conseil constitutionnel tranchant ce point. Le Conseil d'Etat s'est également adonné à une interprétation autonome de notions aussi clivantes et délicates que celle d'intérêt général, estimant que l'organisation rationnelle de la gestion des biens pouvait fonder une atteinte au droit de propriété<sup>141</sup>.

Ajoutons que l'interprétation, par les juges du filtre, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comporte des risques, l'interprétation jouant un rôle fondamental, y compris à ce stade. Il arrive par exemple que les juges du filtre étendent la jurisprudence du Conseil constitutionnel à une nouvelle situation, ce qui mène nécessairement à une autonomisation de l'appréciation de la norme constitutionnelle. Les juges du filtre ont de plus accentué ce phénomène d'autonomisation en appréciant la constitutionnalité des restrictions portées par le législateur, et, partant, en réalisant eux-mêmes l'objectif poursuivi par la QPC. A titre d'exemple, les juges du filtre n'ont pas hésité à apprécier implicitement la constitutionnalité d'une restriction législative apportée au droit de propriété, considérant que les dispositions contestées, en mettant à la charge des membres des associations syndicales de propriétaires des obligations et des contraintes attachées aux immeubles compris dans le périmètre de cette association, « ne portaient pas au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution »<sup>142</sup>. Pour ce faire, le juge a identifié un motif d'intérêt général et vérifié que l'atteinte était proportionnée, et s'est donc adonné à un contrôle complet. C'est en poursuivant la même démarche que les juges du filtre, et en particulier la cour administrative d'appel de Paris, se

---

<sup>138</sup> T.A. Montreuil, 25 mai 2011, n°1102553.

<sup>139</sup> C. const., n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, Rec. p. 248.

<sup>140</sup> T.A. Montpellier, 27 septembre 2010, n° 0903828.

<sup>141</sup> C.E., Sect., 27 octobre 2010, req. n°342718, *Bourg de Ménoire*.

<sup>142</sup> T.A. Marseille, 5 août 2011, n°1003942.

sont adonnés à la conciliation de principes à l'acceptation aussi large que le droit de mener une vie familiale normale ou la liberté d'expression avec des exigences constitutionnelles telles que la prévention de l'atteinte à l'ordre public. Le phénomène précité n'est que plus marqué à l'occasion de l'analyse d'une atteinte au principe d'égalité, le juge du filtre devant alors apprécier, implicitement ou explicitement, pour évaluer la pertinence du renvoi de la question, le rapport direct entre la différence de traitement constatée et l'objet de la loi. Ainsi les juges du filtre concluent-ils souvent au défaut de caractère sérieux et refusent-ils la transmission en considérant que la différence de traitement, justifiée par l'existence de situations différentes, était en rapport direct avec l'objet de la loi.

C'est ainsi que le tribunal administratif de Paris a déjà considéré que « la taxe (...) perçue au profit de l'office français de l'immigration et de l'intégration lors de la délivrance du document attestant d'un droit au séjour en France, n'est pas de même nature que le droit de timbre (...) perçu lors de l'établissement des documents d'identité et de voyage des nationaux »<sup>143</sup>. Surtout, l'empiètement sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel apparaît de manière plus explicite lorsque des juridictions comme le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, apprécient le rapport direct entre la différence de traitement et l'objet de la loi : ainsi-a-t-il pu être jugé à propos d'une disposition relative à la détermination de la valeur locative des biens pour le calcul de la taxe foncière « qu'en prévoyant différentes méthodes d'évaluation selon le régime applicable aux biens évaluer, ces dispositions prennent en compte au regard de l'objet de la loi, la différence de situations de ces biens »<sup>144</sup>.

Enfin, pour achever ce constat, il convient de relever qu'en appréciant la justification d'une différence de traitement, les juges du filtre ne se limitent pas toujours à l'identification d'une différence de situation mais s'attachent également à identifier un motif d'intérêt général afin d'évaluer la différence de traitement au regard de celui-ci. Les juges du fond exercent donc un véritable contrôle anticipé de constitutionnalité sans que ceux-ci puissent être sanctionnés en raison de leur empiètement sur l'office du Conseil constitutionnel et l'argumentation que celui-ci a eu l'occasion de développer.

Conclure cette première partie par l'analyse du contrôle par les juges du filtre du principe d'égalité semble résumer le phénomène global de concrétisation : aucune analyse concrète

---

<sup>143</sup> T.A. Paris, 20 juillet 2011, n°1103348.

<sup>144</sup> T.A. Cergy-Pontoise, 17 décembre 2010, n°0601300/0613561.

explicite n'est assumée, ni par les juges du filtre ni par le Conseil constitutionnel, mais, par un ensemble de phénomènes, principalement dûs à l'apparition de la QPC, le contrôle se trouve empreint d'éléments de concrétisation. Précisément, il ressort de cette première analyse que la prise en compte d'une situation concrète n'est pas la seule façon de s'éloigner de son contrôle supposé abstrait. La concrétisation peut simplement parfois résulter d'un décalage du contrôle dans l'ordre juridique, rapprochant le traitement de la question du justiciable. De ce simple fait, le contrôle peut être considéré par certains comme concrétisé. De plus, ce décalage peut avoir pour conséquence une prise en compte de la situation concrète, les juges du filtre y étant, pour diverses raisons précitées, plus enclins.



## Chapitre II.

### Une hybridité inéluctable

Si l'irruption d'éléments de concrétisation peut surprendre du fait de la tradition française d'un contrôle abstrait et objectif, une étude approfondie des logiques qui sous-tendent les évolutions du contentieux constitutionnel tend à faire comprendre le compromis en présence, et l'équilibre né de celui-ci. Cependant, toute critique ne disparaît pas avec la substitution de la compréhension à la surprise. En effet, l'équilibre précaire construit par ces logiques parfois contradictoires (Section I) ne peut qu'éveiller les doutes de tout constitutionnaliste eu égard à la cohérence du contrôle de constitutionnalité en France, et dès lors prolonger un vieux *malaise dans la constitutionnalité* - dont les stigmates irriguent encore le contentieux constitutionnel -, en un *malaise dans le contrôle de constitutionnalité* (Section II).

## **Section I. Les raisons de la nécessaire conciliation entre abstraction et concrétisation.**

Une étude absolument positiviste de l'évolution des mécanismes employés par le Conseil constitutionnel négligerait sans doute l'importance et la complexité de l'équilibre ainsi créé. Ne nous y trompons pas, l'hybridité du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel s'explique sans aucun doute, non pas par des considérations techniques, mais bien par les logiques qui sous-tendent ce contrôle : une conciliation est nécessaire entre l'exigence classique d'objectivation (§ 2) et l'exigence contemporaine et matricielle de protection des droits fondamentaux (§ 1).

### **§ 1. Une concrétisation appuyée par la logique transcendantale de protection des droits fondamentaux.**

Cette logique est centrale dans le traitement de l'évolution de la nature du contrôle de constitutionnalité (A), et y adhérer invite à repenser le rapport du juge constitutionnel aux sources de son contrôle, en lui permettant, par exemple, d'explicitier des « normes de concrétisation » (B).

#### *A. Une logique prégnante.*

Cette exigence de protection des droits fondamentaux peut aussi bien fonder un constat qu'une vision prospective. Celle-ci, se muant en une logique transcendantale, provoque un phénomène de subjectivisation, et entraîne nécessairement une concrétisation du fait des rapports d'interdépendance qu'entretiennent les notions de contrôle subjectif et de contrôle concret. Plus largement, cette logique est intrinsèquement liée à l'idée d'un approfondissement global du contrôle de constitutionnalité. Précisément, elle semble irriguer le mécanisme de la QPC : les contentieux liés à des QPC constituant la majorité du

contentieux constitutionnel en France, les éléments de concrétisation propres à cette procédure prennent d'autant plus de sens dans le spectre général du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, chez de nombreux observateurs, l'adhésion à cette logique est déterminante dans le phénomène continu de concrétisation, un phénomène qui ne saurait dès lors être endigué par la simple objectivation de mécanismes ciblés. Le recours au droit comparé démontre que les contrôles opérés par divers juges constitutionnels tendent précisément à se concrétiser, et ce pour une raison bien précise. En premier lieu, ceux-ci doivent faire face à des situations qui n'avaient pu être imaginées par le législateur<sup>145</sup>. Ainsi se révèle la véritable motivation de cette concrétisation : le juge constitutionnel ne s'adonne plus seulement à l'identification d'inconstitutionnalités *brutes*, mais bien plutôt à la caractérisation d'*injustices*, laissant aujourd'hui difficilement un juge indifférent. Il est parfois affirmé bien plus explicitement que la concrétisation du contrôle vise à permettre une meilleure *effectivité des droits fondamentaux* en répondant pratiquement, selon une méthode casuistique, aux situations rencontrées<sup>146</sup>. C'est ainsi l'inadaptation de la loi à un cas précis et concret qui fonde la concrétisation du contrôle de constitutionnalité et l'éventuelle censure de dispositions législatives.

Face à cette focalisation, le fait que, dans son principe, la norme législative ne peut être remise en cause, n'exerce plus qu'une influence subalterne. Certains pans du contentieux constitutionnel, et en particulier la mise en oeuvre du principe d'égalité, permettent de caractériser la prégnance de ces nouvelles exigences. C'est alors la recherche d'une meilleure effectivité de ce type de principe, tout particulièrement en QPC, qui invite le juge constitutionnel français à approfondir son contrôle et en accentuer la dimension concrète<sup>147</sup>, celui-ci s'inscrivant dans le prolongement des évolutions de l'office du juge constitutionnel belge ou encore italien, et dans le prolongement des motivations retenues par ceux-ci. L'instigation encore très récente de la QPC explique sans doute le retard du contentieux constitutionnel français à cet égard : un bouleversement trop rapide pourrait sous-estimer l'importance de l'équilibre institutionnel au sein duquel s'inscrit le Conseil constitutionnel, ou

---

<sup>145</sup> FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), JACQUINOT (N.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », art. préc.

<sup>146</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 831.

<sup>147</sup> FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), JACQUINOT (N.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », art. préc.

encore créer un phénomène d'attractivité de l'office du juge constitutionnel, entraînant des difficultés à gérer un contentieux de masse. Il est alors intéressant de relever que certains observateurs ne relèvent que ce type de contrainte, sommes toutes assez techniques, et insistent dès lors sur la nécessité, à long terme, d'évoluer vers un contrôle plus concret, ne serait-ce que pour sauvegarder l'intérêt de cette nouvelle voie de droit ouverte aux justiciables<sup>148</sup>. Relevons alors que, par ce type de remarque, le Conseil constitutionnel tend à être simplement considéré comme l'un des maillons de la chaîne de *protection des droits fondamentaux*.

Adhérer à cette logique transcendantale rend difficile la défense du maintien d'un contrôle abstrait. Effectivement, comme le relève le professeur Dubout, par le maintien d'un contrôle abstrait, le Conseil constitutionnel reste assez étranger à cette logique et se pose en « concurrent »<sup>149</sup> de l'arbitrage abstrait auquel le législateur a procédé sur le fondement de sa légitimité électorale. La logique nouvelle de protection des droits fondamentaux impliquerait alors plusieurs nécessités, qui invitent le Conseil constitutionnel à assumer bien davantage un rôle de « complément »<sup>150</sup>. D'une part, formellement, un contrôle abstrait et objectif empêcherait d'effectuer un « véritable contrôle de proportionnalité contextualisée »<sup>151</sup>. Et d'autre part, substantiellement, cela empêcherait une protection efficace des droits fondamentaux « en ce que les contraintes liées à la nature spécifique de ces normes et aux techniques de protection qu'elles requièrent, notamment de pondération et de motivation, ne sont pas pleinement prises en compte »<sup>152</sup>. Ces deux types d'inconvénients prendraient ainsi le dessus sur les avantages que peut présenter le maintien d'un contrôle abstrait, en premier lieu eu égard à la cohérence créée avec le contrôle *a priori* ou encore la déférence à l'égard du législateur. Ce raisonnement en deux étapes est caractéristique de cette logique transcendantale. Alors, face à la propagation de celle-ci, la QPC se trouve en quelque sorte « à la croisée des chemins », imprégnée partiellement par celle-ci. Les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier soulignent ainsi que cette logique est encore aujourd'hui beaucoup nuancée par les caractères *officiellement* abstraits et objectifs du contrôle, et ce d'autant plus que « la

---

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> DUBOUT (E.), « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », art. préc., p. 126.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 132.

dimension objective du contrôle de constitutionnalité nourrit sa dimension abstraite et nuance le mouvement de concrétisation »<sup>153</sup>. Au-delà du caractère formel de ces contraintes, la logique sous-jacente à celle-ci diverge de celle de protection subjective des droits fondamentaux. Si ces contraintes n'étaient que purement formelles, comment expliquer que le Conseil constitutionnel accepte - alors même qu'il aurait sans doute pu écarter cette hypothèse par une motivation standardisée - qu'un justiciable ait pu valablement invoquer la violation de droits et libertés garantis par la Constitution, et ce alors même qu'il n'avait pas été personnellement affecté par cette violation ? Or, précisément, une entreprise a déjà été en mesure de contester efficacement des dispositions de la loi relative au sang de cordon, et ce alors même qu'elle n'avait pas été directement affectée par la violation qu'elle soulevait<sup>154</sup>. Ainsi, les caractères abstraits et objectifs du contentieux tels qu'ils ressortent des textes semblent constituer un obstacle considérable à la pleine prise en compte de la logique subjective de protection des droits fondamentaux. Se pose alors la question de l'évolution du contrôle opéré en QPC, une telle vision prospective se trouvant doublement marquée par cette logique. Tout d'abord, du fait des obstacles textuels précités, la seule possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de faire évoluer son office, serait d'adopter un positionnement institutionnel en rupture avec les textes régissant son contrôle. Ce positionnement institutionnel serait alors motivé par l'idée que le pouvoir constituant n'a pas donné au Conseil constitutionnel, lors de l'instauration de la QPC, les moyens de ses ambitions.

Plus précisément, les propositions adressées au Conseil constitutionnel pour faire évoluer son office semblent concomitamment marquées par cette logique générale, et par ses implications, la nécessité d'outils tels que des mécanismes d'approfondissement et de concrétisation du contrôle. Ces propositions concernent parfois même de simples pratiques : ainsi est-il parfois proposé au Conseil constitutionnel de demander officiellement au justiciable de lui communiquer l'ensemble des pièces liées au litige principal ou encore de solliciter occasionnellement des pièces complémentaires sur l'effet concret de la disposition législative contestée<sup>155</sup>. Ainsi se dessinerait un modèle de contrôle où le juge constitutionnel s'intéresse exclusivement, ou du moins principalement, à l'issue du litige, qu'à la conformité

---

<sup>153</sup> BONNET (J.), ROBLLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 846.

<sup>154</sup> C. const., n°2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, Rec. p. 274.

<sup>155</sup> BONNET (J.), ROBLLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 846.

à la constitution de la disposition législative contestée. Le Conseil constitutionnel pourrait alors, comme l'effectue la Cour de cassation en tant que juge du filtre, établir officiellement un critère tenant, par exemple dans l'incidence sur le litige. C'est alors, par la concrétisation - elle-même justifiée par la logique de protection des droits fondamentaux - que tendraient à disparaître des règles comme celle selon laquelle le contrôle de constitutionnalité est réputé avoir épuisé tous les griefs, et, partant, toute dimension objective du contentieux constitutionnel. En somme, les prérogatives du justiciable prendraient alors le pas sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, conçues de manière objective. Il arrive également que d'autres mécanismes soient identifiés pour le contrôle opéré dans le cadre du contrôle *a priori* : il est parfois souligné que le Conseil constitutionnel pourrait à ce stade faire une utilisation beaucoup plus importante de l'étude d'impact afin de cibler certaines situations concrètes<sup>156</sup>.

Mais surtout, adhérer à cette logique invite également à analyser le contrôle de constitutionnalité comme un contrôle parmi d'autres dans un processus complexe de protection des droits. Face à l'autre contrôle de la loi que constitue le contrôle de conventionnalité, le juge constitutionnel inscrit son contrôle dans deux types de rapport, de coordination et de compétition, faisant tous deux émerger des exigences spécifiques. Ainsi les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier mentionnent-ils l'hypothèse dans laquelle une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, également abstraitement conforme au traité par le juge de la conventionnalité, mais du fait de l'évolution de l'office du juge de la conventionnalité des lois, où la mise en oeuvre concrète entraîne une violation du traité qui nécessite de ne pas l'appliquer dans un cas particulier<sup>157</sup>. Il en ressort un décalage qui semble problématique à plusieurs égards, et notamment vis-à-vis du rôle de filtrage des juges ordinaires. Ainsi, à titre d'exemple, la notion de changement de circonstances pourrait être affectée en ce qu'un constat de non-conformité de la loi au traité pourrait également constituer un changement de circonstances justifiant le réexamen de la question par le Conseil constitutionnel<sup>158</sup>. C'est ainsi que le professeur Belloubet en arrive à la conclusion symptomatique que la puissance du contrôle concret de conventionnalité en terme de protection des droits fondamentaux « devrait nécessairement conduire le Conseil

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 846.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 848.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 848.

constitutionnel à une réflexion nouvelle puisque, pour sa part, il n'exerce son office que dans le cadre d'un contrôle abstrait moins immédiatement opérationnel quant à la protection immédiate des justiciables »<sup>159</sup>.

Cette logique irrigue donc les débats relatifs à la concrétisation. De plus, elle semble conditionner la *concrétisation mesurée*, déjà à l'oeuvre. Cette mesure dans la concrétisation se mue ainsi en une géométrie dont la variabilité est conditionnée par l'exigence *fluctuante* de protection des droits fondamentaux. Ceci se ressent par exemple lors de l'examen de questions de discriminations. Deux décisions semblent parfaitement illustrer l'objectif poursuivi par le Conseil constitutionnel lorsque celui-ci fait preuve d'audace. La protection des droits fondamentaux semble prise en compte à la mesure du caractère sensible de la question posée : ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il fait preuve d'audace dans le cadre de discriminations fondées sur la nationalité<sup>160</sup>, ou encore de lutte générale contre les *discriminations*<sup>161</sup>. Il semble parfois même contraint d'agir en ce sens dans la mesure où les juges de la conventionnalité de la loi mais également les juges émanant d'institutions supranationales - en premier lieu la CJUE et la CEDH - tendent à développer des mécanismes de plus en plus efficaces. Emerge ainsi un modèle où chaque juge cherche à combler les différents angles morts afin de garantir une protection efficace et transversale des droits fondamentaux. C'est ainsi que le phénomène de concrétisation du contrôle de constitutionnalité tisse des liens avec les phénomènes d'approfondissement du contrôle de constitutionnalité et de concurrence entre les juges de la loi. Le développement du triple test de proportionnalité depuis la décision dite « HADOPI »<sup>162</sup> est ainsi particulièrement propice à la concrétisation. Si cette pratique ne donnait pas initialement lieu à de véritables considérations concrètes, la vérification concrète des exigences tend à s'imposer depuis la mise en oeuvre de la QPC. Ainsi, cette logique s'impose de façon ambivalente : d'une part, chaque justiciable jouit effectivement d'une protection efficace des droits fondamentaux, mais dans le même temps, le juge s'éloigne grandement de la Constitution, norme protégeant ses

---

<sup>159</sup> BELLOUBET (N.), « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Droit social*, n° 5, 2017, p. 388.

<sup>160</sup> C. const. n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Egalité entre les sexes]*, JO, 11 janvier 2014, p. 571.

<sup>161</sup> C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, Rec. p. 91.

<sup>162</sup> C. const., n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p. 107.

droits et libertés par excellence. C'est alors que le juge se trouve nécessairement confronté à la question de sa production normative.

*B. Une logique justifiant le recours à des « normes de concrétisation ».*

Il est difficilement concevable qu'un contrôle pleinement centré sur la protection des droits fondamentaux s'accommode du rapport formalisé et distancié du juge constitutionnel aux sources de son contrôle. Le concept de *normes de concrétisation*, décrit par le professeur Heitzmann-Patin dans sa thèse récemment soutenue<sup>163</sup>, nous éclaire quant au type de raisonnement auquel le juge doit avoir recours lorsqu'il entre dans une logique de protection des droits fondamentaux. On comprend aisément, au fil de cette étude, l'exigence contemporaine de *juridictionnalisation* du droit constitutionnel, et la nécessité pour le juge d'optimiser les sources de son contrôle, de les rendre opérationnelles afin de les appliquer de manière concrète. Il semble avant tout nécessaire de cerner les fondements de cette étude puisque les normes de concrétisation ne sont pas exclusives aux contrôles concrets, exclusivement centrés sur la protection des droits fondamentaux.

D'emblée, les définitions exposées illustrent le fait que le phénomène de concrétisation, effectué au nom de la logique de protection des droits fondamentaux, bouleverse le rapport du juge constitutionnel aux sources de son contrôle. L'office du juge apparaît alors comme « un lieu privilégié de concrétisation de l'ordre juridique »<sup>164</sup>, puisque la concrétisation « se distingue de l'interprétation par le fait qu'elle (...) détermine (d'abord) la signification d'un énoncé prescriptif et procède (ensuite) à l'application de la disposition interprétée, par la production d'une nouvelle norme, le jugement »<sup>165</sup>. Tous les analystes ne s'accordent certes pas sur la pleine étendue du phénomène de concrétisation sur la production normative, Friedrich Müller considérant à titre d'exemple que la concrétisation « ne désigne nullement la

---

<sup>163</sup> HEITZMANN-PATIN (M.), *les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université Paris I - Panthéon Sorbonne, 2017.

<sup>164</sup> MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, coll. « Universités. Droit », Ellipses, 2008, p. 91.

<sup>165</sup> BEHRENDT (C.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2006, p. 111.

réduction d'une norme générale donnée aux dimensions du cas d'espèce, mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé »<sup>166</sup>. En dépit de ces divergences, il ressort que ce phénomène implique nécessairement d'inviter le juge constitutionnel à reconnaître un certain pouvoir normatif afin de produire une norme constitutionnelle à partir des sources de son contrôle : avant même de produire une norme-décision, le juge constitutionnel peut donc assumer un rôle dans l'élaboration d'une norme juridique conçue de manière abstraite, une norme qui n'est donc pas seulement individuelle mais bien générale. Cette question est particulièrement intéressante lorsque l'on a recours au droit comparé, puisque, comme le souligne le professeur Jouanjan, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a l'habitude d'insérer un chapeau contenant des *Leisätze*, des principes directeurs de la décision, qui, précisément, énoncent le texte de la norme juridique en reprenant les motifs déterminants de la décision : ce texte n'est ni le texte de norme (dont il s'inspire cependant), ni la « norme-décision », qui matérialisera la décision individuelle à proprement parler<sup>167</sup>.

Ainsi le professeur Heitzmann-Patin présente-t-elle la logique de concrétisation afin d'initier son travail sur les normes qui en résultent. On y perçoit le bouleversement que cette question peut provoquer dans le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, et le rôle accru conféré au juge dans le processus d'application de la Constitution. Ce rôle accru se manifeste doublement, puisque le juge constitutionnel se trouve au coeur du processus de concrétisation : les normes produites par le juge sont dites de concrétisation puisqu'elles « concrétisent, en elles-mêmes, d'autres normes », mais aussi parce qu'elles « sont un outil dans la concrétisation constitutionnelle menant à la prise de décision du juge »<sup>168</sup>. Il est encore une fois perceptible que le Conseil constitutionnel se trouve dans une période d'incertitudes. Alors que celui-ci est *partiellement* empreint de cette logique de production, l'étude en présence se proposait de « systématiser » le recours aux normes de concrétisation, étant entendu que de nombreuses études ont déjà été produites sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), ou encore sur l'application du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel jouerait donc déjà aujourd'hui un rôle majeur dans le

---

<sup>166</sup> MÜLLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, trad. Jouanjan (O.), Paris, coll. « Léviathan », PUF, 1996, p. 222.

<sup>167</sup> JOUANJAN (O.), « Présentation de l'auteur » in MÜLLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>168</sup> HEITZMANN-PATIN (M.), *les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 28.

processus de concrétisation, mais un approfondissement de l'exigence déjà prégnante de protection des droits fondamentaux l'inviterait à assumer bien davantage ce rôle. Précisément le professeur Heitzmann-Patin s'attache à analyser dans un second temps « le rôle joué par les normes de concrétisation dans l'efficacité du contrôle de conformité des lois à la Constitution et, par là, dans l'effectivité de la protection des droits fondamentaux »<sup>169</sup>. Emerge ainsi un paradigme mêlant pouvoir accru et indépendance du juge, au-delà même du spectre général du contrôle de constitutionnalité, dans la production normative. Dès lors, adhérer à l'identification du contentieux constitutionnel à la protection des droits fondamentaux invite à adhérer également à l'explicitation du rôle joué par le Conseil constitutionnel dans le processus de concrétisation : c'est précisément la perspective adoptée par cette étude, le professeur Heitzmann-Patin considérant explicitement les normes de concrétisation comme des *moyens* « de garantir ces droits et libertés fondamentaux »<sup>170</sup>. En sus d'être un moyen supplémentaire d'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel et de l'effectivité de son contrôle, le fait d'assumer des normes de concrétisation apparaît comme un moyen de distanciation du juge constitutionnel vis-à-vis des normes de référence de son contrôle. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel établit des normes de concrétisation comme celle relative aux lois de validation, cela lui permet de dépasser le seul cadre du droit constitutionnel national afin de participer « à la cohérence entre ces différents ordres juridiques et à la convergence de la protection des droits fondamentaux »<sup>171</sup>. Le cadre du droit constitutionnel classique est également dépassé selon cette perspective, comme l'illustrent les « garanties légales des exigences constitutionnelles », analysées par le professeur Heitzmann-Patin comme une norme de concrétisation<sup>172</sup>. Ce mécanisme permet au législateur d'édicter des « co-normes » de référence du contrôle de constitutionnalité, et ainsi d'élargir le spectre classique du droit constitutionnel, un spectre dont les contours sont désormais dessinés par le Conseil constitutionnel lui-même, qui contrôle le respect par le législateur des garanties que le Parlement a lui-même votées.

Le constat opéré par l'auteur est d'autant plus prégnant que le contrôle opéré est concret. Evidemment, s'il doit mettre en balance des exigences concrètes, le juge constitutionnel sera obligé de définir progressivement des normes tenant dans l'application de normes plus

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 399.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 386.

générales à certains types des situations. Ainsi, le plaidoyer de l'auteur en faveur de normes de concrétisation assumées et explicitées reflète le paradoxe du phénomène de concrétisation du contrôle de constitutionnalité. La standardisation des décisions du Conseil constitutionnel et le rapport distancié que celui-ci entretient avec les sources de son contrôle semble effectivement faire obstacle à la reconnaissance de son véritable d'interprétation et de production normative. C'est ainsi que le professeur Heitzmann-Patin voit dans les normes de concrétisation assumées un outil d'auto-limitation du juge constitutionnel, dans la création normative. Mais assumer de telles normes de concrétisation oblige également à assumer le phénomène de concrétisation du contrôle, le juge constitutionnel se rapprochant de la situation du justiciable, et s'éloignant des sources de son contrôle. Faire tomber le mythe de décisions ne produisant pas de normes de concrétisation rend ainsi nécessaire l'adhésion à un autre mythe : la déférence du juge constitutionnel vis-à-vis des sources de son contrôle. Ainsi semble-t-il difficile d'adhérer au propos de l'auteur suivant lequel les normes de concrétisation sont le résultat d'une interprétation permettant aux « normes de référence de produire tous leurs effets »<sup>173</sup>. Cela présuppose en effet que le juge constitutionnel se borne à découvrir le véritable sens de chaque disposition constitutionnelle à l'occasion d'un cas concret. Or, précisément, la *théorie réaliste de l'interprétation* développée par le professeur Michel Troper a démontré avec beaucoup de clarté que chaque texte juridique ne devient une norme qu'à travers l'interprétation du juge, cette théorie obligeant à dépasser le modèle syllogistique classique. Les encouragements adressés au Conseil constitutionnel d'assumer des normes de concrétisation invitent ainsi à négliger les causes du phénomène de concrétisation pour se concentrer sur ses conséquences, et ainsi, en définitive, privilégier un raisonnement finaliste. Afin de protéger efficacement les droits fondamentaux, le juge constitutionnel devrait approfondir son contrôle et le concrétiser, ce qui l'oblige dans de nombreux cas à recourir à une interprétation, ce qui, effectivement, rend préférable au bout du cycle ainsi défini, de clarifier les méthodes utilisées. Poussée à son paroxysme, cette théorie se rapproche de la méthode sophistique : le raisonnement légitimant les normes de concrétisation crée certes un ensemble cohérent, mais la protection des droits fondamentaux en constitue aussi bien le point de départ que l'aboutissement. En effet, du fait de cette exigence, le juge constitutionnel doit concrétiser la Constitution de manière effective et, par là même, son contrôle, puisque, au bout du raisonnement, il est également préférable d'assumer

---

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 86.

des normes de concrétisation pour satisfaire à cette exigence, l'auto-limitation du pouvoir normatif du juge semblant alors bien illusoire. De plus, ce raisonnement se heurte à de nombreuses exigences qui construisent une conception du droit et de sa mise en oeuvre bien différentes.

## **§ 2. Les limites à la logique de concrétisation.**

Poussée à l'extrême, la mise en balance concrète de droits subjectifs crée un déséquilibre au sein de l'Etat de droit (A) qui nécessite un certain endiguement, ce qui peut aussi bien justifier la survivance d'une certaine abstraction que de concepts spécifiques tels que l'ordre public immatériel (B), et interroge quant à la perspective d'une concrétisation continue du contrôle de constitutionnalité.

### *A. Le constat d'un Etat de droit déséquilibré.*

La réflexion préalable effectuée, dans sa thèse, par Mme Peyroux-Sissoko sur les rapports de notre société au droit objectif et aux droits subjectifs est une très bonne clé de compréhension des troubles suscités par l'amorçage de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité. Gardons toujours à l'esprit que les phénomènes de concrétisation du contrôle et de subjectivisation du droit et des recours sont inter-dépendants : la logique de subjectivisation permet la concrétisation qui est elle-même la condition de possibilité d'une subjectivisation effective. Evidemment, la coexistence d'un droit objectif et de droits subjectifs est consubstantielle aux grandes démocraties contemporaines. Et, précisément, c'est une stabilité délicate à maintenir, un complexe équilibre, « lié à la nature de l'Etat »<sup>174</sup>. De plus, cet équilibre est d'autant plus fondamental que la stabilisation des rapports entre Etat et individus est consubstantiel à la sortie de l'Etat de police et, dès lors, à la construction de

---

<sup>174</sup> PEYROUX-SISSOKO (M-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 82.

l'Etat contemporain. Ainsi l'auteur reconnaît-elle une nécessité de « garantir structurellement les droits et libertés dans l'Etat »<sup>175</sup> et refuse-t-elle d'opposer droit objectif et droits subjectifs. Précisément, elle rejette le postulat des professeurs Malaurie et Morvan selon lequel le rapport entre droit objectif et droits subjectifs serait un rapport d'opposition, fondé sur le fait que « le droit subjectif est l'expression juridique d'une philosophie individualiste et libérale », et ce alors que « l'individualisme s'accorde difficilement de limites imposées au nom et pour la protection de la collectivité »<sup>176</sup>. Rallions nous, comme l'auteur, à la conception de Pascale Deumier, fondée non sur une idée d'opposition, mais bien de complémentarité, pouvant fonctionner à la manière de la séparation des pouvoirs, grâce à des limitations réciproques. Suivant cette conception, « l'opposition est toute relative car il s'agit en réalité d'observer la même chose, mais sous un autre angle »<sup>177</sup> : alors que le droit objectif aborde les questions « du point de vue, général et abstrait, de la règle », les droits subjectifs abordent les mêmes questions « du point de vue, particulier et concret, des individus et des situations »<sup>178</sup>.

Précisément, ce modèle fondé sur une complémentarité nécessitant un équilibre est analysé par certains comme connaissant des distorsions, du fait de la prévalence contemporaine des droits subjectifs. La cause de cette distorsion est très bien analysée par Marcel Gauchet, celui-ci affirmant que l'on confère à l'élément du droit un rôle exclusif, « comme s'il suffisait à lui seul à définir la démocratie »<sup>179</sup>. Pour comprendre l'importance de ce phénomène, il convient de dépasser le seul cadre du contentieux constitutionnel : ces évolutions témoigneraient en effet selon Marcel Gauchet d'une « éclipse du politique et du social-historique »<sup>180</sup>, vectrice de déséquilibre. Mme Peyroux-Sissoko, ciblant plus précisément les contentieux juridiques, souligne dès lors la prévalence contemporaine de la casuistique, mettant en échec de nombreuses notions, comme celle de *hiérarchie*. Prenons, pour l'illustrer, le fatalisme avec lequel est observée la conciliation concrète des droits fondamentaux comme réponse aux contradictions entre dispositions émanant du bloc de constitutionnalité, celle-ci délaissant toute hypothèse de hiérarchie matérielle. C'est ainsi, que, revenant à une

---

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>176</sup> MALAURIE (P.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, Paris, coll. « Droit civil », LGDJ, 6ème éd., 2016, p. 73.

<sup>177</sup> DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, coll. « Manuel », LGDJ, 3ème éd., 2015, p.54.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>179</sup> GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Paris, coll. « Tel », Gallimard, 2002, p. 335.

<sup>180</sup> *Ibid.*

conception globale de l'Etat de droit, l'auteur fait le constat d'un équilibre mis à l'épreuve par la subjectivisation du droit, ciblant des domaines particuliers comme le mariage. Ce phénomène est également très prégnant en contentieux constitutionnel : le bloc de constitutionnalité est mis au service d'intérêts divers, et chacun décide par une stratégie quelconque de revendiquer un droit qu'il considère prépondérant. Par conséquent, la décision du juge constitutionnel ne peut pleinement résulter d'un contrôle abstrait et doit mettre en balance des droits reconnus par le bloc de constitutionnalité ou des objectifs à valeur constitutionnelle. C'est précisément cette analyse qui mène à la dénonciation d'un déclin de la pensée constitutionnelle. Ainsi, le professeur Le Divellec, doutant du fait que la Constitution devienne, avec la QPC, une affaire de la *communauté nationale*, affirme bien au contraire que les citoyens ne voient avec celle-ci, qu'un moyen de gagner leur procès. Il est vrai que la QPC, au lieu de faire naître un *patriotisme constitutionnel*, ne semble avoir fait que « favoriser un rapport individualiste à la Constitution, et, en outre, (...) une conception purement instrumentale de cette Constitution »<sup>181</sup>.

C'est également en ce sens que les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier font état de « craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique »<sup>182</sup>. Précisément, cette crainte est intrinsèquement liée à la relégation de la loi, source de droit objectif par excellence, au second plan. Plusieurs mécanismes, comme les réserves d'interprétation transitoires, s'inscrivent indubitablement dans cette tendance, celles-ci pouvant mener à une véritable réécriture de la loi<sup>183</sup>. Dès lors, indépendamment même de la norme retenue, on substitue bien souvent une norme empreinte d'éléments concrets<sup>184</sup> à une norme originellement abstraite et objective. Cet activisme du juge est alors bien souvent critiqué par la doctrine. Ainsi le professeur Baranger s'est-il refusé de voir le Parlement réduit « au silence »<sup>185</sup>, celui-ci étant compétent pour protéger - de manière objective et abstraite - de nombreux « droits fondamentaux » comme « la liberté » ou encore « le pluralisme et l'indépendance des médias ». Ces critiques s'imposent d'autant plus dans le débat public que l'on a souhaité faire adhérer à l'idée suivant

---

<sup>181</sup> LE DIVELLEC (A.), « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle? » in Rousseau (D.), Pasquino (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française?*, Paris, coll. « Néo-Rétro Constitutionnalisme », Mare et Martin, 2018, p. 96.

<sup>182</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 836.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 836.

<sup>184</sup> v. *Supra*, p. 44 s.

<sup>185</sup> BARANGER (D.), « consultation des sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », *JP blog*, 16 février 2017.

laquelle un contrôle *a posteriori* ne contribuait pas à faire pencher l'état de droit vers la défense des droits subjectifs. Précisément, comprendre la concrétisation du contrôle de constitutionnalité ne signifie pas nécessairement admettre un changement radical de modèle, un effacement du droit objectif au profit des droits subjectifs. Il n'est pas absolument incohérent qu'à côté du contrôle abstrait prévu par les textes en France, se développe un contrôle empreint d'éléments concrets. Les tournants de 1971, 1974, et 2008 ont donc certes enterré la conception originelle du contrôle de constitutionnalité, organisée autour d'une certaine verticalité, limitée à une recherche de cohérence de l'ordre normatif. Cependant, et en dépit des éléments de concrétisation identifiés, conserver dans les textes un contrôle formellement abstrait ne répond pas qu'à une tentative de maquillage de la réalité du contrôle, mais bien à une réalité, qui est celle de la rémanence d'une approche objective du droit - un contrôle abstrait étant à cet égard tout à fait adapté- et complétée par une approche subjective nécessitant un contrôle empreint d'éléments concrets. Alors, l'intérêt d'étudier les éléments de concrétisation réside sans doute dans la clarification que cela peut entraîner. Il n'est pas impossible qu'un équilibre tel que celui auquel adhère Mme Peyroux-Sissoko puisse s'accommoder d'une dualité assumée du contrôle de constitutionnalité, correspondant à une dualité d'exigences. Il s'agit bien davantage d'une stabilisation du paradigme contemporain de l'Etat de droit qu'une remise en cause de celui-ci qui est ainsi recherchée. A l'exigence de défense d'un droit objectif, qui peut aussi bien se décliner en un ordre objectif de valeur que dans une perspective kelsenienne, en une simple recherche de cohérence dans l'ordre juridique, et qui se traduit plutôt par un contrôle abstrait, s'ajoute sans doute une exigence de défense des droits subjectifs dont chaque individu peut se prévaloir, cette nécessité se traduisant davantage par la mise en place d'un contrôle concret. Cependant la critique tendant à identifier un déséquilibre au sein de l'Etat de droit dépasse ce simple cadre et tend à identifier un phénomène général de subjectivisation et de concrétisation. Ce phénomène semble laisser peu de place pour les contrôles abstraits et objectifs, et ce du fait de l'attractivité apparente de ce type de recours et de contrôle pour des justiciables confrontés à des contentieux complexes. Dès lors il semble nécessaire de rappeler que des éléments d'objectivation du droit sont nécessaires afin de trouver un équilibre, ce d'autant plus que ce phénomène semble grandement minimisé par un pan important de la doctrine.

*B. La nécessité d'éléments objectifs comme frein à la logique de concrétisation : une justification possible du maintien d'un contrôle abstrait.*

Présenter ces éléments d'objectivation ne revient donc pas à nier la nécessaire prise en compte concrète de droits subjectifs mais bien à s'interroger sur la possibilité d'un équilibre dans l'Etat de droit et sur la pertinence de l'immixtion de cette exigence dans un contrôle mêlant deux sources de droit objectif par excellence : la Constitution et la loi. L'étude précitée semble encore une fois souligner l'actualité de ces interrogations : après avoir décrit l'évolution de notre état de droit, Mme Peyroux-Sissoko a présenté l'intérêt de notions comme l'ordre public immatériel, tout particulièrement vis-à-vis de la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret. S'inscrivant dans le sillage de la décision relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>186</sup>, l'auteur a dressé une liste des normes de référence, invoquées à l'appui de cette décision, pouvant cristalliser la notion d'ordre public immatériel en droit constitutionnel, ou, plus largement, certaines dispositions constitutionnelles rendant possible une limitation des libertés pour des raisons objectives : la liberté des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, son article 5, son article 10, le premier, le troisième et le dixième alinéa du préambule de 1946, mais encore les deux premiers articles de la Constitution de 1958. Ainsi l'auteur peut-elle identifier une véritable multiplicité de sources, qui « n'empêche pas la cohérence de la notion », mais, bien au contraire, « confirme sa singularité »<sup>187</sup>, et lui offre une véritable cohérence. Cette analyse est très pertinente en ce qu'elle démontre l'hybridité de notre bloc de constitutionnalité, celui-ci contenant aussi bien des articles fondant des principes objectifs - assimilables directement ou indirectement à la notion d'ordre public immatériel - et qui devront être appliqués de manière absolue - sans conciliation, mais aussi des articles fondant des droits subjectifs, pouvant donner lieu à une mise en balance concrète. Insister sur cette dualité permet, comme le souligne l'auteur, d'endiguer le phagocytage du contentieux constitutionnel par la logique subjective et concrète. Comme le souligne le professeur Mathieu, bien plus qu'un postulat idéologique, il s'agit d'une contribution au constat de « la nécessité de réintroduire un certain nombre de

---

<sup>186</sup> C. const., n°2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276.

<sup>187</sup> PEYROUX-SISSOKO (M-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, op.cit., p. 516.

valeurs objectives dans un droit marqué par la subjectivité »<sup>188</sup>, et ce pour plusieurs raisons, au premier rang desquelles le fait que « les droits subjectifs n'assurent pas la protection des plus faibles (par exemple en matière d'utilisation du corps humain) et conduisent à la prévalence de revendications communautaires menaçant la cohésion de la société »<sup>189</sup>. Aussi, cette objectivation est-elle une condition *sine qua non* à la construction de notions centrales en droit public comme celle d'*intérêt général*. Précisément, cette notion, en plus d'irriguer l'ensemble de notre droit public, est utilisée par le Conseil constitutionnel lorsque celui-ci justifie une atteinte portée à un droit ou à une liberté par la poursuite d'un objectif d'intérêt général.

Insistons à ce stade sur le fait que le phénomène d'objectivation n'est pas nécessairement synonyme de limitation des droits individuels, bien au contraire. Georges Burdeau a naguère démontré avec brio que « dans un régime démocratique, ce serait une hérésie de concevoir l'ordre comme un cimetière des libertés, alors qu'il peut et ne doit être qu'un agencement de libertés »<sup>190</sup>. Ce postulat d'une objectivation nécessaire apparaît sous la plume de Mme Peyroux-Sissoko comme la fonction de l'ordre public immatériel, mais le Conseil constitutionnel peut certainement s'en saisir au-delà de cette notion. C'est ainsi ce même constat qui justifie que ce dernier souligne l'importance de la promotion de *valeurs* qui peut également sembler menacée par la concrétisation du contrôle de constitutionnalité, et, par là même, justifier le maintien d'un contrôle abstrait. Ce phénomène est d'autant plus important que la notion philosophique de *valeurs*, dont le spectre a été largement défini en dehors du droit avant tout par Nietzsche, a été saisie par le droit, ce qui implique bien souvent une mise en échec des mécanismes juridiques habituellement efficaces, de conciliation et de proportionnalité. En somme, c'est alors l'absolutisme qui prend le pas sur le relativisme, propre aux droits et libertés dits fondamentaux. Ainsi est-il démontré que de nombreux éléments relevant de la notion d'ordre public immatériel ne peuvent s'accommoder de la logique de concrétisation. A titre d'exemple, dans la jurisprudence administrative, le cas de l'ordonnance Dieudonné du 9 janvier 2014, « le juge n'est pas allé jusqu'à évoquer ces circonstances alors qu'il aurait pu le faire, et que sa jurisprudence le lui permettait, s'il avait

---

<sup>188</sup> MATHIEU (B.), préface in PEYROUX-SISSOKO (M-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, op. cit., p. X.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. X.

<sup>190</sup> BURDEAU (G.), *Libertés publiques*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1972, p. 33.

vraiment souhaité y conditionner la mesure de police fondée sur l'ordre public immatériel »<sup>191</sup>.

Cette nécessité d'éléments objectifs comme l'ordre public immatériel, mais encore d'une prévalence des contrôles abstraits sur les contrôles concrets, correspond plus généralement à une conception du droit dépassant l'opposition classique entre jusnaturalisme et positivisme. Un exemple en fut donné récemment par le professeur Libchaber, qui s'est opposé aux théories classiques dites de « déplacement », en ce sens qu'elles se concentrent sur un prisme censé expliquer toute la substance de la notion de droit. Cette approche serait selon ce dernier faussée puisque le droit ne saurait se réduire ni à une réalité ontologique préexistante qu'il conviendrait de rechercher dans le juste, ni certainement pas au droit positif, ni non plus aux seules manifestations sociologiques pulvérisées dans la société. Il faudrait alors préférer une théorie de dépassement capable de transcender les catégories artificielles et présenter le droit comme relevant avant tout de l'organisation sociale et des valeurs que cette dernière veut exprimer<sup>192</sup>. Ces difficultés d'analyse de notre droit reposent sur la difficulté à cerner les fondements philosophiques qui la sous-tendent. Les philosophes des lumières - ou du moins l'interprétation contemporaine qui en est faite - tendent parfois à être interprétés comme ayant initié cette subjectivisation du droit, par la relégation de l'héritage chrétien de la République, davantage vecteur de valeurs objectives, certains allant jusqu'à critiquer ce phénomène d'« aveuglements »<sup>193</sup>. Relevons simplement que l'héritage philosophique de la Révolution française est également vecteur d'un bloc de valeurs objectives. L'exemple de Jean-Jacques Rousseau est sans doute à cet égard le plus probant, celui-ci n'étant pas, d'ailleurs, indifférent à la question de la sécularisation d'un ordre objectif de valeurs<sup>194</sup>.

La seule certitude qui demeure est la nécessité de conserver des éléments d'objectivation du droit tels que traduisant des valeurs. Seule la compréhension de cette exigence permet de cerner les troubles suscités par la concrétisation d'un tel contrôle juridictionnel, qui tend à considérer tous les principes comme relatifs, et pouvant seuls être maîtrisés et mis en balance par le juge, le rôle du législateur et du pouvoir constituant dans la définition du droit étant

---

<sup>191</sup> PEYROUX-SISSOKO (M-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, op.cit., p. 555.

<sup>192</sup> LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013.

<sup>193</sup> COLOSIMO (J-F.), *Aveuglements : religions, guerres, civilisations*, Paris, Ed. du cerf, 2018.

<sup>194</sup> V. par ex. ROUSSEAU (J-J.), *La profession de foi du vicaire savoyard*, Paris, coll. « GF », Flammarion, 2010.

alors nécessairement minimisé. Prenons deux exemples de théoriciens aux divergences de vue nombreuses et connues de tous : Carl Schmitt et Hans Kelsen. Le premier a présenté son assimilation de principes juridiques régissant une société aux préceptes religieux sécularisés dans son ouvrage *théologie politique*. Les motivations de Carl Schmitt ont été largement cernées par Jean-Louis Schlegel dans l'introduction à la nouvelle édition de cet ouvrage. Il y souligne que, ce qui a motivé sa recherche sur le domaine religieux, c'est « l'histoire politique de la religion »<sup>195</sup>, et donc l'élaboration d'un travail analogue à celui de Max Weber sur l'influence du protestantisme en économie, mais cette fois-ci pour cerner l'influence du catholicisme sur la sphère politique. Ainsi sont mobilisés des concepts formés dans le cadre de la pensée systématique des deux organismes « historiquement les plus évolués et les plus structurés du « rationalisme occidental », l'Eglise catholique, avec toute sa rationalité juridique, et *l'Etat du jus publicum europeum* - encore présumé chrétien dans le système de Thomas Hobbes »<sup>196</sup>. Carl Schmitt est sans doute le plus explicite lorsqu'il affirme dans sa première *Théologie politique* que « tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés »<sup>197</sup>, Dieu tout puissant étant devenu à bien des égards le législateur omnipotent et la situation exceptionnelle ayant pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie. Cette idéologie traduit ainsi un rejet global de *l'Etat de droit* moderne qui s'imposerait selon Kelsen avec le déisme, un rejet du miracle hors du monde, et prolongerait le rationalisme de *l'Aufklärung* qui condamna l'exception sous toutes ses formes<sup>198</sup>. C'est la raison pour laquelle Carl Schmitt récuse *l'impérialisme du droit*, le *normativisme juridique* kelsénien, auquel il reproche l'entrave à la décision politique, l'Etat se trouvant alors pris au dépourvu par la situation exceptionnelle, celle précisément où il faut « décider ». C'est donc une vision « prénoménologique » qui le pousse à s'opposer à l'idéalisme des théories pures du droit, pour qui « une décision au sens juridique doit être déduite intégralement du contenu d'une norme<sup>199</sup>. C'est ainsi une forme d'objectivation de la décision collective, de toute forme de décision régissant les comportements humains, qui se dessine. Plus largement, Carl Schmitt rejette chez Kelsen l'alternative simpliste, entre une étude purement sociologique et une étude purement

---

<sup>195</sup> GAUCHET (M.), *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », Gallimard, 1985.

<sup>196</sup> SCHLEGEL (J-L.), « Introduction » in SCHMITT (C.), *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p. V.

<sup>197</sup> SCHMITT (C.), « TP 1 » in *Théologie politique*, Paris, coll. « Bibliothèque des Sciences Humaines », Gallimard, 1988, p. 46.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>199</sup> SCHLEGEL (J-L.), « Introduction » in Schmitt (C.), *Théologie politique, op.cit.*, p. V.

juridique<sup>200</sup>, empêchant d'aborder les sciences sociales par le prisme d'un ordre objectif de valeurs.

Carl Schmitt s'oppose donc frontalement à Kelsen puisqu'il considère que la démocratie libérale est nécessairement vectrice d'un *relativisme*. Cependant, le maître autrichien démontre que ce relativisme n'est pas nécessairement synonyme de subjectivisation absolue du droit. Certes, il n'est plus nécessairement question, dans une perspective normativiste, d'un ordre objectif de valeurs mais bien d'un ordre normatif, d'une conception ordo-dynamique qui s'accommode difficilement d'une protection subjective des droits fondamentaux comme seul horizon de protection des droits. Luigi Ferrajoli souligne ainsi que, dans une perspective kelsénienne, « dire que les droits fondamentaux sont des droits universels revient à dire que ce sont des normes (...) qui exigent - pour qu'elles soient efficaces- l'introduction de garanties au moyen de lois d'application »<sup>201</sup>. Il rejette dès lors la thèse très répandue, et souvent attribuée à Kelsen, selon laquelle le droit subjectif ne serait rien d'autre que le simple pendant d'un devoir juridique, et plus précisément parce que « selon cette thèse, droits et garanties s'impliquent mutuellement ; et donc un droit sans garanties - selon, par exemple, Riccardo Guastini et Danilo Zolo - n'existe tout simplement pas »<sup>202</sup>. Luigi Ferrajoli insiste alors sur la contrariété de ce type de thèse, fondée sur le fait « qu'un droit - tout en étant prévu par une norme constitutionnelle - n'existe que s'il est accompagné de garanties »<sup>203</sup> avec le normativisme ou plus largement le juspositivisme. Précisément Kelsen aurait construit ce type de raisonnement uniquement en référence aux droits patrimoniaux, comme la propriété et le droit de créance, qui naissent en même que les interdiction et les obligations du fait de leur mode d'acquisition. Mais, à l'inverse, pour le cas des droits dits fondamentaux, Luigi Ferrajoli souligne que Kelsen n'évoque jamais une telle simultanéité, mais plutôt que les garanties de ces droits « apparaissent seulement sur la base de normes ultérieures qui les mettent en oeuvre »<sup>204</sup> : ainsi, à titre d'exemple, « l'existence d'une norme constitutionnelle fixant le droit à la santé n'implique nullement la présence de garanties, si celles-ci n'ont pas été introduites par la création d'un service sanitaire gratuit pour tous »<sup>205</sup>. Le droit subjectif

---

<sup>200</sup> SCHMITT (C.), « TP 1 », *Théologie politique*, op.cit. p. 29.

<sup>201</sup> FERRAJOLI (L.), « Théorie des droits fondamentaux » in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *traité international de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, coll. « Traités », Dalloz, 2012, p. 217.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 219.

peut donc être défini comme la « situation juridique consistant dans l'attente positive ou négative d'un comportement, à laquelle correspond une obligation ou une interdiction pour les tiers d'adopter le comportement qui fait l'objet du droit subjectif »<sup>206</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel, s'il tend vers un contrôle concret, s'éloigne du modèle kelsénien auquel il était supposément issu, et d'un contrôle opéré *de norme à norme* : la concrétisation du contrôle de constitutionnalité revient en quelque sorte à court-circuiter l'exigence de concrétisation du droit dans son ensemble par l'intervention plurielle du juge dans l'ordre juridique, celui-ci étant tout à la fois chargé de définir la portée des normes issues du bloc de constitutionnalités, d'en tirer des normes de concrétisation à plusieurs échelles, et de les appliquer à un cas concret. Bien plus qu'une perspective critique du perfectionnement de l'Etat de droit - qui pourrait valablement s'y opposer aujourd'hui ? - c'est sans doute dans une perspective de défense d'un équilibre au sein de l'Etat de droit que naît un certain scepticisme face à la concrétisation du contrôle de constitutionnalité.

---

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 219.

## **Section II. Malaise dans le contrôle de constitutionnalité**

Le Conseil constitutionnel protège-t-il efficacement les libertés publiques ? Est-il le gardien effectif et efficace de la Constitution ? Ces interrogations passionnent évidemment la doctrine et, si les réponses qui y sont apportées sont souvent négatives, les fondements qui sous-tendent ces réponses divergent. Effectivement, pour que celles-ci tendent à converger, encore faut-il s'attacher à redéfinir - ou simplement définir - en premier lieu ce que recouvre la notion de Constitution, mais également celle de liberté publique. En l'absence de telles définitions, la QPC n'a pu que traduire des exigences contradictoires en s'inscrivant dans le prolongement du contrôle *a priori* tout en insérant une logique profondément différente (§ 1), ce qui interroge grandement quant aux conséquences de ces contradictions sur le contrôle opéré par le juge constitutionnel, celui-ci étant déjà confronté depuis plusieurs décennies à de nombreuses incertitudes (§ 2).

### **§ 1. Les contradictions inhérentes à la QPC.**

La QPC a traduit l'exigence et la logique contemporaine de protection des droits fondamentaux, dont le caractère disruptif vis-à-vis de la tradition juridique et constitutionnelle française (A), crée de nombreuses incertitudes quant au contrôle opéré (B).

#### *A. Le caractère disruptif de la fundamentalité, une cause possible.*

Le pouvoir Constituant avait l'opportunité, en 2008, d'apporter de nombreux éclaircissements quant aux fondements et à la mise en oeuvre du contrôle de constitutionnalité. En lieu et place d'une réponse aux troubles suscités par la définition prétorienne d'un office, il les a entérinés en accentuant ses causes. En adhérant à la logique contemporaine de protection des droits fondamentaux, le pouvoir constituant n'a pas opéré un

compromis explicite avec la tradition de contrôle objectif et abstrait. Il a inséré une logique essentiellement différente, dessinant une approche nouvelle que l'on pourrait assimiler à une redéfinition des *droits de l'homme*, teintée d'universalisme et semblant ignorer la notion classique et hétérogène des droits fondamentaux. Celle-ci a sans doute été cernée le plus justement par Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*. Celui-ci insistait sur la spécificité de l'approche française de la protection des droits de l'homme, et notamment vis-à-vis de l'approche américaine, dans la mesure où elle « présume la notion de citoyen et prolonge un Etat national déjà existant »<sup>207</sup>. Ainsi, comme le précise son préambule, « la déclaration française vise à rappeler solennellement à tous les membres de la communauté leurs droits et leurs devoirs »<sup>208</sup>, la puissance publique devant alors être davantage respectée parce qu'elle tiendra compte de ces droits. Sa classification sur le fond des droits fondamentaux vis-à-vis des autres droits garantis et protégés par les lois constitutionnelles est également très éclairante<sup>209</sup>. Suivant celle-ci, les droits fondamentaux ne sont que dans l'Etat de droit bourgeois « les droits qui peuvent être considérés comme *antérieurs et supérieurs à l'Etat*, que l'Etat n'octroie pas dans les conditions prévues par les lois, mais qu'il reconnaît et qu'il protège comme antérieurs à lui »<sup>210</sup>. C'est alors que l'Etat moderne trouve la justification de son existence dans la préservation et la protection de ces libertés. Insistons sur le fait que ces droits fondamentaux sont considérés comme des droits absolus, que chaque individu peut opposer à l'Etat, faisant de l'intervention d'un texte l'exception et de son absence une garantie. Précisément, le parachèvement, par la QPC, de l'évolution du contentieux constitutionnel français, semble se concentrer sur cette logique d'opposabilité à l'Etat. Pourtant, tous les droits issus du *bloc de constitutionnalité* y sont-ils assimilables ? Doivent-ils tous être opposés de manière absolue ? A ces deux questions, il semble difficile de répondre par la positive, du fait de l'hybridité de ce *bloc*. De plus, par la prédominance de cette conception des droits fondamentaux, la lecture française de la fundamentalité semble quelque peu s'effacer : alors qu'un droit était considéré comme fondamental parce qu'il était constitutionnel, il tend à être considéré constitutionnel *parce qu'il est fondamental*.

Or, en marge de cette approche, Carl Schmitt insistait sur les droits du citoyen, *démocratiques* par essence pouvant aussi être qualifiés de droits fondamentaux, mais dans un

---

<sup>207</sup> SCHMITT (C.), *Théorie de la constitution*, Paris, coll. « Léviathan », PUF, 1989, p. 297.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 301.

sens complètement différent : ces droits ne présupposent pas, en effet, « l'individu humain libre dans l'état extra-étatique de « liberté », mais l'individu vivant dans l'Etat, le *citoyen* »<sup>211</sup>. A cela il faut également ajouter les « droits à recevoir des prestations positives de l'Etat, droits *socialistes* par essence »<sup>212</sup>, ne pouvant non plus être de même nature. Ils ne peuvent pas en effet être illimités, puisqu'ils « présupposent une organisation étatique à laquelle il est intégré l'individu prestataire »<sup>213</sup>. Une relecture de cette théorie à l'heure de la QPC et de la logique de la *fondamentalité* permet de comprendre qu'il est difficile de cerner ce qui peut être compris au sein des droits fondamentaux : cette catégorie semble aussi vague que vaste. Or, précisément, le contentieux constitutionnel consiste en une mise en balance de principes qui avaient pu être définis essentiellement différemment. Emergeait sous la plume de Carl Schmitt une classification des droits fondamentaux qui pouvait apporter des éclaircissements à cet égard puisque fonction de la protection juridique contre les restrictions et les empiètements de l'Etat<sup>214</sup>. Des éclaircissements étaient également apportés au stade de la sanction, puisque, si les droits fondamentaux étaient considérés absolus et illimités, cela n'impliquait pas nécessairement selon Carl Schmitt que les empiètements et restrictions sont totalement exclus », mais plutôt que celles-ci « prennent la forme d'une exception - et même d'une exception calculable, mesurable par ses conditions et son contenu et contrôlable »<sup>215</sup>. Se trouve ainsi caractérisée une confusion sur la nature des diverses garanties constitutionnelles, et un abus de l'emploi du mot de « droit fondamental ». Ce constat semble ainsi très actuel, Carl Schmitt insistant à l'inverse sur le fait que la reconnaissance des droits fondamentaux signifie que les principes caractéristiques de l'Etat de droit dans une constitution moderne de libertés bourgeoises ont été reconnus comme composante essentielle de la constitution elle-même.

Ensuite, ajoutons que les fondements de la protection contemporaine des droits fondamentaux sont difficiles à identifier. L'approche de protection des droits fondamentaux des individus ne correspond pas pleinement non plus à la conception classique de protection des droits longtemps considérée comme largement issue de la pensée d'Emmanuel Kant. Il est vrai que ce dernier avait dessiné les contours de la logique dite transcendantale. Celui-ci

---

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 314.

partait en effet du présupposé qu' « il puisse y avoir des concepts susceptibles de se rapporter *a priori* à des objets, non seulement des intuitions pures ou sensibles, mais seulement comme des actions de la pensée pure »<sup>216</sup>. Ainsi, ces concepts, qui ne sont ni d'origine empirique ni d'origine esthétique, construisent « une science qui détermine l'origine, l'étendue et la valeur objective de connaissances de ce type »<sup>217</sup>. La *logique transcendantale* se distingue donc de la logique générale en ce qu'elle a affaire aux seules lois de l'entendement et de la raison, « mais uniquement en tant qu'elle se rapporte à des objets *a priori*, et non pas indifféremment aux connaissances empiriques aussi bien que pures de la raison »<sup>218</sup>. Or, cette logique semble aujourd'hui exploitée de manière assez extensive, tout particulièrement en France, afin de justifier le respect - et donc nécessairement la conciliation - de l'ensemble de droits et libertés se trouvant dans le *bloc de constitutionnalité*. Cela mène alors à une conciliation des théories kantienne et kelsénienne, la logique transcendantale étant mise au service de la *Grundnorm*. C'est ainsi que le professeur Rials, dans son apostille sur l'idée théorique de supra constitutionnalité, critiquait la dimension post-kantienne d'une hypothèse logique transcendantale<sup>219</sup>.

Cependant, relevons, avec Alexis Philonenko, que cette théorie kantienne ne peut être analysée comme essentiellement subjectiviste. Fichte aurait ainsi avant tout raison lorsqu'il souligne que, dans l'oeuvre de Kant, *politique* et *droit* sont indissociables, celui-ci renouant ainsi avec la plus intime orientation de l'oeuvre de Jean-Jacques Rousseau. Il faudrait donc « se délivrer de l'idée suivant laquelle la philosophie Kantienne est une simple théorie subjective de la représentation du monde »<sup>220</sup>, ce qui amène Alexis Philonenko à considérer, en s'opposant à Michel Villey, que « rien n'est moins subjectiviste au sens immédiat que la philosophie kantienne »<sup>221</sup>. C'est précisément pour cette raison que Kelsen s'est opposé sur de nombreux points à la pensée kantienne. Avant tout, la notion de raison pratique est, selon ce dernier, « le résultat d'une confusion inadmissible entre deux facultés de l'homme essentiellement différentes l'une de l'autre »<sup>222</sup>, le connaître et le vouloir, l'être et le devoir-

---

<sup>216</sup> KANT (E.), *Critique de la raison pure*, Paris, coll. « GF. Philosophie », Flammarion, 2006, p. 147.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>219</sup> RIALS (S.), « les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », *RDP*, 1984, p. 604.

<sup>220</sup> PHILONENKO (A.), Entrée « Kant Emmanuel », in RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris, coll. « Quadrige. Dicos poche », PUF, 2003, p. 371.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 371.

<sup>222</sup> KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, coll. « Léviathan », PUF, 3ème éd., 1996, p. 101.

être. Plus largement, c'est l' « arrière-plan théologique de la notion de raison pratique » qui fonde le désaccord de Kelsen, l'incarnation par le législateur moral de la raison divine dans l'homme, qui, s'il est obscurci par le principe de *l'autonomie de la morale*, ne peut être effacé<sup>223</sup>.

Rappelons enfin que de nombreuses analyses contemporaines se font assez critiques de l'application toujours plus particulière et concrète des droits fondamentaux, tout en affirmant que la perspective de défense des *droits de l'homme* est incontournable, et ce du fait de l'abandon du paradigme religieux. Il en va ainsi de celle de Marcel Gauchet. Ce dernier considère que ces *droits de l'homme* peuvent et doivent être utilisés de manière positive, et donc traduire une conception propre à chaque Etat. Cristallisant son désaccord avec François Jullien, il se réfère bien davantage à un ordre objectif de valeur plutôt qu'à une mise en balance concrète de droits individuels déconnectés de tout cadre national<sup>224</sup>. Cela n'empêche pas de reconnaître une certaine universalité des droits de l'homme dans le sens où ils sont une contribution à la légitimité du droit, consécutive à l'abandon de la légitimité religieuse. Ainsi, si les droits de l'individu sont incontournables, c'est bien leur maniement est problématique<sup>225</sup>. Selon la conception française des droits de l'homme, très bien illustrée par Marcel Gauchet, ceux-ci ne sont pas et ne peuvent pas jouer durablement « comme une simple ligne de défense »<sup>226</sup>, mais impliquent une vision globale de l'être-ensemble, et peuvent être compris culturellement de manières différentes.

### *B. L'incertitude du contrôle, une conséquence certaine.*

Etudier le contentieux constitutionnel par le prisme de la *concrétisation* conduit au constat général d'une oscillation du contrôle de constitutionnalité, et, partant, d'une certaine incertitude quant à son effectivité. Poussée à son extrême, cette critique ancienne tend à faire du Conseil constitutionnel un juge ayant tendance à « filtrer le moustique et laisser passer le

---

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>224</sup> GAUCHET (M.), « Du bon usage des droits de l'homme », *Le Débat*, n°153, 2009, p. 163.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 167.

chameau »<sup>227</sup>. C'est cette même remarque qu'opèrent les professeurs Beaud et Wachsmann de nombreuses années plus tard<sup>228</sup>, ces derniers considérant ainsi, au lendemain de la mise en oeuvre de la QPC, que ce propos était plus pertinent que jamais, n'hésitant pas à parler d'« amère lucidité »<sup>229</sup>. Précisément, alors même que le Conseil constitutionnel esquivait bien souvent des interrogations mettant en jeu des droits majeurs, les mécanismes tels que le principe de proportionnalité, semblent « plus apte, dans l'usage qu'en fait le Conseil constitutionnel à filtrer les moustiques que les chameaux »<sup>230</sup>. Cette critique récurrente repose donc sur les incertitudes relatives à l'office et au pouvoir du juge constitutionnel, et une intensité de contrôle à géométrie variable. Les membres du Conseil constitutionnel peuvent ainsi trouver des justifications, aussi bien dans les textes régissant son contrôle que dans les mécanismes qu'il a lui-même mis en oeuvre, à un contrôle abstrait et distancié qu'à un contrôle concret et approfondi. La subsistance de ces doutes contribue également sans doute au caractère lacunaire de certaines décisions.

Un exemple du malaise né de cette incertitude a été donné très récemment par le professeur Wachsmann dans sa critique relative la décision 1er février 2019 qui a conclu à la conformité à la Constitution des dispositions, adoptées en 2016, incriminant les personnes ayant recours à la prostitution<sup>231</sup>. Il est vrai que par un examen très sommaire, le Conseil constitutionnel a réduit le contrôle de proportionnalité à des formules rituelles, sans qu'il « s'engage jamais dans aucune discussion de fond »<sup>232</sup>. Cette critique repose également sur le fait que le Conseil constitutionnel ne prend pas en compte les arguments relatifs à la dénonciation des conséquences de la loi. Il est certain que cette argumentation succincte s'inscrit dans le prolongement de la décision relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, et témoigne de la frilosité du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Cette frilosité se traduit également par des expressions standardisées telles que « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur », ce qui a poussé le professeur Wachsmann à identifier un véritable « Requiem

---

<sup>227</sup> RIVERO (J.), « A propos de la loi Sécurité et liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau » [note sous la décision du Conseil constitutionnel du 20-21 janvier 1981], *AJDA*, 1981, p. 275.

<sup>228</sup> BEAUD (O.), WACHSMANN (P.), « Ouverture », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> C. const., décision n°2018-761 QPC du 1er février 2019, *Association Médecins du monde et autres (Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution)*, *JO*, 2 février 2019, texte n°104.

<sup>232</sup> WACHSMANN (P.), « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », *JP Blog*, 21 février 2019.

pour le contrôle *in concreto* que l'institution de la QPC était censée permettre »<sup>233</sup>. Il est vrai que se cantonner à un contrôle aussi sommaire signifie indubitablement rejeter de nombreux arguments présentés à l'occasion des plaidoiries, qui, en l'espèce, permettaient pourtant d'éclairer quant à « de potentiels effets contre-productifs de la loi<sup>234</sup> », ce qui confirme que dépasser la simple inadéquation manifeste rend sans doute nécessaire la prise en compte de certains éléments concrets, sans nécessairement verser dans un contrôle *in concreto*. Quoiqu'il en soit, la critique opérée par le professeur Wachsmann illustre bien la frustration d'une partie de la doctrine face à l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois opéré *a posteriori* et en apparence ambitieux mais rétif à la prise en compte d'éléments concrets. C'est précisément le fait que « la QPC se ramène à un contrôle abstrait déplacé dans le temps au-delà de la promulgation de la loi<sup>235</sup> » qui fait émerger de nombreux doutes quant à l'effectivité de la protection des *droits et libertés que la Constitution garantit*.

Se rallier à cette injonction adressée au juge constitutionnel d'opérer un glissement vers un contrôle *in concreto* serait évidemment contradictoire avec les doutes émis dans cette étude quant aux conséquences d'un tel contrôle sur le déséquilibre dans l'Etat de droit. C'est la raison pour laquelle l'apport de cette critique du professeur Wachsmann ne se limite pas à ces éléments. Bien au-delà, c'est l'analyse globale que ce dernier opère - et dépassant le seul cadre de la prise en compte d'éléments concrets - qui attire l'attention et à laquelle nous nous rallierons. Non sans rappeler le *malaise dans la constitutionnalité* décrit en son temps par le professeur Rials<sup>236</sup>, cette critique fait émerger un *malaise dans le contrôle de constitutionnalité*, ce second malaise concernant bien plus directement l'office du juge constitutionnel. L'incertitude relative au contrôle de constitutionnalité est présentée comme étant vectrice d'un nivellement par la bas : « en refusant à la fois un véritable contrôle abstrait, parce qu'il ne veut surtout pas trancher, au regard de la Constitution, les questions de principe soulevées par cette affaire, et un contrôle concret auquel il s'empresse de fermer la porte, le Conseil constitutionnel se retrouve à ne rien faire qui relève d'un contrôle de constitutionnalité des lois digne de ce nom »<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Ibid.*

<sup>236</sup> RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », *RDP*, 1984, p. 597.

<sup>237</sup> *Ibid.*

Ajoutons que cette incertitude a parfois été étudiée par le prisme de l'application de certains principes, et tout particulièrement du principe d'égalité. Le professeur Jouanjan regrette ainsi que « toutes les juridictions ayant à appliquer le principe général d'égalité ont formulé d'une manière abstraite et formelle le principe à travers une phrase-clé »<sup>238</sup>. Dans cette lignée, le Conseil constitutionnel propose lui aussi une telle formulation, et une étude de sa jurisprudence sur ce point mène le professeur Jouanjan à constater que cette standardisation « est dans l'incapacité d'assurer le minimum de rationalité formelle nécessaire à l'application du principe »<sup>239</sup>. Si ce type de standardisation a certes les vertus apparentes de la rationalité, elle correspond en vérité à une formulation totalement abstraite, qui permet au Conseil constitutionnel de justifier la mise en oeuvre d'un contrôle lacunaire. Ainsi, sans plaider pour la mise en oeuvre d'un contrôle *in concerto*, d'aucuns peuvent regretter l'absence de « garanties méthodiques d'application du principe d'égalité »<sup>240</sup>, qui contraste avec les nombreux éléments de concrétisation précédemment décrits. Ce contraste dérange particulièrement le professeur Jouanjan puisque la mise en oeuvre d'un principe tel que le principe d'égalité impose, « pour son application, sa concrétisation dans les situations réelles, de sortir d'une logique du calcul avec des nombres pour entrer dans celles de la justification et de l'argumentation avec des valeurs »<sup>241</sup>.

Au-delà même de ces questions relatives à la nature du contrôle opéré, ressurgissent des critiques plus générales qui semblent également illustrer ces incertitudes. Il en va ainsi des critiques du professeur Baranger eu égard à la standardisation de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel<sup>242</sup>. Il semble en effet que cette caractéristique de la justice constitutionnelle française justifie les oscillations entre un contrôle approfondi et distancié, mais également entre un contrôle pleinement abstrait et empreint de nombreux éléments concrets. Aussi cette standardisation est-elle souvent analysée comme le signe de l'incapacité du Conseil constitutionnel à assumer son pouvoir normatif et son autonomie vis-à-vis du bloc de constitutionnalité. En somme, cette incapacité prolonge une seconde incapacité, celle à assumer les évolutions de son rôle, incapacité traduite par l'immuabilité du mode de nomination en son sein. Ainsi le professeur Wachsmann conclue-t-il sa critique acerbe en

---

<sup>238</sup> JOUANJAN (O.), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> BARANGER (D.), *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle, juspoliticum*, n°7, mai 2012.

relevant une cohérence entre ce contrôle teinté d'immaturation et le fait « que l'on puisse y nommer qui l'on veut, d'anciens premiers ministres par exemple, sans exiger la moindre compétence juridique des personnes appelées à y siéger »<sup>243</sup>.

## § 2. Un hiatus problématique.

Les contradictions inhérentes au contrôle de constitutionnalité opéré à l'heure de la QPC, mais également le décalage entre ses ambitions et la réalité du contrôle opéré, sont d'autant plus problématiques qu'ils ne font que prolonger des incertitudes quant au contrôle opéré par le Conseil constitutionnel (A), ce qui appelle à une clarification, dix ans après la mise en oeuvre de la QPC (B).

### *A. Le prolongement de doutes quant au contrôle du Conseil constitutionnel.*

Sans doute pourrait-on s'accommoder du constat précédemment effectué, ou du moins être patient face à quelques incertitudes issues de la seule mise en oeuvre de la QPC. Cependant, il semble que ces incertitudes prolongent un profond malaise relatif au contrôle de constitutionnalité en France. A vrai dire, il faut sans doute faire remonter ces incertitudes au bouleversement consécutif à la décision *liberté d'association* du 16 juillet 1971. Si cette décision a permis au Conseil constitutionnel, sans trop de contestations, de s'installer pleinement dans le paysage politico-juridique français, celui-ci fut rapidement confronté à des sources extrêmement composites : insistons sur le fait que le *bloc de constitutionnalité* progressivement consolidé, loin d'être homogène, conditionne grandement le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Ce propos nécessite dès lors un constat non exclusivement juridique sur les sources du contrôle de constitutionnalité et les contraintes qui en sont issues.

---

<sup>243</sup> WACHSMANN (P.), « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », art. préc.

Prenons, pour s'en convaincre, l'exemple de la classification, opérée par Philippe Nemo, des dispositions de la Déclaration de 1789. Il existerait en son sein d'abord évidemment des préoccupations *abstraites*, marquées par les termes symboliques : *l'homme, le citoyen, la société*, ou encore *la volonté générale*<sup>244</sup>. En marge de cette volonté symbolique, les dispositions de la Déclaration de 1789 sont présentées, pour certaines d'entre elles, comme répondant à « des soucis très concrets que les contemporains avaient tous à l'esprit »<sup>245</sup>, et notamment à « des abus précis de l'absolutisme »<sup>246</sup>. Ainsi Philippe Nemo insiste-t-il sur le « droit d'imprimer », inscrit en son article 11, qui visait la *censure*, royale ou ecclésiastique, sur la liberté des « opinions, même religieuses », inscrite en son article 10, mettant hors la loi les *persécutions contre les protestants*, et prépare l'*émancipation des juifs*, ou encore l'égalité d'accès aux fonctions publiques, inscrite en son article 6, visant le privilège d'accès aux fonctions publiques, notamment militaires<sup>247</sup>. Chacun comprend dès lors les difficultés auxquelles se trouve confronté le Conseil constitutionnel dès lors qu'il a décidé de se saisir de dispositions telles que celles de la Déclaration de 1789. Evidemment, du fait de l'audace dont celui-ci a déjà fait preuve eu égard à son office initial, il lui est difficile de s'affranchir pleinement des contraintes issues des sources de son contrôle. Dès lors, en affirmant sa nécessaire retranscription de la volonté des rédacteurs de la Déclaration de 1789, il s'insère dans un jeu de contraintes : d'une part, il doit donner une portée concrète à de nombreux principes abstraits, et d'autre part, pour les dispositions renvoyant à des exigences plus concrètes, il doit effectuer un travail d'analogie entre des phénomènes séparés de plusieurs siècles.

C'est précisément ce choix d'analyser les problèmes rencontrés par le Conseil constitutionnel par son rapport à ses sources qui avait fondé le constat opéré par le professeur Rials en 1984 d'un « malaise dans la constitutionnalité »<sup>248</sup>. L'impasse dans laquelle se trouvait le Conseil constitutionnel était alors associée à un double phénomène. Il convenait en effet d'ajouter, selon le professeur Rials, au fait que « certains refusent l'idée de supra-légalité constitutionnelle au nom des exigences de la souveraineté »<sup>249</sup>, qu'« une forme d'anxiété se

---

<sup>244</sup> NEMO (P.), *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, coll. « Quadrige », PUF, 2002, p. 484.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 485.

<sup>248</sup> RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », art. préc., p. 597.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 597.

développe au regard des antinomies constitutionnelles qui se manifestent à chaque fois qu'un texte important est soumis au Conseil constitutionnel et que la doctrine, comme c'est son rôle, bâtit, dans les semaines qui précèdent la décision, des argumentaires antithétiques »<sup>250</sup>. De plus, évidemment, ces incertitudes prennent d'autant plus d'ampleur que la source de droit qui est contrôlée n'est autre que la loi, exprimant traditionnellement, en France, la volonté générale. Devant une telle impasse, le Conseil s'est retrouvé confronté à de nombreux doutes quant à sa légitimité. C'est ainsi que le doyen Vedel dénonçait quatre ans plus tard un double discours, venant appuyer les incertitudes précédemment constatées<sup>251</sup>. Après avoir quitté le Conseil constitutionnel, le doyen Vedel avait ainsi constaté que l'on tendait à faire alternativement et même parfois simultanément du Conseil constitutionnel le *gardien du droit positif* et le *défenseur de la transcendance des droits de l'homme*<sup>252</sup>. Le premier discours, essentiellement juridique, tendait alors à justifier que de tels juges puissent s'opposer à la Nation souveraine en faisant du Parlement un pouvoir constitué devant se conformer aux conditions posées par la Constitution, mais en faisant également du Conseil constitutionnel un pouvoir constitué, le pouvoir Constituant pouvant *a posteriori* anéantir la censure prononcée par le Conseil Constitutionnel<sup>253</sup>. Cette légitimation, que l'on pourrait qualifier de négative, repose enfin sur une présentation de la déclaration de non-conformité prononcée par le Conseil Constitutionnel, comme essentiellement procédurale. Dès lors, selon cette théorie, le juge constitutionnel se bornerait à indiquer dans ses décisions de censure que la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la constitution. C'est suivant cette présentation que Hans Kelsen, son disciple Charles Eisenmann, ainsi que le doyen Favoreu ont présenté le juge constitutionnel non comme un censeur mais comme un « aiguilleur »<sup>254</sup>. Ce pan du discours de légitimation est assurément fondé, le dernier point présenté étant consacré, d'une part constitutionnellement par les articles 91 et 93 de la Constitution de 1946 suggérant que le conflit entre la loi et la Constitution devait être résolu par la révision de celle-ci, et d'autre part factuellement par le lit de justice constitutionnel. La confusion découlait dès lors de l'émergence d'un discours d'une toute autre nature, essentiellement *sociologique*. Comme le rappelait le doyen Vedel, le contrôle exercé par le

---

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 597.

<sup>251</sup> VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme », *Pouvoirs*, n°45, avril 1988, p. 149.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>254</sup> FAVOREU (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, 1994, pp. 557-58.

Conseil Constitutionnel recevait l'approbation de quatre français sur cinq en 1988. Il semble d'ailleurs aujourd'hui ne pas faire l'objet de nombreuses contestations à l'heure de la contestation de certains fondements des démocraties libérales. Il est en effet évident que le public ne retient pas que le Conseil invite à des révisions constitutionnelles restreignant les libertés : au contraire, il retient que le Conseil constitutionnel consacre l'intangibilité des principes dont le législateur se voit reprocher la méconnaissance. Dans ce second discours « le fondement ou la raison d'être du contrôle de la constitutionnalité des lois se trouverait dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social<sup>255</sup> ». Si cela bénéficie dans un premier temps à la légitimité du Conseil constitutionnel, émerge un problème théorique majeur : ceci revient à ressusciter le *jusnaturalisme*, dont le premier discours prétendait avoir purgé ce contrôle. Ainsi se dessine une contradiction majeure entre ces deux discours. Mais plus que cela, le doyen Vedel insistait sur le fait que le second discours était fondé sur un droit naturel transcendant se distinguant nettement du droit naturel classique en ce que les droits ne sont pas donnés par un seul jet mais « se forment par accumulation progressive de droits et de libertés se faisant sans retrait »<sup>256</sup>.

Or, c'est bien sur cette confusion que repose le destin de la légitimité du Conseil constitutionnel : s'éloignant du rôle accordé par les textes, celui-ci est contraint de construire une « opération de propagande traduisant une volonté de séduction comparable à celle des Parlements »<sup>257</sup>. Partant, il consolide ces deux discours aux destinataires différents depuis 1971, ce qui fut confirmé en 2008, lorsque émergea un discours faisant du justiciable un nouvel acteur constitutionnel, davantage marqué par la transcendance de ce qu'il convient désormais d'appeler les *droits fondamentaux*, et simultanément un autre discours justifiant la QPC en la présentant comme une simple garantie de la cohérence de l'ordre normatif. Cette synthèse semble très prégnante aujourd'hui, ce qui explique qu'en soient soulignés aussi bien les aspects favorables au Conseil constitutionnel que les aspects défavorables à celui-ci. Ce double discours est avant tout une vertu permettant de légitimer l'action du Conseil constitutionnel dans différents pans de la société française. Cependant, il masque de nombreuses incertitudes quant au rôle de ce dernier. Or, le perfectionnement de l'office du juge constitutionnel avec l'arrivée de la QPC ne fait que souligner ces incertitudes. Si cette

---

<sup>255</sup> VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme », art. préc., p. 155.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 150.

confusion peut être *créatrice*, lorsque viennent s’y ajouter d’autres complexités, elle se mue en une confusion *destructrice*. Ces interrogations relatives à la légitimité étant cernées, insistons sur l’essence de ce problème, tel qu’il fut présenté par Stéphane Rials, à savoir *la notion de Constitution*, et les notions afférentes de souveraineté et de supra-légalité constitutionnelle<sup>258</sup>. Bien plus qu’à une simple hétérogénéité, ces problèmes sont dûs à des « antinomies constitutionnelles »<sup>259</sup>, les texte du bloc de constitutionnalité traduisant aussi bien une aspiration *jusnaturaliste* qu’une aspiration *volontariste*. Dès lors, il est vrai que le Conseil constitutionnel ne peut opérer un véritable contrôle de constitutionnalité s’il ne s’adonne pas, au préalable, à une forme de hiérarchisation. Ainsi Stéphane Rials regrettait-il la frilosité du Conseil constitutionnel, y compris lorsque celui-ci a fait une remise en ordre au sein du bloc de constitutionnalité au lendemain de sa décision *Nationalisation*<sup>260</sup>. La contribution du professeur Rials proposait un rééquilibrage dans les fondements du Conseil constitutionnel - tout particulièrement relativement aux sources de son contrôle - qui, seule, nous le croyons, permettrait une redéfinition de la légitimité du Conseil constitutionnel. En tout état de cause, ce type de présentation dispose comme atout d’une cohérence certaine. Toute théorie nécessite en effet une réflexion préalable sur ses fondements, ce qui motivait le professeur Rials à présenter simultanément à ce constat la « légitimité théorique de l’idée de supra-constitutionnalité »<sup>261</sup>. Pour ce faire, pouvait être relevée l’aporie du normativisme kelsénien tel qu’illustré par la nécessité de la *Grundnorm* tenant simplement dans la formule « il faut obéir à la Constitution ». L’aboutissement et la réception d’une telle théorie pourrait d’une part construire une légitimité constitutionnelle et d’autre part estomper le procès en illégitimité du Conseil constitutionnel. Mais à l’inverse, il convient de relever, comme le professeur Rials, que « c’est dans la contradiction de cette nécessité théorique de la supra-constitutionnalité et de la difficulté, pour les esprits contemporains, de l’accepter qu’il faut chercher les racines profondes de la crise de la notion de constitution que nous vivons ces temps-ci »<sup>262</sup>. Il convient sans doute de prolonger ce propos en affirmant que la persistance de cette crise permet de comprendre la fragilité des fondements de la légitimité du Conseil constitutionnel à l’heure de la QPC. Face à ces problèmes et à la difficulté de les résoudre, n’est-ce pas réducteur d’étudier le contentieux constitutionnel simplement à l’aune des

---

<sup>258</sup> RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », art. préc., p. 597.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 600.

<sup>260</sup> C. const., n°81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18.

<sup>261</sup> RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », art. préc., p. 604.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 606

techniques à la disposition du juge ? Avant de s'interroger sur la nécessité ou l'opportunité d'une pleine concrétisation du contrôle de constitutionnalité, il faudrait sans doute veiller à s'assurer de l'effectivité du contrôle de constitutionnalité - y compris abstrait - et de sa légitimité, afin de s'assurer, en définitive, de son homogénéité et de sa prévisibilité.

### *B. Une redéfinition nécessaire.*

La seule théorie d'ensemble au service de la légitimation du contrôle substantiel de constitutionnalité émergea sans doute de la plume du professeur Dominique Rousseau. Si elle revêt une certaine cohérence, il nous semble cependant difficile d'y adhérer aujourd'hui. Le rôle joué par le citoyen - plus précisément par le *justiciable* - dans la QPC pourrait certes faire adhérer à la relecture du *contrat social* souhaitée par le professeur Dominique Rousseau. Rappelons en effet que suivant cette relecture, la démocratie représentative aurait été une négation de la pensée contractualiste rousseauiste, ce à quoi il faut ajouter que la justice constitutionnelle ne contrôle pas la volonté du peuple mais bien seulement la volonté des gouvernants et renouerait en ce sens avec les fondements du contrat social<sup>263</sup>. Partant, Dominique Rousseau avait vu dans l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel une renaissance de la *notion de Constitution*, qui n'était plus qu'une « notion en survivance<sup>264</sup> » aux prémices de la Vème République, selon les dires de Georges Burdeau. Ainsi souhaitait-il opérer un glissement dans la conception du rôle du Conseil constitutionnel : le juge constitutionnel ferait prévaloir la volonté constituante du peuple en contrôlant les lois au regard des libertés. Dès lors, suivant cette conception, le Conseil constitutionnel n'apparaît pas seulement comme une limite, mais aussi comme un instrument de la démocratie et comme un représentant. La légitimité dont il jouit est alors d'une nature tout à fait différente : il ne se contente plus d'un simple respect formel de la Constitution mais assure « l'autonomie des gouvernés par rapport aux gouvernants »<sup>265</sup>. Ce contrôle serait donc la condition de possibilité de l'expression démocratique et la démocratie ne se définirait « plus seulement par le simple pouvoir majoritaire, mais aussi par le nécessaire respect des droits et libertés constitutionnels,

---

<sup>263</sup> ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

<sup>264</sup> BURDEAU (G.), *Une survivance, la notion de Constitution*, Sirey, 1956, p. 53.

<sup>265</sup> ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », art. préc., p. 9.

le rôle du Conseil devenant parfaitement légitime au regard de cette définition-là de la démocratie »<sup>266</sup>.

Insistons sur l'aporie de cette redéfinition de la notion de Constitution, qui explique sans doute les incertitudes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette théorie fut largement critiquée dès son apparition, des critiques qui semblent de plus actualisées par le développement de la QPC. Le professeur Troper avait ainsi évoqué en premier lieu « la thèse de la souveraineté du seul peuple constituant »<sup>267</sup>, soulignant alors la difficulté à justifier l'ensemble du contrôle de constitutionnalité par la nécessaire défense des droits et libertés fondamentaux, la Constitution contenant de nombreuses dispositions qui y sont étrangères<sup>268</sup>. Relevons à ce stade que cela est toujours vrai depuis l'apparition de la QPC : tout d'abord, la QPC n'a pas fait disparaître à l'instar du *recurso de amparo* en Espagne le contrôle *a priori* et ne saurait capter l'ensemble des questions relatives à la légitimité du Conseil constitutionnel. De plus, y compris dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel attache de l'importance à des matières seulement indirectement liées à la défense des droits et libertés fondamentaux : il en va ainsi de l'incompétence négative. Surtout, à l'idée selon laquelle la protection des libertés est une manifestation de la différenciation gouvernants-gouvernés, le professeur Troper répondait que la souveraineté du peuple s'inscrit dans la durée, si bien que dire que le peuple est souverain ne signifie pas qu'il ne l'est qu'au moment de l'établissement de la Constitution mais que, par la Constitution, il se donne le moyen de continuer d'exercer sa souveraineté, précisément « par ses représentants »<sup>269</sup>. Ces questions temporelles ne sont rendues que plus complexes par l'apparition de la QPC, les lois dont le Conseil constitutionnel connaît pouvant être très anciennes et les normes constitutionnelles étant en perpétuelle redéfinition, y compris la catégorie dite des PFRLR, et ce y compris en QPC<sup>270</sup>. Ainsi, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel en QPC illustre encore bien davantage que le contrôle *a priori*, l'impossibilité à se référer à une expression pure et immuable du pouvoir constituant pouvant servir de fondement au contrôle du Conseil constitutionnel. C'est

---

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>267</sup> TROPER (M.), « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Etudes juridiques », Economica, 1999, p. 377.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 377.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>270</sup> C. const., n° 2011-157 QPC, 5 août 2011, *Société SOMODIA [interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, Rec. p. 430.

alors que le professeur Troper soulignait que le professeur Dominique Rousseau ne pouvait justifier sa théorie que par la thèse du juge constitutionnel représentant, thèse dont les fondements fragiles ne peuvent qu'être soulignés à l'heure de la QPC. En effet, le Conseil est confronté au problème classique de la représentation, du fossé creusé par le pouvoir d'interprétation du juge, et la production, par sa décision, d'un « acte de volonté ». Parmi d'autres arguments, le professeur Troper soulignait ainsi que le Conseil constitutionnel n'intervenait qu'à un instant de la chaîne argumentative. Or, précisément, la QPC a permis de développer de véritables arguments de constitutionnalités, y compris devant les juges du fond, un argument qui échappe parfois grandement au Conseil constitutionnel.

A cet égard, la réponse offerte par le professeur Poirmeur à la théorie du professeur Dominique Rousseau semble également particulièrement éclairante, celui-ci soulignant que le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur « des textes mythiques situés au sommet de la hiérarchie des normes juridiques (...) devient le serviteur d'un culte qui le dépasse<sup>271</sup> ». La nouvelle légitimité du Conseil constitutionnel reposerait donc selon Dominique Rousseau sur le fait qu'il sert directement les droits de l'homme et la Constitution, et devient dès lors l'agent d'une *démocratie des droits de l'homme*. C'est ainsi que, selon ce dernier, est justifié le pouvoir de ce juge, qui serait le mieux placé pour interpréter la Constitution, celui-ci pouvant suivre l'opinion publique et accepter *l'esprit du temps*. Les critiques des professeurs Poirmeur et Troper soulignaient ainsi ce même problème dans la justification supposée légitimer le Conseil constitutionnel : la question du rapport direct entre le juge constitutionnel et les citoyens. Ce postulat tend en effet à oublier de nombreux travaux, et en premier lieu ceux de la chaîne du droit de Ronald Dworkin, qui ont démontré que la réponse donnée par le juge à un problème juridique « dépendra de ses convictions en ce qui concerne les vertus constitutives de la morale politique : la justice, l'équité, la procédure, de ce qu'il croit quant à la supériorité de l'un des principes par rapport à l'autre du point de vue de la justice abstraite, mais également de ce qu'il croit quant aux principes à suivre dans la communauté dont les membres ont des convictions, la culture et l'histoire de la sienne »<sup>272</sup>. La décision *Isabelle D. et Isabelle B.* illustre par ailleurs parfaitement le rôle joué par le Conseil constitutionnel face aux évolutions de la société. Il permet certes de faire évoluer l'appréciation d'une disposition

---

<sup>271</sup> POIRMEUR (Y.), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme? », in DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Etudes juridiques », Economica, 1999, p. 296.

<sup>272</sup> DWORKIN (R.), « La chaîne du droit », *Droit et Société*, n°1, 1985, p. 51

législative, mais il ne peut avoir une relation directe avec la société et les citoyens : il est dépendant des évolutions du reste de l'ordre juridique. Il prend certes en considération certaines évolutions mais par le prisme de l'interprétation des juges ordinaires. Dès lors, si la doctrine du droit vivant a certes eu un certain écho, la relation privilégiée du citoyen au juge constitutionnel comporte des limites. Plus largement, la QPC ne semble pas pleinement concentrée compte tenu de l'obstacle des juges ordinaires dans le processus de filtrage. De plus, depuis l'apparition de la QPC, le Conseil constitutionnel ne semble pas directement en phase avec *l'esprit du temps* et rechigne à se prononcer sur des questions sociétales sensibles comme l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ou encore le nouveau régime de la prostitution. Enfin, formellement, la nouvelle légitimation du Conseil ne semble pas avoir pleinement permis à ce dernier de modifier son contrôle ainsi que la forme de ses décisions. Il souhaite tout d'abord garder un lien étroit avec les sources de son contrôle, ce qui explique des décisions toujours aussi formalisées, et il n'explicite pas, non plus, au fil de son raisonnement, de norme de concrétisation. De plus, dans son article précité, le professeur Baranger soulignait que la standardisation des décisions concerne aussi bien les décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* que celles rendues dans le cadre du contrôle *a posteriori*<sup>273</sup>. Il semble donc certain que cette révolution dans le fondement de l'action du Conseil n'a pas eu lieu : les espoirs de ses pourfendeurs furent éteints par la rémanence de la tradition objectivante française. Celle-ci ne put que faire preuve d'appréhension face à un potentiel déséquilibre en faveur d'aspirations individuelles, et ce du fait du risque d'arriver vers un fondement populaire non plus conçu comme peuple unanime et fondant objectivement un pouvoir mais bien comme un agrégat de revendications disparates dans le cadre d'un contrôle toujours plus subjectif et concret.

Il est vrai que le bouleversement du rôle du juge constitutionnel est avant tout une opportunité pour celui-ci de clarifier et préciser l'étendue de son contrôle. Une perspective plus optimiste est ainsi adoptée par les professeurs Bonnet et Roblot-Troizier, ceux-ci éludant la nécessité de redéfinir le rôle du Conseil constitutionnel par une redéfinition de sa légitimité et des sources de son contrôle. Selon leur perspective, le juge devrait en effet simplement « rendre identifiable et acceptable cette nouvelle technique contentieuse du contrôle de la loi, afin que l'ensemble des acteurs juridiques se l'approprient »<sup>274</sup>. Il serait ainsi possible de

---

<sup>273</sup> BARANGER (D.), *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle, juspoliticum*, n°7.

<sup>274</sup> BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., p. 849.

revenir à une étude que l'on pourrait qualifier de *micro-constitutionnelle*, centrée sur les méthodes adoptées par le juge constitutionnel. Ainsi insistent-ils sur les nécessaires *enrichissements*<sup>275</sup> et *harmonisations*<sup>276</sup> de la motivation des décisions, qui seuls permettrait la multiplication des éléments contextuels dans le contrôle juridictionnel de la loi. Précisément, ce phénomène serait déjà prégnant : le Conseil constitutionnel enrichirait de manière plus substantielle la motivation de ses décisions lorsqu'il concrétise son contrôle. Evidemment, cela ne peut être que bénéfique dans la mesure où cela « favorise la prévisibilité du droit »<sup>277</sup>. S'appuyant sur l'exemple du contrôle de conventionnalité, Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet constatent en effet qu'un contrôle concret de la loi oblige le juge à assumer qu'il « crée véritablement une nouvelle norme, à partir de la confrontation et de la pesée d'exigences générales dont il tire un équilibre particulier au cas d'espèce »<sup>278</sup>. Du fait de ce parallèle avec le contrôle de conventionnalité, une telle évolution aurait le mérite d'opérer une harmonisation dans les contrôles de la loi : cela permettrait « que le justiciable sache s'orienter dans le dédale du contrôle de la loi et que l'exercice de ce contrôle soit un minimum structuré afin de ne pas tomber dans l'aléa juridictionnel et l'insécurité juridique »<sup>279</sup>.

Une telle évolution permettrait sans doute d'atténuer les critiques relatives à la concrétisation intrinsèque des décisions du Conseil constitutionnel. Cela permettrait de plus de mettre fin aux critiques précitées relatives à la standardisation des décisions du Conseil constitutionnel. Si cette dynamique a ses vertus, notre constat ne pourra pleinement s'en contenter. Se passer d'une redéfinition des dispositions du bloc de constitutionnalité et de leur valeur est en effet possible si l'on accorde au Conseil constitutionnel une pleine légitimité pour les interpréter et les appliquer. Quoi qu'il en soit, il semble difficile de développer un tel contrôle sans, à tout le moins, une théorie des libertés publiques, des principes substantiels que le Conseil doit appliquer. Or, le droit des libertés publiques, ne peut être résumé, comme le souligne le professeur Olivier Beaud, à un droit de la *protection* des libertés publiques. Du fait de ces confusions, il manque une « dogmatique des libertés publiques, qui ferait remonter aux grandes questions relatives à la nature juridique des droits (par exemple, droit subjectifs

---

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 849.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 851.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 850.

<sup>278</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas?* », *AJDA*, 2016, p. 1398.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 1399.

ou droits objectifs ?) un peu à la manière de la théorie allemande des droits fondamentaux »<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> BEAUD (O.), « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus Politicum*, n°5, 2010.

## Conclusion

L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ainsi que de la doctrine - pléthorique à cet égard depuis l'apparition de la QPC - par le prisme du phénomène de concrétisation fait naître trois sentiments successifs.

Tout d'abord, l'étonnement prédomine, face au constat de nombreuses manifestations de la concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On tend alors à croire que la tradition objective et abstraite française n'est pas respectée, que le Conseil constitutionnel a parachevé la révolution initiée en 1971, que sa volonté de s'affirmer comme le protecteur suprême des droits fondamentaux a pris le pas sur son respect des équilibres juridico-institutionnels et des textes régissant son contrôle.

Vient ensuite le temps de l'intérêt et de la nuance, la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois étant en France un phénomène complexe, qui nécessite d'effectuer des subdivisions et clarifications. Certains principes, comme le principe d'égalité, nécessitent en effet de prendre en compte de nombreux éléments concrets, et il semble donc qu'un contrôle substantiel de constitutionnalité des lois s'accommode difficilement d'une abstraction absolue. De plus, les liens de concrétisation sont multipliés par l'apparition de la QPC, qui ne fait que complexifier l'étude du contentieux constitutionnel. Cependant, cette complexité conjointe du phénomène de concrétisation du contrôle et de l'office du juge de la constitutionnalité des lois ne saurait faire échec à toute analyse d'ensemble.

Aussi s'impose progressivement un certain scepticisme. La détermination de la nature du contrôle n'est pas indépendante de l'ensemble de la construction du contentieux constitutionnel, qui ne peut lui-même se passer d'une théorie du droit constitutionnel. En somme, dix ans après la révolution de la QPC, il semble que le constat aurait difficilement pu être différent, tant l'hybridité de la jurisprudence constitutionnelle semble indexée sur l'incertitude de ses fondements. Mais alors, le Conseil constitutionnel, en plus de souffrir de ne pouvoir concrétiser son contrôle, s'adonne parfois à un contrôle abstrait lui-même lacunaire.

Il est dès lors permis de douter que l'ensemble formé par les activités juridictionnelles au sein desquelles s'inscrit le contentieux constitutionnel dessine un subtil équilibre protégeant efficacement les justiciables par l'accomplissement d'un contrôle abstrait emprunt, quand cela est nécessaire, d'éléments concrets. Pour que ce scepticisme ne se mue en un pessimisme, il convient de croire en une redéfinition des fondements du contrôle de constitutionnalité, qui seule, sera en mesure de faire en sorte que cet ensemble baroque préserve les intérêts des citoyens avant ceux des justiciables.

Un individu, avant de se saisir de la Constitution, en tant que *justiciable*, à l'occasion d'un litige, n'est-il pas avant tout un *citoyen*, souffrant de voir la Constitution et ses principes violés ?

# Bibliographie

## I. OUVRAGES

BEHRENDT (C.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris, Bruylant, LGDJ, 2006, 537 p.

BURDEAU (G.), *Libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1972, 457 p.

COLOSIMO (J-F.), *Aveuglements : religions, guerres, civilisations*, Paris, Ed. Du cerf, 2018, 541 p.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.), BENZIMRA-HAZAN (J.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, coll. « dictionnaire », Dalloz, 2ème éd., 2010, 751 p.

CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, coll. « Traités », Dalloz, 2012, 805 p.

CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, coll. « Traités », Dalloz, 2012, 825 p.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, coll. « Manuel », LGDJ, 3ème éd., 2015, 416 p.

DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, coll. « Axe Droit », Lamy, 2011, 420 p.

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, coll. « Thémis », PUF, 4ème éd., 2016, 792 p.

FAVOREU (L.), TREMEAU (J.), GAĀA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), PENA (A.), SOFFONI (G.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, coll. « Précis », Dalloz, 7ème éd., 2015, 774 p.

FROMONT (M.) :

- *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, coll. « Connaissance du droit. Droit public », Dalloz, 1996, 140 p.

- *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, 510 p.

GAUCHET (M.) :

- *La démocratie contre elle-même*, Paris, coll. « Tel », Gallimard, 2002, 420 p.

- *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », Gallimard, 1985, 336 p.

HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, coll. « Manuel », LGDJ, 39ème éd., 2018, 900 p.

KANT (E.), *Critique de la raison pure*, Paris, coll. « GF. Philosophie », Flammarion, 2006, 749 p.

KELSEN (H.) :

- *Théorie générale des normes*, Paris, coll. « Léviathan », PUF, 3ème éd., 1996, 616 p.

- *Théorie pure du droit*, 1934, Paris, rééd. Dalloz, 1962, 496 p.

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, 450 p.

MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, coll. « Universités. Droit », Ellipses, 2008, 167 p.

MARCOU (J.), *Justice constitutionnelle et systèmes politiques (Etats-Unis, Europe, France)*, Paris, Coll. « Le politique en Plus », PUG, 1997, 165 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, coll. « Manuel. Droit public », LGDJ, 2002, 808 p.

MAUGUÉ (C), STAHL (J-H), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 3ème éd., 2017, 352 p.

MALAURIE (P.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, Paris, coll. « Droit civil », LGDJ, 6ème éd., 2016, 464 p.

MÜLLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, trad. Jouanjan (O.), Paris, coll. « Léviathan », PUF, 1996, 438 p.

NEMO (P.), *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, coll. « Quadrige », PUF, 2002, 1436 p.

RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris, coll. « Quadrige. Dicos poche », PUF, 2003, 892 p.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », LGDJ, 1980, 564 p.

RIALS (S.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, coll. « Pluriel », Hachette, 1988, 761 p.

ROUSSEAU (J-J.), *La profession de foi du vicaire savoyard*, Paris, coll. « GF », Flammarion, 2010, 224 p.

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, coll. « Domat droit public », LGDJ, 10ème éd., 2013, 592 p.

SCHMITT (C.) :

- *Théologie politique*, Paris, coll. « Bibliothèque des Sciences Humaines », Gallimard, 1988, 204 p.

- *Théorie de la constitution*, Paris, coll. « Léviathan », PUF, 1989, 576 p.

TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle - Essai de critique méthodologique*, Bologne, coll. « Ricerche de diritto comparato », BUP, 2009, 200 p.

## II. THESES

AUNE (A.-Cl.), *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droit des personnes et de la Famille*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 469 p.

BALLOT (E.), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », Mare et Martin, 2014, 554 p.

BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », LGDJ, 2017, 746 p.

HEITZMANN-PATIN (M.), *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Université Paris I - Panthéon Sorbonne, 2017, 510 p.

PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Aix-en-Provence, coll. « Droit public positif », Economica-PUAM, 2001, 442 p.

PEYROUX-SISSOKO (M.-O.), *L'ordre public immatériel en droit public français*, Paris, coll. « bibliothèque constitutionnelle et de science politique », LGDJ, 2018, 598 p.

## III. CONTRIBUTIONS AU SEIN D'OUVRAGES COLLECTIFS

AGUILA (Y.), « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in PHILIPPE (X.), STEFANINI (M.) (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 27.

BIOY (X.), « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux ? », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation*

du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?, Pedone, 2015, pp. 153-175.

FERRAJOLI (L.), « Théorie des droits fondamentaux » in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.), *traité international de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, coll. « Traités », Dalloz, 2012, p. 217.

GAY (L.), « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *la QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, coll. « Colloques et Essais », Institut Universitaire Varenne, 2016, pp. 119-148.

GREWE (C.), « A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement des contentieux et des procédures » in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, PUS, 2001, pp. 255-266.

LAGRAVE (C.), « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans les modèles espagnols, italiens et français », in GAY (L.) (dir.), *la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2014.

LE DIVELLEC (A.), « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle? » in Rousseau (D.), Pasquino (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française?*, Paris, coll. « Néo-Rétro Constitutionnalisme », Mare et Martin, 2018, p. 93.

PFERSMANN (O.), « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes » in CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.), *traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, coll. « Traités », Paris, Dalloz, 2012, p. 483.

PHILONENKO (A.), entrée « Kant Emmanuel », in RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris, coll. « Quadrige. Dicos poche », PUF, 2003, p. 371.

PIERRE-CAPS (S.), « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, coll. « Etudes, mélanges, travaux », Dalloz, 2005, pp. 283-296.

POIRMEUR (Y.), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme? », in DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Etudes juridiques », Economica, 1999, pp. 296-343.

ROBLOT-TROIZIER (A.) :

- « Existe-t-il un intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité? » in TEITGEN-COLLY (C.) (dir.), *l'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, coll. « Grands colloques », LGDJ, 2016, p. 70.

- « Les disparités de filtrage des QPC entre le Conseil d'Etat et la cour de cassation » in BONNET (J.), GAHDOUN (P-Y) (dir.), *la QPC : une révolution inachevée?*, Paris, coll. « Colloques et Essais », Institut universitaire Varenne, 2016, p. 67.

TROPER (M.), « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, coll. « Etudes juridiques », Economica, 1999, pp. 377-380.

VIALA (A.), « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, coll. « Colloques et Essais », Institut Universitaire Varenne, 2016, pp. 105-117.

#### IV. ARTICLES

BADINTER (R.), GENEVOIS (B.), « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux. Rapport présenté par la délégation française à la conférence des Cours constitutionnelles européennes », *RFDA*, 1990, n°3, pp. 317-337.

BARANGER (D.), « Consultation des sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », *JP blog*, 16 février 2017.

BEAUD (O.), « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus Politicum*, n°5, 2010.

BEAUD (O.), WACHSMANN (P.), « Ouverture », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

BÉCHILLON (de) (D), « Le Conseil est-il mou? Le nouveau rôle du Conseil constitutionnel », *Commentaire*, n°2, 2012, pp. 474-480.

BELLOUBET (N.), « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Droit social*, n° 5, 2017.

BONNET (J.), « Les contrôles a priori et a posteriori », in dossier « le conseil constitutionnel : 3 ans de QPC », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°40, 2013, pp. 105-115.

BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.) :

- « La concrétisation des réserves d'interprétation », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°54, 2017.

- « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p.821.

BURDEAU (G.), « Une survivance, la notion de Constitution », *Sirey*, 1956, p. 53.

COSSIC (V.), « Variétés : le recours à l'abstrait et au concret : d'un discours philosophique à une illustration civiliste », *RJO*, 1995, pp. 193-212.

DUBOUT (E.) : « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, pp. 107-134.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'Etat? », *RDLF*, 2018, chron. n°04.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas?* », *AJDA*, 2016, p. 1398.

DWORKIN (R.), « La chaîne du droit », *Droit et Société*, n°1, 1985, pp. 51-79.

FALLON (D.), « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *Communication au Xème congrès de l'AFDC*, Lille, 2017.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait » *in* dossier « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs: quelle(s) tendance(s)? », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013.

FAVOREU (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 557-58.

GAUCHET (M.), « Du bon usage des droits de l'Homme », *Le Débat*, n°153, 2009, p. 163.

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n°2, 2007, pp. 269-295.

GREWE (C.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 143.

JOUANJAN (O.) :

- « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

- « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°2, 2009.

LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), DAUMAS (V.), « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29, 2010, pp. 101-120.

PFERSMANN (O.), « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *LPA*, n°254, 2008, pp. 103-110.

RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », *RDP*, 1984, pp. 587-606.

RIVERO (J.), « A propos de la loi Sécurité et liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau » [note sous la décision du Conseil constitutionnel du 20-21 janvier 1981], *AJDA*, 1981, p. 275.

ROUSSEAU (D.) :

- « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 47-55.
- « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, pp. 5-22.

STONE (A.), « Qu'y a t il de concret dans le contrôle abstrait aux Etats-Unis? » *RFDC*, n°34, 1997, pp.227-250.

VEDEL (G.) :

- « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *cahiers du conseil constitutionnel*, n°2, 1997, pp. 77-91.
- « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme », *Pouvoirs*, n°45, 1988, pp. 149-159.
- Dossier « La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret », *AJJC*, 2013 pp. 11-76.

WACHSMANN (P.), « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostitués », *JP Blog*, 21 février 2019.

ZAGREBELSKY (G.), « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, n°126, 2009, pp. 12-17.

## V. JURISPRUDENCES

### *1. Conseil constitutionnel*

C. const., n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.* p.29.

C. const., n°73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*, *Rec.* p. 25.

C. const., n°81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18.

C. const., n°88-1082 DC, 21 oct. 1988, *Bischoff et Guyomarc'h*, *Rec.* p. 183.

C. const., n°89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 48.

C. const., n°97-2231, 10 juill. 1997, *Boulangier*, Rec. p. 124.

C. const., n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p.107.

C. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206.

C. const., décision n°2018-761 QPC du 1er février 2010, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, JO, 2 février 2019, texte n°104.

C. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, Rec. p. 91.

C. const., n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. Et autres [Garde à vue]*, Rec. p. 179.

C. const., n° 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*, Rec. p. 248.

C. const., n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. Et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, Rec. p. 264.

C. const., n°2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276.

C. const., n° 2010-98 QPC, 4 février 2011, *M. Jacques N. [Mise à la retraite d'office]*, Rec. p. 108.

C. const., n° 2010-107 QPC, 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete [Contrôle de légalité des actes de communes en Polynésie française]*, Rec. p. 151.

C. const. n°2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, Rec. p. 160.

C. const., n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*, Rec. p.194.

C. const., n°2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T. [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé]*, Rec. p. 213.

C. const., n° 2011-157 QPC, 5 août 2011, *société SOMODIA [interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, Rec. p. 430.

C. const., n°2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*, Rec. p. 67.

C. const., n°2011-219 QPC, 13 janvier 2012, *M.Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire]*, *Rec.* p. 78.

C. const., n°2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, *Rec.* p. 274.

C. const., n°2012-4563 DC, 18 oct. 2012, *A.N., Hauts de Seine, 13ème circonscription*, *Rec.* p. 543.

C. const., n°2012-4580/4624 AN, 15 février 2013, *A.N., Français établis hors de France (6ème circ.)*, *Rec.* p. 270.

C. const. n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Egalité entre les sexes]*, *JO*, 11 janvier 2014, p. 571.

C. const., n°2014-4909 SEN, 23 janv. 2015, *Yonne, JO*, 25 janvier 2015, p. 1154.

C. const., n°2015-506 QPC, 4 déc. 2015, *M.Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, *JO*, 6 décembre 2015, p. 22502.

C. const., n°2016-606-607 QPC, 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. Et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]*, *JO*, 26 janvier 2017, texte n°135.

C. const., n°2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, *JO*, 21 mars 2017, texte n°4.

C. const., n°2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, *JO*, 17 mars 2017, texte n°67.

C. const., n°2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, *JO*, 1 juin 2017, texte n°25.

C. const., n°2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. Et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, *JO*, 7 juillet 2018, texte n°107.

## **2. Conseil d'Etat**

C.E., 23 juin 2004, req. n°221115 *Hinard*, *Leb.* p. 580.

C.E., 19 mai 2010, req. n° 331025, *M. Théron*, *Leb.* p. 168.

C.E., Sect., 8 juin 2010, req. n°327062, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques*, *Leb.* p. 882.

C.E., 18 juin 2010, req. n°338344, *Société Canal +*, *Leb.* p. 948.

C.E., Sect., 27 octobre 2010, req. n°342718, *Bourg de Menoire*.

C.E., 19 janv. 2011, req. n°343389, EARL Schimttseppel, *Leb.* p. 761.

C.E., 28 janvier 2011, req. n°338199, *Huchon*, *Leb.* p. 1114.

C.E., 14 septembre 2011, req. n°348394, *M. Michel A.*, *Leb.* p. 441.

C.E., 22 février 2013, req. n°364341, *Torres Moye*.

C.E., Ass., 31 mai 2016, req. n°396848, *Mme Gomez-Turri*, *Leb.* p. 208.

### ***3. Tribunaux administratifs***

T.A., Montpellier, 27 septembre 2010, n° 0903828.

T.A., Cergy-Pontoise, 17 décembre 2010, n°0601300/0613561.

T.A., Montreuil, 25 mai 2011, n°1102553.

T.A., Paris, 20 juillet 2011, n°1103348.

T.A., Marseille, 5 août 2011, n°1003942.

### ***4. Cour de cassation***

Cass. civ., 1ère, 9 nov. 2016, n° 15-24.212.

Cass. crim., 9 mai 2012, n°12-81.242.

Cass. crim., 11 juil. 2012, n°11-88.430.

Cass. crim., 25 juin 2013, n°13-84.149.

## **VI. Textes et rapports**

Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

Warsmann (J-L), rapport sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la Ve République, *Doc. parl., A.N.*, n°892, 2008.

# Table des matières

<b>Sommaire .....</b>	<b>3</b>
<b>Table des abréviations.....</b>	<b>5</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>8</b>
<b>Chapitre 1 .....</b>	<b>23</b>
<b>Une concrétisation mesurée .....</b>	<b>23</b>
<b>Section I. La mise en doute du caractère abstrait .....</b>	<b>24</b>
<b>§ 1. Un contrôle formellement abstrait.....</b>	<b>24</b>
<i>A. Un choix explicite. ....</i>	<i>24</i>
<i>B. Une confirmation doctrinale. ....</i>	<i>26</i>
<b>§ 2. Une abstraction absolue aporétique.....</b>	<b>30</b>
<i>A. La nécessaire prise en compte de certains faits. ....</i>	<i>31</i>
<i>B. Un renouveau de la critique des modèles de justice constitutionnelle.....</i>	<i>33</i>
<b>Section II. La multiplication d'éléments de concrétisation causée par la QPC. ....</b>	<b>37</b>
<b>§ 1. L'émergence de doutes : une analyse essentiellement doctrinale. ....</b>	<b>37</b>
<i>A. Le postulat d'une incompatibilité entre abstraction et contrôle a posteriori. .</i>	<i>37</i>
<i>B. L'identification de « noeuds » d'incompatibilité. ....</i>	<i>40</i>
<b>§ 2. La caractérisation de mécanismes de concrétisation : un constat</b>	
<b>essentiellement empirique. ....</b>	<b>44</b>
<i>A. La concrétisation « en aval ». ....</i>	<i>44</i>
<i>B. La concrétisation « en amont ». ....</i>	<i>51</i>
<b>Chapitre II. ....</b>	<b>59</b>
<b>Une hybridité inéluctable.....</b>	<b>59</b>
<b>Section I. Les raisons de la nécessaire conciliation entre abstraction et</b>	
<b>concrétisation. ....</b>	<b>60</b>
<b>§ 1. Une concrétisation appuyée par la logique transcendentale de protection</b>	
<b>des droits fondamentaux. ....</b>	<b>60</b>
<i>A. Une logique prégnante. ....</i>	<i>60</i>
<i>B. Une logique justifiant le recours à des « normes de concrétisation ». ....</i>	<i>66</i>
<b>§ 2. Les limites à la logique de concrétisation. ....</b>	<b>70</b>
<i>A. Le constat d'un Etat de droit déséquilibré. ....</i>	<i>70</i>
<i>B. La nécessité d'éléments objectifs comme frein à la logique de concrétisation :</i>	
<i>une justification possible du maintien d'un contrôle abstrait. ....</i>	<i>74</i>
<b>Section II. Malaise dans le contrôle de constitutionnalité .....</b>	<b>80</b>
<b>§ 1. Les contradictions inhérentes à la QPC. ....</b>	<b>80</b>
<i>A. Le caractère disruptif de la fundamentalité, une cause possible. ....</i>	<i>80</i>
<i>B. L'incertitude du contrôle, une conséquence certaine. ....</i>	<i>84</i>
<b>§ 2. Un hiatus problématique. ....</b>	<b>88</b>
<i>A. Le prolongement de doutes quant au contrôle du Conseil constitutionnel. ....</i>	<i>88</i>
<i>B. Une redéfinition nécessaire. ....</i>	<i>93</i>
<b>Conclusion.....</b>	<b>99</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>112</b>