



HAL
open science

Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel

Damien Fallon

► **To cite this version:**

Damien Fallon. Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel. *Revue belge de droit constitutionnel*, 2017. hal-03137329

HAL Id: hal-03137329

<https://hal.science/hal-03137329v1>

Submitted on 10 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CONTRÔLE CONCRET DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Revue belge de droit constitutionnel, décembre 2017, n° 1-2, pp. 129-157.

Damien Fallon

Maître de conférence en droit public

Université de Poitiers- Institut de droit public

« *Le concret, c'est de l'abstrait rendu familier par l'usage* »¹

En France, la nature abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité des lois semble aujourd'hui faire l'objet d'un relatif consensus doctrinal. Qu'il s'agisse du contrôle *a priori* ou *a posteriori*, il est admis que le Conseil constitutionnel opère avant tout un contrôle abstrait, de norme à norme. Pour autant, il n'est pas contesté qu'il puisse prendre en compte les conséquences prévisibles aussi bien de la loi soumise à son appréciation, que de ses décisions elles-mêmes. Ce « conséquentialisme »² aurait été accentué par l'entrée en vigueur de la QPC, sans que cela ne remette fondamentalement en cause la nature de son contrôle. Il existerait ainsi des « degrés » de concrétisation³, selon que le juge constitutionnel intègre plus ou moins d'éléments factuels dans son raisonnement, mais la nature même du contrôle de constitutionnalité ne serait pas atteinte⁴.

Cette grille de lecture mérite cependant d'être nuancée. Tout d'abord car il n'y a pas d'accord sur ce que recouvre la notion même de contrôle concret. L'usage du terme est souvent mal défini, parfois flottant, et les différentes définitions qui en sont données ne sont pas forcément exclusives les unes des autres. Par exemple, G. Tusseau utilise le terme de contrôle concret pour désigner à la fois un contrôle initié « à l'occasion de l'application d'une loi », mais également un contrôle qui comporte « des opérations intellectuelles » visant à intégrer des

¹ P. LANGEVIN, cité par R. BLANCHÉ, *L'Axiomatique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1999, p. 104.

² S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, 800 p.

³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », in *Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs: quelle(s) tendance(s)?*, NCCC, janvier 2013, n° 38, en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel ; L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité », A.I.J.C. 2013, p. 55 ; M. CARPENTIER, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », R.I.D.C. 2016, n° 68 ; C. LAGRAVE, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans les modèles espagnol, italien et français », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, L. GAY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 237 ; J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », N.C.C.C., 2013, n° 40, p. 105 ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 42-43.

⁴ E. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », R.D.P. 2013, p. 107 : « tout semble fait par les acteurs juridictionnels pour que la réforme soit essentiellement conçue comme un déplacement temporel du moment du contrôle et non comme une modification structurelle de sa nature ».

éléments d'application de la loi⁵. À l'inverse, le contrôle abstrait est celui « qui se présente en dehors de toute autre question juridique », et qui tranche la question indépendamment de tout cas déterminé d'application de la loi. Or, un contrôle initié à l'occasion de l'application de la loi peut tout à fait s'opérer sans référence au cas d'application, de la même manière qu'une saisine directe du juge constitutionnel en dehors de tout litige peut le conduire à prendre en compte des hypothèses d'application potentielle⁶.

Ensuite, car l'intégration d'éléments factuels dans le raisonnement du juge constitutionnel laisse apparaître bien plus qu'une simple gradation de son contrôle. Le contrôle concret, généralement analysé comme un processus susceptible de degrés⁷, peut également se concevoir comme un mode de contrôle à part entière. À côté d'une vision relativiste du contrôle concret, tendant à le concevoir non comme un mode de contrôle en soi mais plutôt comme un processus plus ou moins affirmé, il est possible d'en défendre une conception essentialiste. Dans cette acception, le contrôle concret apparaît comme une forme particulière du contrôle de constitutionnalité.

Cette conception s'appuie sur l'acceptation par le Conseil constitutionnel du contrôle de la loi en application. Il n'est plus possible d'affirmer aujourd'hui que le Conseil constitutionnel « n'a jamais, dans le cadre de la QPC, censuré une disposition de la loi parce que son application révélait une inconstitutionnalité »⁸. Cette révolution silencieuse marque un tournant supplémentaire dans la place institutionnelle qu'occupe le Conseil constitutionnel et renforce encore un peu plus son rôle de gardien des droits et libertés.

La principale difficulté pour étayer l'affirmation selon laquelle le Conseil constitutionnel opère un contrôle concret de la constitutionnalité des lois, est que la notion de « contrôle concret » n'appartient pas au droit positif. La Constitution ne dit pas que le Conseil constitutionnel opère un contrôle concret, ni même qu'il opère un contrôle abstrait. Il s'agit essentiellement d'une notion forgée et utilisée par la doctrine pour rendre compte de l'état du droit. La nature abstraite ou concrète apparaît ici comme une qualité du contrôle opéré par le juge constitutionnel. Elle découle d'un jugement de valeur porté sur lui. Le contrôle sera jugé comme étant abstrait, ou jugé comme étant concret. Étudier la nature abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité revient donc à étudier non le droit lui-même, mais plutôt les différents discours tenus sur lui.

Sans grande surprise, le constat est celui d'une absence d'unanimité de la doctrine, aussi bien l'usage que sur le sens attachés à l'expression « contrôle concret ». Ce constat n'est pas nouveau. Certains auteurs ont déjà pu relever que « la notion même de contrôle concret n'est pas claire »⁹, ou encore que « rarement notion de droit constitutionnel n'a été aussi imprécise

⁵ G. TUSSEAU, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle, essai de critique méthodologique*, Bononia University press, 2009, pp. 20 et 37.

⁶ Ce que l'auteur admet de lui-même, pp. 37 et s.

⁷ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*

⁸ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 223.

⁹ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*

que celle de contrôle abstrait ou concret »¹⁰. Cela explique sans doute que certains manuels de droit constitutionnel n'en font aucun usage lorsqu'ils rendent compte de la justice constitutionnelle¹¹. De plus en plus de voix s'élèvent d'ailleurs pour dénoncer la faible valeur heuristique de l'opposition contrôle abstrait/contrôle concret¹².

Pourtant, indépendamment de la question de savoir si le contrôle concret est un critère pertinent pour établir une classification ou une modélisation¹³ de la justice constitutionnelle¹⁴, il n'en demeure pas moins qu'il est susceptible de contribuer à la compréhension du contrôle de constitutionnalité. Cette valeur compréhensive de la notion de contrôle concret implique que soient levées les ambiguïtés persistantes sur sa signification¹⁵.

L'étude des différents usages doctrinaux permet de dégager trois grandes acceptions du contrôle concret, indépendamment des divergences théoriques entre les auteurs considérés. Le contrôle peut être qualifié de concret soit en raison de son origine, soit en raison de ses finalités, soit enfin en raison de ses modalités.

En un premier sens, le contrôle de constitutionnalité peut être qualifié de concret en raison de son origine. Le contrôle concret est celui qui s'exerce « à l'occasion de "cas concrets" et de "litiges" particuliers »¹⁶. Il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité qui trouve sa source dans ce que la Constitution américaine appelle un « *case or controversies* »¹⁷, c'est-à-dire l'exigence pour les requérants de former un procès distinct du procès constitutionnel lui-même. En Europe, cette conception trouve un écho marqué en Allemagne, où l'ensemble des questions de constitutionnalité transmises à la Cour constitutionnelle fédérale à l'occasion d'un litige en cours forme le *konkrete Normenkontrolle*¹⁸, par opposition à l'*abstrakte Normenkontrolle*, qui ne désigne que les rares saisines politiques déconnectées de tout litiges¹⁹. Cette première conception est la plus largement répandue au sein de la doctrine.

¹⁰ M. CARPENTIER, *op. cit.*

¹¹ Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 28^{ème} éd., 2016, 608 p. ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 32^{ème} éd., 2015, 636 p. ; D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2007, 846 p. ; M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2015, 622 p.

¹² G. TUSSEAU, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle*, précité ; M. CARPENTIER, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », précité ; C. ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politéia* 2014, n° 26, p. 154 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 140 p.

¹³ Sur la distinction entre classification et modélisation, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 326 et s.

¹⁴ V. par exemple C. ROYNIER, qui explique que les « modèles » de justice constitutionnelle sont contestés en tant que « modèle » et en tant que « classification » : « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *op. cit.*, p. 161.

¹⁵ Pour une tentative de systématisation, v. par exemple : L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité », *A.I.J.C.* 2013, p. 55, qui distingue une conception procédurale et une conception tenant au mode de raisonnement du juge.

¹⁶ L. FAVOREU et a., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 17^{ème} éd., 2015, p. 246.

¹⁷ Condition posée par l'art. III, Sect. 2, al. 1 de la Constitution américaine.

¹⁸ Art. 100 C de la loi fondamentale.

¹⁹ V. également l'article 81 de la Constitution du canton suisse de Saint-Gall : « Contrôle concret des normes - Les autorités juridictionnelles contrôlent la conformité des dispositions des lois et des ordonnances au droit supérieur à l'occasion de leur application dans un cas concret ».

Le dictionnaire constitutionnel d'O. Duhamel et Y. Mény mentionne par exemple que le contrôle concret est celui qui « se pose à l'occasion d'un procès dont un juge est saisi »²⁰. De nombreux manuels de droit constitutionnel renvoient à cette première définition. Entre autres, A.-M. Le Pourhiet affirme que le contrôle abstrait est un contrôle « qui porte sur le contenu de la loi indépendamment d'un cas d'application de celle-ci »²¹. À l'inverse, le contrôle concret est celui qui s'exerce à l'occasion d'un litige « dans lequel l'une des parties soulève l'exception d'inconstitutionnalité ». O. Gohin soutient qu'il y a « contrôle concret lorsque le contrôle juridictionnel trouve à s'exercer à l'occasion d'un litige particulier en cours, également dénommé cas ou affaire »²². D. Chagnollaud relève que « le contrôle concret est celui dans lequel la question de constitutionnalité est « posée à propos d'un litige »²³. V. Constantinesco et S. Pierré-Caps estiment pour leur part que le contrôle abstrait est celui qui s'exerce « en dehors de tout litige concret »²⁴, ce qui revient à considérer que le contrôle concret est celui opéré à l'occasion d'un litige. M.-A. Cohendet affirme quant à elle que le contrôle abstrait est celui « qui est exercé directement contre la loi parce que l'on estime qu'elle est inconstitutionnelle, en dehors d'un procès relatif à un problème concret posé par son application »²⁵. Les pages de doctrine sont ainsi pleines de références à cette conception originaire du contrôle concret. O. Pfersmann a pu parler de contrôle concret pour désigner toute procédure de contrôle déclenchée à l'occasion d'un litige²⁶, de la même manière que L. Favoreu et W. Mastor utilisent le terme contrôle concret pour tout recours soulevé « au cours d'une instance »²⁷. Les exemples pourraient être multipliés.

La difficulté de cette première définition est qu'il est difficile de voir la valeur ajoutée de la qualification de contrôle concret par rapport à celle de contrôle incident²⁸. Certains auteurs tiennent d'ailleurs expressément les deux expressions pour synonymes. C'est le cas de C. Grewe et H. Ruiz-Fabri qui ont pu écrire que le contrôle initié à l'occasion d'un litige était qualifié « d'incident ou de concret »²⁹.

Puisque le contrôle concret est celui qui se noue à l'occasion d'un litige, celui au cours duquel « la loi n'est blessée que par hasard » pour reprendre les mots de Tocqueville, il ne se dissocie pas du contrôle par voie d'exception, dont on sait en outre qu'il peut prendre deux formes distinctes : l'exception d'inconstitutionnalité ou la question préjudicielle de constitutionnalité. O. Pfersmann, par exemple, lorsqu'il parle de contrôle concret, distingue bien le renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité, qui peut revêtir une dimension subjective mais qui reste généralement une prérogative du juge du fond, et l'exception d'inconstitutionnalité entre les

²⁰ O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1992, p. 227.

²¹ A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 7^{ème} éd., 2016, p. 156.

²² O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Paris, Lexis-nexis, 2^{ème} éd. 2013, p. 1114.

²³ D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd. 2015, t1, p. 71.

²⁴ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2013, p. 211.

²⁵ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd. 2011, p. 115.

²⁶ En opérant une gradation entre les types de contrôles concrets selon l'autorité à l'origine du recours et les effets de celui-ci : O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *Petites Affiches*, 2008, n° 254, p. 103.

²⁷ L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p. 92.

²⁸ M. CARPENTIER, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », précité.

²⁹ C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 82.

maines d'une partie à un litige³⁰. Contrôle concret et contrôle par voie d'exception sont envisagés comme deux expressions sémantiquement substituables. La dimension explicative de la notion de contrôle concret paraît alors relativement faible : elle n'apporte aucune précision conceptuelle par rapport à celle de contrôle par voie d'exception. Au mieux, les deux expressions sont synonymes. Au pire, la notion de contrôle concret vient brouiller le couple conceptuel contrôle par voie d'action/contrôle par voie d'exception, puisqu'il est tout à fait possible d'imaginer qu'un contrôle par voie d'action s'analyse en soi comme un « litige »³¹. Dans cette hypothèse, tout contrôle serait nécessairement concret, quelle que soit son origine – par voie d'action ou par voie d'exception.

En un second sens, le contrôle de constitutionnalité peut être dit « concret » non en raison de son origine mais plutôt de sa finalité. Le contrôle concret est celui qui aurait pour but de déterminer l'issue d'un litige, contrairement au contrôle abstrait qui se bornerait à déterminer la conformité de la loi à la Constitution. Cette conception finaliste est assez marquée dans la doctrine italienne, où la nature concrète du contrôle dépend avant tout de la condition de « *rilevanza* »³², c'est-à-dire son influence sur le juge qui aura à trancher le litige³³. Cela signifie que le litige devant le juge ordinaire ne peut être résolu indépendamment de la solution à apporter à la question de constitutionnalité.

Une telle vision du contrôle concret trouve également un écho au sein de la doctrine française.

C'est ce qui ressort implicitement d'une affirmation telle que « si le juge considère la loi en elle-même, indépendamment de tout litige particulier, on dit qu'il se livre à un "contrôle abstrait" »³⁴. Le contrôle abstrait apparaît comme le moyen de garantir objectivement le caractère obligatoire de la Constitution, donc sa place au fondement de l'ordre juridique. La question de constitutionnalité se détache ici du litige pour ne concerner qu'un « rapport de norme à norme »³⁵. Le contrôle abstrait supposerait ainsi « un contentieux de nature objective, le seul rapport qui se joue [étant] le pur rapport de constitutionnalité entre la norme subordonnée et la Constitution »³⁶.

À ce titre, C. Grewe et H. Ruiz-Fabri soulignent que le contrôle abstrait désigne la « conformité générale de la norme à la Constitution », ce qui en fait un contentieux « principalement objectif »³⁷. De même, H. Portelli considère que le contrôle abstrait est celui

³⁰ O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *op. cit.*

³¹ Le Conseil constitutionnel qualifie d'ailleurs les députés et sénateurs de « requérants », au titre de la saisine *a priori*. À cet égard, le Professeur D. ROUSSEAU a montré qu'il existait un véritable « procès constitutionnel », bien avant l'avènement de la QPC : « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 47-48.

³² Cette condition découle de l'article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953, *Organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle*, au JO n° 62, 14 mars 1953.

³³ P. PASSAGLIA, « La distinction entre contrôle concret et contrôle abstrait en Italie », A.I.J.C. 2013, p. 61 ; L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Naples, Jovene, 2012. Cette condition se conjugue avec celle de la *non manifesta infondatezza*, qui renvoie au caractère non manifestement infondé de la question de constitutionnalité.

³⁴ F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^{ème} éd., 2007, p. 70.

³⁵ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement », *op. cit.*, p. 224.

³⁶ *Idem.*

³⁷ C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 80.

qui porte « sur la compatibilité formelle et matérielle d'une norme avec la norme supérieure », alors que le contrôle concret est celui « consécutif à une question préjudicielle d'un tribunal à l'occasion d'un litige »³⁸. J. et J.-E. Gicquel soutiennent pour leur part que « le contentieux objectif et abstrait se ramène à un procès fait à la loi en tant que norme par des autorités politiques »³⁹. Il existerait alors un contrôle objectif et abstrait, en opposition à un contrôle subjectif et concret qui permet au citoyen de faire valoir la défense de son droit dans un litige individuel. J. Boudon relève également que « dans le contrôle abstrait et par voie d'action, le procès ne porte que sur la conformité d'une norme à la Constitution [...] et il est débarrassé de tout élément subjectif puisqu'il n'y a pas de partie »⁴⁰. Le contrôle concret est assimilé à un contrôle subjectif.

Pour autant, il n'est pas certain que les dimensions subjective et concrète ou objective et abstraite puissent être confondues. Cela reviendrait en effet à réduire la nature du contrôle à sa seule fonction. Or, la dimension fonctionnelle d'une notion ne donne aucune indication sur ce qu'elle est en elle-même⁴¹. Le fait que le juge ou la doctrine utilisent le terme de « contrôle concret » ne permet que d'en forger une théorie des usages, non d'en déterminer la nature. À ce propos, M.-A. Cohendet précise par exemple que si l'assimilation des dimensions objective et abstraite, et subjective et concrète « n'est pas dénuée de tout fondement, elle ne saurait être admise telle quelle sans être relativisée sauf à considérer qu'il y aurait une séparation étanche entre d'un côté les intérêts particuliers de titulaires de droits subjectifs et de l'autre, l'intérêt de l'État, objectif, et ne pouvant être défendu que par les organes qu'il a instaurés »⁴².

C'est pourquoi J. Pini distingue clairement les aspects objectifs et abstraits du contrôle de constitutionnalité⁴³. La dimension abstraite ou concrète concerne la prise en compte d'éléments factuels dans l'opération de contrôle, là où la distinction entre objectif et subjectif porte sur la nature du contentieux, qui vise soit à défendre un droit subjectif, soit à assurer en soi le respect de la norme constitutionnelle. Il en va de même de M. Fromont, qui définit l'aspect subjectif du contrôle comme celui qui porte sur la situation concrète d'une personne, et le caractère abstrait comme celui qui se rapporte uniquement à des conflits de normes ou d'organes de l'État⁴⁴. Il constate qu'une procédure peut être à la fois subjective et abstraite (s'il convient de protéger un droit subjectif en mettant en cause la loi elle-même), ou objective et concrète (si la question de constitutionnalité est tranchée en référence à un cas concret). Pour sa part, G. Drago confirme qu'il convient bien « de distinguer la dualité contrôle abstrait et contrôle concret de celle des contentieux objectif et subjectif »⁴⁵. En s'appuyant sur la thèse de J. Pini, il relève que la distinction relative à l'abstrait et au concret se fonde sur « l'exercice

³⁸ H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd. 2015, p. 32 .

³⁹ J. et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 29^{ème} éd. 2015, p. 232.

⁴⁰ J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel*, t. 1, *Théorie générale – Histoire Régimes politiques*, Paris, PUF, 2015, p. 120.

⁴¹ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », R.F.D.A. 2009, n° 4, p. 641.

⁴² M.-A. COHENDET, *op. cit.*

⁴³ J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse Aix-Marseille III, dact., 1997, p. 329.

⁴⁴ M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 41 et s.

⁴⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, 2016, 8^{ème} éd., p. 42.

du contrôle », là où la distinction objectif/subjectif s'appuie sur les conséquences « du caractère des normes de référence et de la question posée au juge constitutionnel »⁴⁶.

Enfin, dans un troisième sens, le contrôle peut être qualifié de concret en raison de ses modalités. Le contrôle concret est celui par lequel le juge intègre un certain nombre d'éléments factuels au sein de son raisonnement. Il ne s'agit plus simplement de vérifier la constitutionnalité de la loi en elle-même mais de vérifier si l'atteinte portée aux dispositions constitutionnelles peut être justifiée au regard de circonstances de fait. Pour reprendre les propos de M. Verdussen, il s'agit de contrôler « la norme en situation »⁴⁷.

L'irruption des faits sur la scène constitutionnelle connaît schématiquement trois modalités différentes. Le juge constitutionnel peut prendre en compte la loi telle qu'applicable, la loi telle qu'interprétée, ou la loi telle qu'appliquée.

La prise en compte de la loi applicable c'est essentiellement l'intégration de ses conséquences prévisibles. En France, ce mode de raisonnement se retrouve surtout au titre du contrôle *a priori* où, par définition même, la loi n'a jamais trouvé à s'appliquer. Il est à noter que l'intervention de la QPC a quelque peu modifié l'office du juge constitutionnel puisque ce dernier est désormais juge du changement des circonstances de faits.

La prise en compte de la loi interprétée, c'est l'acceptation par le juge constitutionnel de la confrontation d'une interprétation authentique de la loi à la Constitution. Il n'est plus simplement le juge de la constitutionnalité de sa propre interprétation de la loi. Il devient également juge des interprétations qui en sont faites par les juridictions de renvoi. Ici, l'intégration d'éléments factuels ne se fait pas directement par le juge constitutionnel, mais indirectement par leur intégration par les juges du fond⁴⁸.

Enfin, la prise en compte de la loi appliquée, c'est l'hypothèse dans laquelle l'inconstitutionnalité sera déduite de son application à un cas d'espèce. Ce qui sera sanctionné ici ne sera pas tant la loi en elle-même, mais plutôt l'application inconstitutionnelle qui en pourra en être faite. Cela signifie qu'une loi pourra s'avérer objectivement constitutionnelle, mais subjectivement inconstitutionnelle.

Une telle hypothèse marque l'irruption pleine et entière du Conseil constitutionnel sur la scène juridictionnelle. En acceptant de reconnaître l'application inconstitutionnelle de la loi, le Conseil constitutionnel est en effet susceptible de bouleverser l'équilibre établi jusqu'alors entre les juges, en entrant directement en concurrence avec le contrôle de conventionnalité.

Ces différentes modalités illustrent une certaine gradation dans la concrétisation du contrôle (I), mais une gradation qui aboutit *in fine* à un changement de sa nature (II).

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », A.I.J.C., 2013, vol. XXIX, p. 20.

⁴⁸ Indépendamment du fait que poser une interprétation est en soi un élément d'ordre factuel.

I/ L'ÉTABLISSEMENT D'UNE CONCRÉTISATION PAR DEGRÉS

L'intégration d'éléments factuels dans le raisonnement du juge constitutionnel donne prise à une gradation de sa concrétisation. Ici, le contrôle concret n'apparaît pas comme un ensemble monolithique. Ce n'est pas un type de contrôle homogène. Le contrôle concret est en réalité une déclinaison en plusieurs formes du contrôle abstrait. Le Conseil constitutionnel juge l'inconstitutionnalité de la loi en elle-même, mais justifie cette inconstitutionnalité par des arguments autres que le simple texte législatif. Dit autrement, la détermination de la norme législative s'appuiera également sur des arguments d'ordre factuel. Le juge constitutionnel peut prendre en compte aussi bien le contexte d'application de la loi soumise à son examen (A), que l'interprétation qui peut en être faite (B).

A) *Le contrôle de la loi applicable*

Dans son contrôle de la constitutionnalité de la loi, le juge constitutionnel est susceptible de connaître deux ensembles de faits, correspondant en substance à la distinction opérée par la doctrine américaine entre *adjudicative facts* (les faits de l'espèce) et *legislative facts* (le contexte factuel d'élaboration de la loi)⁴⁹.

En l'absence de toute application concrète, les faits de l'espèce ne peuvent être qu'hypothétiques. Il s'agit de prévoir des situations prévisibles d'application de la loi pour juger de sa constitutionnalité (1). En revanche, le contexte général au sein duquel s'inscrit la loi est bien réel. Il s'agit à la fois, en amont, du contexte d'élaboration et en aval, du contexte d'application, étant entendu que cette dernière hypothèse ne vaut que dans le cadre de la QPC (2).

1) – La prise en compte des faits prévisibles

La prise en compte de faits prévisibles dans le contrôle de constitutionnalité de la loi peut s'opérer soit de manière positive soit de manière négative.

De manière positive, il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'envisager des situations concrètes d'application de la loi. La constitutionnalité de la loi ne sera pas jugée à la lumière des « effets produits par l'application d'une règle de droit »⁵⁰, mais au regard de ses effets potentiels. De manière négative, il s'agit pour le Conseil d'envisager les conséquences prévisibles d'une absence de loi. C'est l'hypothèse de la modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel.

Malgré la réticence de façade du Conseil constitutionnel, qui a pu rappeler au titre du contrôle *a priori* que « la seule éventualité d'abus contraires à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci »⁵¹, la prise en compte

⁴⁹ Cette distinction est due à K. CULP DAVIS, in *Administrative Law Text*, New-York, West Pub Co., 1972, Sect. 7, 03. Cf. J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001, p. 360.

⁵⁰ M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, 2001, p. 173.

⁵¹ CC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, n° 83-162 DC, cons. 85.

des conséquences prévisibles de la loi n'est pas aussi rare qu'il veut bien l'admettre. Qu'il suffise de penser à la décision *Liberté d'Association* du 16 juillet 1971. La lecture des délibérations montre en effet que les débats se sont noués autour des effets potentiels de la loi : pouvait-elle s'analyser ou non comme la mise en place concrète d'un contrôle préventif des associations ? J. Rivero a, par exemple, souligné que ce n'était pas tant la loi en elle-même qui inspirait une quelconque inquiétude « mais plutôt l'usage qui pouvait en être fait »⁵².

Un exemple topique de ce mode de raisonnement peut être donné avec la décision *Sécurité et liberté* du 20 janvier 1981. Dans cette décision, le Conseil était saisi de dispositions permettant à la partie civile de se constituer pour la première fois en appel ou d'introduire des demandes nouvelles en cause d'appel. Pour les auteurs de la saisine, ces dispositions portaient atteinte au double degré de juridiction. Sans se prononcer sur la valeur constitutionnelle de ce principe, le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions en cause étaient génératrices « d'inégalités devant la justice, puisque, *selon l'attitude de la personne qui demande réparation*, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils » (cons. 70)⁵³. Ici, les dispositions contestées ne sont pas inconstitutionnelles en elles-mêmes, puisqu'elles ne créent pas objectivement de discrimination : toute personne lésée dispose des mêmes droits au regard du régime de la partie civile. C'est le comportement supposé des requérants qui introduit en pratique une rupture d'égalité, selon qu'ils se sont constitués en première instance ou en cause d'appel. Partant, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles.

Le principe d'égalité apparaît ainsi comme un terreau particulièrement fertile pour ce mode de raisonnement. De nombreuses saisines invitent en effet le Conseil constitutionnel à se prononcer sur une rupture du principe d'égalité de la loi en raison de son application potentielle⁵⁴.

L'entrée en vigueur de la QPC a confirmé l'intuition selon laquelle « les solutions dégagées dans le cadre du contrôle *a priori* vont irriguer et, par conséquent, "sécuriser" ou baliser celles à venir dans le cadre du nouveau contrôle *a posteriori* »⁵⁵. Plusieurs saisines ont en effet conduit le juge constitutionnel à prendre parti sur une éventuelle rupture du principe d'égalité en raison de l'application potentielle de la loi. Par exemple, dans la décision n° 2012-233 QPC⁵⁶, Mme Marine Le Pen contestait les dispositions de la loi du 6 novembre 1962 relatives à la publication des présentations de candidats à l'élection présidentielle, dans la limite de 500 présentations par candidat. L'un des arguments à l'appui de la saisine était tiré d'une atteinte au principe d'égalité devant le suffrage, au motif qu'un citoyen qui a parrainé un candidat ayant reçu un nombre élevé de présentations aura moins de chance de voir son nom publié

⁵² J. RIVERO, « La garantie par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de la Constitution », A.J.D.A. 1971, p. 537.

⁵³ Nous soulignons.

⁵⁴ Par exemple : CC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, n° 2009-589 DC.

⁵⁵ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », N.C.C.C., 2010, n° 29, disponible en ligne.

⁵⁶ CC, 22 février 2012, *Mme Marine LE PEN*, n° 2012-233 QPC.

qu'un candidat qui a parrainé un candidat ayant obtenu juste les 500 signatures requises. Le Conseil constitutionnel a ici rejeté l'argument au motif qu'en tout état de cause les présentations de candidats « ne saurait être assimilée à l'expression d'un suffrage » (cons. 7).

À côté des hypothèses dans lesquelles le Conseil prend en compte des situations potentielles d'application de la loi, il peut également prendre en compte des situations potentielles d'absence de loi. C'est ce qui l'a amené à préciser son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions d'abrogation⁵⁷, pouvoir qu'il tire désormais de l'article 62 de la Constitution.

Au fil de sa jurisprudence, le Conseil accepte de reporter les effets de l'abrogation d'une disposition jugée inconstitutionnelle : soit lorsqu'une abrogation immédiate aurait « des conséquences manifestement excessives » ; soit lorsqu'il considère qu'il appartient au Parlement « de remédier à l'inconstitutionnalité constatée » ; soit encore lorsqu'une abrogation immédiate ne permet pas, à elle seule, de couvrir le constat d'inconstitutionnalité. Par exemple, dans sa toute première décision QPC, le Conseil relève que l'abrogation des dispositions contestées aurait pour effet de « placer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur »⁵⁸ des dispositions déclarées inconstitutionnelles. L'abrogation, même immédiate, ne suffit pas à purger l'inconstitutionnalité du régime des pensions.

Quelle que soit la justification apportée par le Conseil constitutionnel, la faculté de reporter les effets dans le temps marque la prise en compte d'éléments factuels dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Ce sont les conséquences prévisibles de l'absence de loi qui sont sanctionnées. En outre, pour préserver l'effet utile de sa décision, le Conseil constitutionnel a mis en œuvre plusieurs techniques. Il a pu enjoindre les juridictions de surseoir à statuer « dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »⁵⁹. Il a également pu fixer lui-même les règles applicables dans l'intervalle⁶⁰. Mais l'innovation la plus remarquable est la création de « réserves transitoires », visant à purger la loi de son inconstitutionnalité le temps que l'abrogation produise définitivement ses effets. Chacune de ces options reste toutefois d'usage assez restreint, la règle étant qu'en l'absence de mention contraire, la loi continue de s'appliquer jusqu'à la date de son abrogation effective.

⁵⁷ Pouvoir qu'il s'est reconnu depuis 2008 : CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC, cons. 58.

⁵⁸ CC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, n° 2010-1 QPC ; A.J.D.A. 2010, p. 1051 ; *Idem*, p. 1606, note O. DORD ; D. 2010, p. 1354, obs. S. LAVRIC ; *Idem*, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; *Idem*, 2011, p. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; R.F.D.A. 2010, p. 717, note D. KATZ ; RDSS 2010, p. 1061, étude L. GAY ; Constitutions 2010, p. 390, obs. A. LEVADE ; *Idem*, p. 441, obs. S. SLAMA ; RTD civ. 2010, p. 517, obs. P. PUIG.

⁵⁹ CC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, n° 2010-1 QPC, précité.

⁶⁰ CC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, n° 2010-10 QPC. V. également : CC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.*, n° 2014-457 QPC ; A.J.D.A. 2015, p. 1322, note E. FOUASSIER et H. VAN DEN BRINK ; Constitutions 2015, 259, chron. O. LE BOT.

2) – La prise en compte des faits constatables

Le Conseil constitutionnel intègre dans son contrôle l'environnement législatif au sein duquel s'inscrit la loi soumise à son examen. Cette prise en compte se fait aussi bien en amont qu'en aval.

En amont tout d'abord, le Conseil constitutionnel peut contrôler les motifs de fait sur lesquels s'est fondé le législateur. Comme l'a souligné J.-J. Pardini, cette hypothèse n'est pas fréquente⁶¹. Il en effet relativement rare que le Conseil constitutionnel contrôle la réalité de la situation sur laquelle s'est fondé le législateur. L'exemple emblématique est celui de la censure de la « taxe carbone »⁶². Le législateur s'est appuyé sur la réalité des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, hors carburant, pour juger que l'exonération de la taxe pour 93% d'entre-elles constituait une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (cons. 82).

La rareté apparente du contrôle des motifs de fait est néanmoins contrebalancée par le fait que le Conseil constitutionnel s'appuie largement sur la volonté du législateur dans le cadre de l'instruction de ses décisions. La volonté du législateur est bien un élément de fait, qui est mobilisé systématiquement en matière de contrôle du principe d'égalité. Toute différence de traitement doit en effet être justifiée soit par une différence de situation, soit par un motif d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas elle soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. Il revient donc au Conseil constitutionnel d'apprécier la réalité de la différence de situation ou du motif d'intérêt général allégué, ainsi que de vérifier la réalité de l'objectif poursuivi par le législateur.

Par exemple, dans la décision n° 2013-666 DC sur la mise en place du bonus-malus énergie⁶³, le Conseil constitutionnel a recherché la réalité de l'objectif poursuivi par le législateur qui était d'inciter chaque consommateur à réduire sa consommation d'énergies de réseau (cons. 82). Au regard de cet objectif, il a considéré qu'en réservant ce mécanisme aux seules consommations domestiques, à l'exclusion des professionnels, la loi méconnaissait le principe d'égalité devant les charges publiques. En outre, dans la même décision, il a vérifié la réalité de l'existence de compteurs individuels de chauffage dans les immeubles collectifs, afin de pouvoir répartir le bonus-malus au prorata de la consommation de chaque particulier. L'absence concrète de tels compteurs qui concerne « près de 90 % des logements situés dans des immeubles collectifs équipés de chauffage collectif, soit plus de 4 millions de logements », a conduit le législateur à censurer l'instauration du bonus-malus comme contraire à l'objectif poursuivi.

En aval ensuite, le Conseil constitutionnel peut être amené à contrôler le contexte d'application de la loi. Il s'agit ici de prendre en compte les évolutions de la société. Cela correspond à la philosophie de la Cour européenne des droits de l'homme qui rappelle que

⁶¹ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 229.

⁶² CC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, n° 2009-599 DC.

⁶³ CC, 11 avril 2013, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, n° 2013-666 DC.

l'interprétation des dispositions de la Convention est évolutive et doit se faire à la lumière des conditions de vie actuelles. Au sein de la jurisprudence constitutionnelle, c'est l'hypothèse du changement des circonstances de fait.

Le changement des circonstances de fait est un « trait d'union entre l'évolution du fait social et la Constitution »⁶⁴. Comme précisé par le Conseil lui-même dans sa décision n° 2009-595 DC⁶⁵, cette notion doit s'entendre comme les circonstances « qui affectent la portée de la disposition législative critiquée » (cons. 13). Il ne s'agit pas de la prise en compte des faits individuels propres à l'espèce, mais plus largement d'éléments tenant à l'évolution de la société dans son ensemble.

Comme le relève M. Disant, « il ne s'agit pas de prendre en considération les circonstances individuelles ou propres à l'instance, pas plus que les modalités d'application de la loi, lesquelles ne peuvent à elles seules caractériser un tel changement. Il s'agit de tenir compte d'une évolution du contexte socio-économique susceptible de mettre fin à la validité de la loi »⁶⁶.

Si cette reconnaissance reste rare dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶⁷, elle soulève toutefois la question de la place des faits dans le jugement de validité de la loi. En effet, seule une norme est *a priori* susceptible de mettre fin à la validité d'une autre norme. Si la loi est abrogée, ce n'est que parce qu'une tierce norme, d'un niveau hiérarchique au moins équivalent, met fin à son existence juridique. De même, si un acte juridique devient caduc, c'est parce qu'il perd l'un de ses éléments de validité. Dans cette hypothèse, l'invalidité se fonde sur l'acte lui-même. Il n'est donc pas exact de soutenir que c'est le contexte socio-économique qui est susceptible de mettre fin en lui-même à la validité de la loi. La validité se perd par jugement du Conseil constitutionnel, jugement qui se fonde sur des éléments autres que les normes législative et constitutionnelle. C'est donc bien un cas de concrétisation du contrôle de constitutionnalité.

B) Le contrôle de la loi interprétée

Lorsque le Conseil constitutionnel contrôle la loi telle qu'interprétée, il perd en partie la maîtrise de l'interprétation de la loi, puisqu'il sera tenu par la signification qui en est posée par les juridictions de renvoi. Il se fera interprète des interprétations. Là encore ce contrôle connaît deux modalités différentes, selon que le Conseil juge une interprétation passée (1) ou à venir (2) de la loi qui lui est soumise.

⁶⁴ A. VLACHOGIANNIS, « Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », Juspoliticum n° 11, *Mutations du droit public*, décembre 2013, disponible en ligne.

⁶⁵ CC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC.

⁶⁶ M. DISANT, « L'appréhension du temps par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À propos du changement de circonstances », N.C.C.C., 2017, n° 54, p. 314.

⁶⁷ Pour l'heure, seule la célèbre décision n° 2010-14/22 sur le régime de la garde à vue se fonde expressément sur un changement des circonstances de faits pour justifier la compétence du Conseil.

1) - Le contrôle des interprétations authentiques

Depuis sa décision n° 2010-39 QPC, le Conseil constitutionnel accepte de contrôler « la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante » a conféré à une disposition législative⁶⁸. Il s'agit ici du sens et de la portée conférée à la loi par la jurisprudence, et non l'application concrète de celle-ci par les pouvoirs publics.

Cette prise en compte de l'interprétation de la loi, souvent qualifiée de manière un peu abusive de « droit vivant », revient à faire des juridictions suprêmes de chaque ordre juridictionnel les premiers gardiens de la Constitution.

Ici, le Conseil constitutionnel juge la constitutionnalité de la loi à travers les effets qu'elle a effectivement produit sur la situation des particuliers. D'ailleurs, un changement d'interprétation est susceptible de constituer un changement de circonstances justifiant le réexamen de la loi par le Conseil constitutionnel⁶⁹. L'interprétation par le Conseil constitutionnel des interprétations opérées par les juridictions de renvoi est donc bien la marque d'une concrétisation de son contrôle.

Par exemple, dans sa décision n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017⁷⁰, c'est de l'interprétation constante du Conseil d'État sur le régime de la contribution sociale généralisée sur les revenus du patrimoine, que le Conseil constitutionnel a déduit une différence de traitement entre les individus soumis à un régime de sécurité sociale d'un État membre de l'Union et ceux qui sont soumis à un régime de sécurité sociale d'un État tiers. C'est bien de l'application de la loi, telle qu'interprétée par le Conseil d'État, que s'établit la différence de traitement. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a jugé que la discrimination était justifiée par une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi.

L'interprétation des juridictions de renvoi se substitue alors à l'interprétation du Conseil constitutionnel. La signification de la disposition législative est fixée par les juridictions administratives et judiciaires. Cette signification vaut loi. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante du Conseil d'État a pu être visée pour pallier l'absence de définition des manquements par les maires à leurs obligations⁷¹.

De manière assez remarquable, cette substitution peut même aller jusqu'à admettre un grief tiré de l'incompétence négative du législateur. Cela revient à confirmer les théories qui tendent à faire du juge le véritable législateur. Ce ne sont pas tant les insuffisances du texte voté par le Parlement qui sont sanctionnées mais celles qui ressortent de l'interprétation qui est *in fine* posée par les juridictions.

Par exemple, dans la décision n° 2016-579 QPC⁷², le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions législatives permettant à la Caisse des dépôts de conclure des accords collectifs.

⁶⁸ CC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, n° 2010-39 QPC.

⁶⁹ CC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A.*, n° 2011-120 QPC.

⁷⁰ CC, 9 mars 2017, *Époux V.*, n° 2016-615 QPC.

⁷¹ CC, 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.*, n° 2011-210 QPC, cons. 5.

⁷² CC, 5 octobre 2016, *Caisse des dépôts et consignations*, n° 2016-579 QPC.

Par un arrêt du 8 juillet 2015⁷³, à l'origine de la QPC, la Cour de cassation a jugé que ces dispositions permettaient à la Caisse des dépôts de conclure des accords collectifs *dérogatoires* aux règles du Code du travail. Bien que le caractère de « constance » de la jurisprudence puisse être discuté⁷⁴, le Conseil constitutionnel en a déduit une incompétence négative du législateur affectant en elle-même les principes fondamentaux du droit du travail garantis par l'alinéa 8 du Préambule de 1946. Il a suivi ici l'argumentation de la Caisse des dépôts dans l'arrêt de renvoi, qui soutenait que les dispositions en cause sont interprétées comme dérogatoires « aux dispositions légales relatives à la détermination de la représentativité syndicale, *sans préciser la nature et les conditions des dérogations susceptibles d'être apportées* à ces règles légales, ni poser la moindre règle de nature à garantir la légitimité et l'aptitude des syndicats susceptibles d'être considérés représentatifs en vertu de ce dispositif dérogatoire à représenter et à engager l'ensemble des travailleurs de la Caisse des dépôts et consignations »⁷⁵. Cette absence de précision a conduit à la censure des dispositions contestées.

2) - La prise en compte des interprétations possibles

Il s'agit ici d'une hypothèse classique du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel va envisager les interprétations potentielles de la loi par les juridictions du fond, pour neutraliser celles qui seraient inconstitutionnelles. Comme le remarque A. Viala, la création des réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle a fait naître une nouvelle catégorie de décisions permettant de contourner la sèche alternative juridictionnelle de conformité ou non conformité⁷⁶.

Depuis leur première apparition dès 1959⁷⁷, le Conseil constitutionnel n'a eu de cesse d'en perfectionner le recours. Qu'elles soient « directives », « constructives », ou « neutralisantes », elles visent à sauver la validité de la loi, sous réserve d'en apporter une interprétation conforme à ce qu'en dit le Conseil.

Le recours aux réserves, qui s'est accentué avec l'entrée en vigueur de la QPC, marque une double concrétisation du contrôle de constitutionnalité.

Tout d'abord, parce que ce sont des faits matériels potentiels qui sont pris en compte dans le cadre du raisonnement du Conseil. Par exemple, dans la décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017⁷⁸, sur la répression du délit d'entreprise individuelle terroriste, le Conseil constitutionnel a précisé le régime de la preuve du délit réprimé. Il a indiqué que « la preuve de l'intention de l'auteur des faits de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle

⁷³ Cass. soc., 8 juillet 2015, n° 14-20.837.

⁷⁴ La solution n'ayant été posée par la Cour de cassation que dans sa décision du 8 juillet 2015.

⁷⁵ Cass. soc. 6 juillet 2016, n° 16-12.970, souligné par nous.

⁷⁶ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 p.

⁷⁷ CC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, n° 59-2 DC. La première réserve d'interprétation formulée à l'occasion de l'examen d'une loi ordinaire a été posée par la décision : CC, 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, n° 68-35 DC.

⁷⁸ CC, 7 avril 2017, *M. Amadou S.*, n° 2017-625 QPC.

terroriste ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires, au titre des 1° et 2° du paragraphe I de l'article 421-2-6 du code pénal. Enfin, ces faits matériels doivent corroborer cette intention » (cons 16). C'est-à-dire qu'il a pris en compte l'interprétation potentielle de la loi, pouvant amener à étendre le régime de la preuve, en lui substituant sa propre interprétation qui retient une lecture stricte des dispositions contestées. En outre, pour juger des interprétations possibles de la loi déferée, le Conseil est nécessairement amené à prendre position sur les éléments matériels de preuve admissibles à la caractérisation du délit d'entreprise individuelle terroriste. C'est là encore un élément de concrétisation de son contrôle. Le Conseil ne prend pas uniquement position sur une norme, mais détermine également les faits matériels recevables à caractériser le délit.

Ensuite, parce que, une fois posée, la réserve oriente matériellement les comportements futurs. Une réserve d'interprétation peut s'analyser comme une réécriture de la loi. Elle ajoute au sens de la loi. Ici, le Conseil ne tient pas seulement le rôle de la gomme. Il tient également le rôle du crayon. En indiquant la manière dont la loi doit être interprétée, donc appliquée, le Conseil constitutionnel fait en réalité naître une nouvelle législation qui se substitue à la première⁷⁹.

Il convient toutefois de noter que l'interprétation du Conseil constitutionnel est en retour sujette à l'interprétation des juges du fond. La prise en compte des interprétations et des effets potentiels de la loi par le Conseil constitutionnel peut en effet être contournée par les juridictions administratives et judiciaires. Un exemple peut en être donné avec la question des assignations à résidence de longue durée sous régime d'état d'urgence. Le 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des nouvelles dispositions, issues de la loi du 19 décembre 2016, permettant de déroger à l'interdiction de prolonger des assignations à résidence au-delà d'un délai d'un an⁸⁰. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a assorti sa décision d'une triple réserve d'interprétation, en indiquant que pour être conforme à la liberté d'aller et venir les mesures de prolongation devaient être justifiées par le fait que : « d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie ». Cette restriction drastique des conditions de validité de la mesure de prolongation s'est ensuite confrontée à l'interprétation du Conseil d'État. Or, le 25 avril 2017, le Conseil d'État rejette en référé deux recours contre des décisions du ministre de l'intérieur prolongeant des mesures d'assignation à résidence au-delà

⁷⁹ A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », R.D.P. 2011, n° 4, p. 965.

⁸⁰ CC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I.*, n° 2017-624 QPC.

d'un an.⁸¹ Dans ces deux espèces, le Conseil d'État examine successivement chacune des trois conditions posées par le Conseil constitutionnel et juge finalement qu'elles étaient remplies.

Cet exemple montre les limites d'un contrôle concret uniquement potentiel. Le Conseil constitutionnel ne peut en effet juger *in concreto* l'interprétation qui sera ensuite faite de ses propres réserves.

Ces différentes hypothèses permettent bien d'envisager le contrôle concret comme susceptible de degrés. Ainsi entendu, il ne renvoie pas à une réalité unique, déterminée une fois pour toute. Il désigne davantage un processus relatif, rendant possible la construction d'une échelle de concrétisation, selon que les faits intégrés dans le raisonnement du juge constitutionnel sont avérés ou simplement potentiels, sont intégrés directement ou indirectement, ou encore sont pris en compte de manière positive ou négative.

Cette gradation ne vaut pourtant que dans les hypothèses où l'inconstitutionnalité de la loi n'est pas dérivée de son application au cas d'espèce. Dès lors que ce qui est sanctionné n'est pas la loi en tant que telle, mais l'application inconstitutionnelle qui en est faite, le contrôle du Conseil constitutionnel change véritablement de nature. De processus, il devient mode de contrôle à part entière.

II/ L'ABOUTISSEMENT D'UNE CONCRÉTISATION PAR NATURE

Bien que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas admis de manière explicite, l'étude de la jurisprudence QPC montre que certaines décisions ont bien été rendues à la suite d'un contrôle véritablement concret. Certaines jurisprudences laissent en effet apparaître un contrôle de la loi en application. Il est ainsi des hypothèses où la loi pouvait apparaître abstraitement constitutionnelle, mais n'a été sanctionnée qu'en raison de l'application inconstitutionnelle qui en a été faite au cas d'espèce (A). Ce contrôle de la loi telle qu'appliquée marque un changement de nature du contrôle de constitutionnalité. Ce changement de nature du contrôle amène en retour une interrogation sur la nature de l'institution chargée du contrôle. Le Conseil constitutionnel est-il véritablement armé pour faire face à un contrôle concret de la constitutionnalité des lois (B) ?

A) Le contrôle de la loi appliquée

Pendant longtemps, il était admis que la QPC n'était qu'un prolongement du contrôle *a priori* et ne pouvait, de ce fait, permettre de contester l'inconstitutionnalité de la loi en application. Le Conseil constitutionnel ne s'en est jamais caché, tentant d'assurer la cohérence des contrôles *a priori* et *a posteriori* (1). Néanmoins, derrière ce refus d'apparence, certaines décisions montrent que le Conseil a dépassé le stade d'un contrôle purement abstrait de la loi soumise à son examen (2).

⁸¹ CE, 25 avril 2017, *M. A... B...*, req. n° 409677 et *M. D...*, req. n° 409725.

1) - Un refus de principe

Le Conseil d'État a pu affirmer qu'un requérant ne pouvait pas « *utilement se prévaloir de l'application qui serait faite de [la loi] par l'administration* »⁸². Il s'agissait d'une société qui contestait la constitutionnalité des dispositions du Code général des impôts régissant la détermination de la valeur locative d'un bien par l'administration. Elle soulevait un grief tiré du principe d'égalité devant les charges publiques en raison de la pluralité de méthodes entre les mains de l'administration. Selon l'hypothèse retenue par l'administration, le régime de détermination de la valeur du bien était différent. Or, ces dispositions ne prévoient en elle-même aucune discrimination particulière, chaque hypothèse s'appliquant à une catégorie spécifique de biens. Chaque bien entrant dans une même catégorie fait l'objet d'un même régime juridique. Ce n'est que par l'application potentielle de régimes différents au regard d'un même bien qu'une rupture d'égalité aurait pu être constituée, ce que n'a pas admis le Conseil d'État.

Comme nous l'avons dit précédemment, le Conseil constitutionnel a longtemps soutenu une position similaire. Il considère qu'il n'a pas à prendre en compte les faits de l'espèce dans le cadre de son contrôle. Le Conseil n'est pas une Cour suprême, habilitée à s'ingérer dans la résolution des litiges particuliers⁸³. Il ne tranche que des questions de principe. Cette position s'appuie sur l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel qui dispose que l'extinction de l'instance à l'occasion de laquelle a été posée la QPC est sans incidence sur l'examen de la question (art. 23-9). Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009⁸⁴ le Conseil a expressément précisé qu'il n'était « pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée », ce qui se traduit par le fait qu'il ne connaît que des griefs figurant dans un écrit « distinct et motivé » au sens de la loi organique (cons. 27). Le secrétaire général de l'époque, M. Guillaume, a pu indiquer que « le Conseil ne pourra en effet s'immiscer dans l'affaire au fond dès lors qu'il ne disposera que des écrits relatifs à la QPC »⁸⁵.

Ce refus de principe d'intégrer les faits de l'espèce dans le raisonnement du juge constitutionnel marque la volonté pour le Conseil constitutionnel d'assurer la cohérence entre les contrôles *a priori* et *a posteriori*.

Un exemple peut en être donné avec la décision n° 2011-123 QPC. Le Conseil était saisi ici de dispositions du Code de la sécurité sociale qui visaient à limiter l'accès à l'allocation aux personnes handicapées. Il s'agissait d'une mesure réservant cette allocation aux seules

⁸² CE, 9 juillet 2010, *SARL Veneur*, req. n° 340142 .

⁸³ Sur la notion de Cour suprême : v. X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Pierre BON*, Dalloz, 2014, p. 305.

⁸⁴ CC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC.

⁸⁵ M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », in *Justice et cassation*, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 2010, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

personnes n'ayant pas occupé d'emploi depuis un délai supérieur à un an. Le requérant contestait la rupture d'égalité introduite par cette disposition qui revenait à traiter différemment des personnes atteintes d'une même incapacité, avec un même niveau de ressources et une restriction d'accès à l'emploi de même nature, selon qu'elles avaient ou non occupé un emploi depuis plus d'un an. Il soutenait que cette limitation n'était pas en adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur, qui était de réserver l'allocation aux seules personnes ne pouvant subvenir seules à leurs besoins. Le législateur a lui-même pris conscience de la difficulté puisqu'il a abrogé ces dispositions de sa propre initiative quatre ans après leur adoption.

Le Conseil constitutionnel a refusé de constater matériellement une éventuelle erreur du législateur lors de l'adoption de la restriction contestée. Il a choisi de rester sur le terrain d'un contrôle purement abstrait, en examinant la disposition en elle-même, et non au regard de son application subséquente.

Le commentaire autorisé de la décision mentionne que « la décision manifeste ainsi le souci du Conseil constitutionnel d'assurer la cohérence entre le contrôle exercé *a posteriori* dans le cadre de la QPC et le contrôle exercé *a priori* sur le fondement de l'article 61 de la Constitution ». Il poursuit en précisant que : « l'éventuelle erreur du législateur ne peut pas constituer une cause d'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle est susceptible d'être constatée *a posteriori*. [...] En ce sens, le fait que l'éventuelle erreur est prévisible (dans le contrôle *a priori*) ou qu'elle a pu être constatée (dans le contrôle *a posteriori*) n'est pas de nature à modifier le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel ».

En d'autres termes, la faculté concrète pour la disposition en cause de remplir effectivement le but que lui a assigné le législateur ne rentre pas en ligne de compte dans le raisonnement du juge constitutionnel. Il s'en tient à un contrôle abstrait, comme s'il s'agissait d'un contrôle *a priori*.

Pourtant, dès lors que le juge constitutionnel importe des éléments concrets tenant non pas au contexte d'adoption ou d'application de la loi, mais bien à sa mise en œuvre pratique, la cohérence entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* est rompue.

2) – Une acceptation timide

Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel montrent que la solution finalement retenue n'a pu être atteinte qu'au regard d'une prise en compte des faits de l'espèce. Certes, le Conseil constitutionnel prononce dans tous les cas une censure *erga omnes*, non circonscrite au champ du litige. Mais cette seule circonstance ne doit pas occulter la réalité des arguments avancés pour retenir une décision de censure.

Si certaines décisions ont amorcé ce mode de raisonnement⁸⁶, la confirmation est intervenue avec la décision n° 2015-499 QPC du 20 novembre 2015, relative à l'absence de nullité de la procédure en Cour d'assises en cas de méconnaissance de l'obligation d'enregistrement

⁸⁶ V. CC, 16 octobre 2015, *Consorts R.*, n° 2015-494 QPC.

sonore des débats⁸⁷. En l'espèce, le Conseil était saisi d'un recours contre l'article 308 du Code de procédure pénale qui prévoyait l'obligation d'un enregistrement sonore des débats en Cours d'assises, sans assortir la méconnaissance de cette obligation d'une quelconque sanction. C'est cette absence de sanction qui a été contestée par voie de QPC.

Le requérant avait été condamné en 2014 à une peine de 15 ans de réclusion criminelle, peine confirmée en appel l'année suivante. Le procès-verbal des débats de la décision d'appel mentionne le fait qu'aucun enregistrement sonore n'a pu avoir lieu, faute pour la Cour d'être dotée du matériel nécessaire. Le requérant a alors formé un pourvoi en cassation contre cette décision en soulevant une QPC contre les dispositions de l'article 308 du Code de procédure pénale. Il soutenait que ces dispositions créaient une rupture d'égalité selon que les individus concernés pouvaient ou non se prévaloir de l'enregistrement des débats. Il soulevait en outre un grief tiré des garanties du droit à un procès équitable, en considérant que l'absence d'enregistrement sonore pouvait influencer sur l'instruction d'un recours en révision.

Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre grief, il n'était pas évident qu'un contrôle purement abstrait de la loi aboutisse à une décision de censure.

Pour ce qui est du principe d'égalité, la loi ne créait en elle-même aucune discrimination. L'obligation d'enregistrement s'impose en effet à toutes les Cours d'assises, et l'absence de sanction également. Ce n'est que dans l'application concrète de ces dispositions qu'une différence de situation pouvait éventuellement émerger, selon que la Cour procède ou non à l'enregistrement. Pour éviter de donner raison au requérant sur ce point, ce qui aurait été la reconnaissance explicite d'un contrôle véritablement concret, le Conseil constitutionnel a préféré se placer sur le terrain des exigences du procès équitable. Mais là encore, il n'est pas certain qu'un contrôle purement abstrait aurait conduit à une décision de censure. En effet, l'article 308 n'interdit pas les recours en révision, et est en lui-même indifférent aux conditions de la mise en œuvre d'un tel recours. L'enregistrement sonore des débats n'est pas une condition permettant ni de déposer, ni de faire droit à une demande de procès en révision.

Or, contre toute attente, le Conseil constitutionnel a considéré que le fait que certains requérants ne puissent pas se prévaloir de tels enregistrements, tel l'auteur de la présente QPC, était de nature « à méconnaître les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (cons. 4).

C'est donc bien l'application concrète de la loi qui est sanctionnée ici. C'est bien de la loi en application que naît l'inconstitutionnalité constatée. L'atteinte au droit à un procès équitable ne vaut que pour les requérants qui, en pratique, ne peuvent pas faire valoir l'existence de tels enregistrements, alors qu'aucune atteinte n'est à relever pour ceux qui en disposent matériellement. Le Conseil a été sensible aux arguments du requérant qui soutenait que le fait qu'il ne dispose pas d'un enregistrement pouvait influencer sur l'instruction d'un éventuel procès en révision. Il ne s'agit donc pas uniquement de la prise en compte de faits hypothétiques ou de situations d'applications potentielles de la loi, mais bien de son application effective puisque l'inconstitutionnalité relevée correspondait effectivement à la situation du requérant.

⁸⁷ CC, 20 novembre 2015, *M. Hassan B.*, n° 2015-499 QPC.

Ce mode de raisonnement n'est pas isolé. Par exemple, dans la décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017⁸⁸, le Conseil constitutionnel était saisi par l'Association « En marche ! » des dispositions du Code électoral relatives à la durée des émissions de radio et de télévision relatives à la campagne électorale des législatives. Elle contestait le fait que les règles relatives à l'accès et à la répartition du temps d'antenne étaient hors de proportion avec sa représentativité. Le Conseil constitutionnel a admis, de manière abstraite, que le législateur pouvait « favoriser l'expression des principales opinions qui animent la vie démocratique de la Nation et [...] poursuivre ainsi l'objectif d'intérêt général de clarté du débat électoral » (cons. 8). Ce faisant il pouvait prendre en compte « la composition de l'Assemblée nationale à renouveler », en accordant un temps d'antenne supérieur pour les partis et groupements représentés par des groupes parlementaires de l'Assemblée nationale. Néanmoins, l'application pratique de ces dispositions ne doit pas conduire à une rupture caractérisée du principe d'égalité devant le suffrage et devant la loi. C'est en s'appuyant le constat matériel de la représentativité du mouvement « En marche ! » que le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions en cause, en jugeant que la représentativité d'un parti ou groupement politique ne pouvait se baser sur leur seule présence à l'Assemblée nationale. C'est bien la prise en compte des faits de l'espèce qui a conduit à la décision de censure. D'autant plus que la QPC a été déposée au Conseil d'État alors même que la campagne officielle pour les législatives était déjà ouverte. Le Conseil constitutionnel ne s'est donc pas appuyé sur des faits d'application simplement potentiels de la loi. C'est bien de son application concrète au cas d'espèce, pour la campagne en cause et pour le mouvement en cause, que l'inconstitutionnalité a été relevée. Voilà bien un exemple de contrôle véritablement concret, même si, encore une fois, le Conseil constitutionnel ne dispose pas du pouvoir de circonscrire sa décision au cas d'espèce.

B) Le changement de nature du contrôle

Dès lors que le Conseil constitutionnel fait dériver l'inconstitutionnalité de la loi de son application concrète, il devient difficile de considérer que nous sommes toujours dans le cadre d'un contrôle abstrait, où la validité de la loi serait jugée en elle-même.

Bien qu'il ne s'agisse encore que d'un nombre restreint de décisions, elles n'en conduisent pas moins à s'interroger sur la nature même du contrôle de constitutionnalité (1), ainsi que sur la place institutionnelle et le rôle du Conseil constitutionnel (2).

1) – Entre abrogation et inapplication de la loi

Lorsque l'inconstitutionnalité de la loi est constatée en elle-même, cela revient à considérer que la loi n'est pas (ou plus) valide. Le Conseil constitutionnel prononce donc un constat d'invalidité. Ce constat conduit soit à ce que la loi ne rentre jamais en application (au titre du contrôle *a priori*), soit à ce qu'elle soit purement et simplement abrogée (au titre du contrôle *a*

⁸⁸ CC, 31 mai 2017, *Association En marche !*, n° 2017-651 QPC.

posteriori). En outre, la décision du Conseil s'impose à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution.

Cette situation se comprend tant que l'on reste dans le cadre d'un raisonnement abstrait. Elle ne se comprend plus dès lors que le contrôle se concrétise. En effet, comment comprendre que la difficulté d'application constitutionnelle de la loi pour un cas d'espèce entraîne son abrogation *erga omnes* ? Une loi peut tout à fait être constitutionnelle en soi et n'être inconstitutionnelle qu'à titre exceptionnel, au regard d'une situation particulière. Comment dans ce cas justifier la disparition de la disposition législative en toute hypothèse, même pour celle qui serait constitutionnelle ? En d'autres termes, la mise en œuvre d'un contrôle concret s'accommode-t-elle du seul pouvoir d'abrogation des lois ?

Pour préciser la question, un parallèle peut être mené avec le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions administratives et judiciaires. Depuis l'intervention des arrêts *Jacques Vabres* et *Nicolo*, il est admis que ce contrôle n'est pas homogène. Derrière le vocable unique de « contrôle de conventionnalité » se cache en réalité une grande diversité de situations. Il se décline sur « *des modes divers* »⁸⁹.

Il se peut par exemple que le Conseil d'État développe un contrôle abstrait de la loi, pour déterminer sa conventionnalité en elle-même. Il s'agira alors de déterminer sa validité. Mais il est également possible qu'il détermine sa conventionnalité au regard de la situation d'application dont il est saisi. Ici, l'inconventionnalité dérivera des circonstances de l'espèce. La loi sera jugée valide mais inapplicable au cas d'espèce. Il ne s'agira que d'une restriction matérielle de son champ d'application en raison de l'intervention d'une norme internationale.

C'est ainsi qu'a raisonné le Conseil d'État dans sa décision d'Assemblée du 31 mai 2016, *Mme Mariana Gonzalez-Gomez*⁹⁰. Il s'agissait d'une requérante qui contestait, en référé-liberté, le refus de l'administration française de lui accorder l'exportation vers l'Espagne des gamètes de son mari décédé, en vue d'une insémination *post-mortem*. Le Conseil d'État a tout d'abord jugé que les dispositions du Code de la santé publique interdisant une telle pratique ne portaient pas en elles-mêmes, « une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale ». En revanche, leur inconventionnalité a été reconnue « eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire ». C'est bien la mise en œuvre des dispositions législatives contestées qui a, en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, conduit au constat d'une violation du droit au respect de sa vie privée et

⁸⁹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF 2015, chron. n° 8.

⁹⁰ CE, Ass., 31 mai 2016, *Mariana Gonzalez-Gomez*, req. n° 396848 ; R.T.D. civ. 2016, p. 600, obs. J. HAUSER ; *Idem*, p. 834 ; *Idem*, p. 578, note P. DEUMIER ; *Idem*, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; A.J.D.A. 2016, p. 1092 ; *Idem*, p. 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; D. 2016, p. 1470, obs. M.-Ch. DE MONTECLER ; *Idem*, p. 1472, note H. FULCHIRON ; *Idem*, p. 2392, note B. HAFTTEL ; A.J. fam. 2016, p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *Idem*, p. 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Idem*, p. 601, obs. M. SAULIER ; R.F.D.A. 2016, p. 740, concl. A. BRETONNEAU ; *Idem*, p. 754, note P. DELVOLVÉ ; Gaz. Pal. 2016, n° 24, note M. AFROUKH ; *Idem*, n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT ; *Idem*, n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; J.C.P. 2016, p. 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; Dr. adm. 2016, repère 7, obs. J.-H. STAHL ; Dr. fam. sept. 2016, étude 15, J.-R. BINET et comm. 178, note R. VESSAUD.

familiale. L'interdiction de toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français a été jugée valide, mais inapplicable au cas d'espèce.

Transposé à la jurisprudence constitutionnelle, ce raisonnement conduit à ne pas analyser le contrôle concret comme un jugement de validité de la loi. Il ne s'agit que d'un jugement d'applicabilité : la Constitution autorise-t-elle ou non telle application de la loi au cas d'espèce ? Reconnaître une inconstitutionnalité à partir d'un cas d'application revient à reconnaître une simple restriction du champ d'application de la loi. Celle-ci est valide en elle-même mais ne peut connaître d'application en telle ou telle hypothèse. Pour reprendre un exemple précédent, l'absence de sanction à peine de nullité pour les enregistrements sonores de Cours d'Assises, la disposition pouvait être jugée abstraitement constitutionnelle. En effet, ce qu'a censuré le Conseil constitutionnel ce n'est que l'application qui pouvait en être faite à l'occasion d'un éventuel procès en révision. Cela revient à restreindre le champ de la disposition législative, en interdisant d'en faire une variable concrète du recours en révision.

Ne faudrait-il alors pas imaginer préciser les pouvoirs du Conseil constitutionnel, pour lui permettre d'écarter l'application de la loi aux seuls cas d'inconstitutionnalité constatés, tout en préservant sa validité pour les autres hypothèses ? En réalité, il ne s'agirait de rien d'autre que d'une extension de la technique des réserves d'interprétation. Plutôt que neutraliser les interprétations inconstitutionnelles, le Conseil neutraliserait également ses applications inconstitutionnelles.

2) - La place renouvelée du Conseil constitutionnel

En acceptant de faire dériver l'inconstitutionnalité de la loi de son application concrète, le Conseil constitutionnel entre directement en concurrence avec les juridictions administratives et judiciaires qui exercent le contrôle de conventionnalité. En abandonnant la cohérence entre contrôles *a priori* et *a posteriori*, il met fin de lui-même à l'argument d'une éventuelle différence de nature entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Comme le contrôle de conventionnalité, le contrôle de constitutionnalité peut en effet apparaître « *relatif et contingent* », c'est-à-dire dépendant des circonstances de l'espèce. Voilà un obstacle de plus qui tombe, un pas de plus vers l'abandon de la jurisprudence *IVG* en matière de Traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux.

Un tel constat n'est pourtant pas sans soulever certaines difficultés, principalement sur la place du Conseil constitutionnel au sein de nos institutions. Il existe en effet un danger, pointé en son temps par L. Favoreu⁹¹, à réunir les deux contrôles entre les mains du Conseil constitutionnel. Lui permettre d'opérer un contrôle de conventionnalité dans les mêmes termes que le contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire en permettant une censure à l'identique, lui conférerait une faculté d'empêcher difficilement contournable. L'argument du « *lit de justice* » cher au Doyen Vedel, expliquant qu'une censure du Conseil constitutionnel

⁹¹ L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis, études offertes à Alain PLANTEY*, Pedone, 1995, p. 33-44.

peut toujours être contournée par une révision de la Constitution, ne vaut en effet que pour une inconstitutionnalité. Par définition, le pouvoir de révision constitutionnelle ne permet pas de retoucher une norme internationale.

C'est pourquoi la reconnaissance d'un contrôle de la loi en application devrait s'accompagner d'une réflexion sur l'étendue des pouvoirs du juge constitutionnel. La question n'est pas tant celle de la différence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, que celle de la différence entre contrôle abstrait et contrôle concret, entre contrôle de la validité et contrôle de l'applicabilité de la loi. En décembre 1999, B. Genevois se disait radicalement opposé à un abandon de la jurisprudence *IVG* « sans qu'il y ait enrichissement corrélatif et significatif des conditions d'exercice du contrôle de constitutionnalité *a priori* »⁹². Avec l'introduction d'un recours *a posteriori*, il semblerait que les conditions soient désormais réunies. Au-delà de savoir si l'abandon de la jurisprudence *IVG* constitue aujourd'hui un « combat d'arrière garde »⁹³, la reconnaissance d'une identité de nature entre contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, qui peuvent aussi bien être abstraits que concrets, conduit à s'interroger sur la place du Conseil constitutionnel au sein de nos institutions.

Car finalement, c'est la conception même de notre démocratie qui est ici en jeu. On sait que l'instauration d'un contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire a pu être analysée par certains comme un nouveau « coup d'État de droit », comparable à celui prétendument opéré par le Conseil constitutionnel en 1971⁹⁴. Cette mainmise des juges sur la loi, à travers les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité a pu être regardée comme porteuse d'un « potentiel antidémocratique et même “souverainicide” »⁹⁵, en s'attaquant non seulement à la souveraineté du Parlement, mais derrière lui de l'État et du peuple tout entier.

La concrétisation du contrôle de constitutionnalité pourrait se voir opposer les mêmes critiques. Par l'instauration de la QPC et la reconnaissance d'un contrôle de la loi en application, le Conseil constitutionnel peut en effet être amené à faire prévaloir les intérêts particuliers des requérants sur l'intérêt général. Même si la QPC permet un contrôle objectif, de norme à norme, elle ne peut en effet être mobilisée qu'à l'occasion de la violation d'un droit ou une liberté que la Constitution garantit, en d'autres termes, d'un droit subjectif⁹⁶. Nous tomberions alors dans une société où non seulement les droits seraient catégorisés⁹⁷, faisant primer les intérêts catégoriels sur l'intérêt général, mais dont le contrôle juridictionnel lui-même serait catégorisé, selon la façon dont la loi serait mise en œuvre.

Il semble pourtant que ces critiques puissent être relativisées. Certes, derrière chaque QPC se trouvent nécessairement des intérêts particuliers. Certes la jurisprudence relative au principe

⁹² B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », NCCC, 1999, n° 7, en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel.

⁹³ M. GAUTIER, « Abandonner la jurisprudence *IVG*, un combat d'arrière-garde ? », A.J.D.A. 2016, p. 569.

⁹⁴ A.-M. LE POURHIET, « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », R.F.D.C. 2015, n° 102, p. 252.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Conçu ici comme un droit individuel auquel est attaché l'existence d'une protection juridictionnelle.

⁹⁷ L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, 2010, pp. 311 et s.

d'égalité montre l'existence de saisines de « jalousie » dénonçant l'avantage d'un potentiel concurrent⁹⁸. Mais chacune de ces situations est l'occasion de rappeler que le Parlement n'est souverain que dans les limites de la Constitution. Et ce n'est pas jouer contre l'intérêt général que de contrôler l'action de nos gouvernants, ne fût-ce qu'à l'occasion de litiges catégoriels. Comme l'avait souligné P. Clément, garde des Sceaux du Gouvernement Villepin en 2005, dont les mots ont été repris en janvier 2014 par J.-L. Debré alors président du Conseil constitutionnel : « Le respect de la Constitution n'est pas un risque, mais un devoir ». Plutôt que d'apparaître contre la démocratie, la concrétisation du contrôle de constitutionnalité peut apparaître, pourquoi pas, comme un élément de « démocratie continue »⁹⁹, sous réserve toutefois de réfléchir à l'étendue concrète des pouvoirs du juge constitutionnel.

⁹⁸ Ex. : CC, 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA*, n° 2015-482 QPC, sur les modalités calcul de la Taxe générale sur les activités polluantes.

⁹⁹ D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995 ; Dominique ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, 240 p.