

IXe Congrès français de droit constitutionnel – Lyon, 26, 27 et 28 juin 2014

Atelier «Droit constitutionnel, histoire et théorie du droit»

<<Une approche historico-juridique de la genèse de la QPC d’une importance certaine>>

M. Bertrand SERGUES

Doctorant, Chargé d’enseignement à l’Université Toulouse 1 Capitole

Aborder l’étude du droit constitutionnel à partir d’une dimension strictement normative conduit inévitablement à écarter des éléments historico-juridiques qui pourraient s’avérer d’une importance singulière dans l’étude de thématiques bien précises telles que la question prioritaire de constitutionnalité (qpc). En effet, la genèse récente de ce contrôle de constitutionnalité des lois amène trop souvent les constitutionnalistes à ne s’intéresser qu’aux évolutions de type procédural/ contentieux intervenues récemment et à omettre des éléments historiques intéressants.

L’étude de ces éléments à la fois historiques et juridiques ne pourra que nous aider à apporter une réponse au questionnement suivant : l’introduction d’un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori est-elle l’apanage de tout Etat démocratique qui se respecte ? Le meilleur allié à notre disposition afin de répondre à cette interrogation est bien l’histoire de notre pays. En effet, l’introduction en France d’un contrôle de constitutionnalité des lois, qui plus est d’un contrôle <<a posteriori>>, est le fruit d’un long cheminement historique, loin d’être un long fleuve tranquille. Des pensées et des idées antagonistes se sont affrontées sur cette notion faisant l’objet d’analyses diverses de la part des juristes.

Le point de départ de cette réflexion se veut à la fois classique et conventionnel dans le sens où la période de l'Ancien régime et la période révolutionnaire seront les points d'ancrage de notre réflexion (Partie 1). En revanche une volonté de ne pas mettre un voile sur le regard que nous avons vis-à-vis de l'histoire de notre pays nous amènera à nous interroger sur une période sombre et ô combien détestable. Cette période trop souvent mise de côté du raisonnement des constitutionnalistes revêt pourtant un intérêt majeur dans l'étude des premières tentatives d'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception à l'européenne¹ en France.

Deux autres projets plus connus ayant avorté seront également abordés afin de tenter d'apporter une réflexion personnelle la plus complète possible (Partie 2). En nous concentrant sur l'histoire de France, l'histoire du droit, il est donc possible de développer un raisonnement construit sur la question de savoir si démocratie et contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori vont automatiquement de pair. Tout ceci nous permet d'affirmer que la théorisation du droit constitutionnel ne peut se faire sans l'appui d'éléments historiques, et ce même pour des thématiques actuelles comme la <<QPC>>. Comme le soulignait à juste titre Antoine Prost *<<Si nous voulons être les acteurs responsables de notre propre avenir, nous avons d'abord un devoir d'histoire>>*.²

¹ Nous pouvons parler de contrôle par voie d'exception à l'européenne en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois en raison du fait qu'une juridiction spécifique est chargée d'assurer ce contrôle. Le contrôle par voie d'exception à l'américaine confie quant à lui aux juridictions ordinaires le soin de réaliser ce contrôle et non pas à une institution en particulier. En France nous avons donc fait le choix d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception de type austro-kelsenien pour être précis. ESPLUGAS Pierre, EUZET Christophe, MOUTON Stéphane, VIGUIER Jacques, *Droit constitutionnel*, Ellipse, Paris, juillet 2010, p.62.

² PROST Antoine, *Douze leçons sur l'histoire*, Le Seuil, Paris, 1996, 330 p.

Partie I : Les prémices d'un contrôle de constitutionnalité des lois sous l'Ancien Régime aux antipodes d'une pensée révolutionnaire triomphante

Il est évident que prétendre aborder une phase extrêmement importante de notre histoire qu'est la Révolution française/ la période révolutionnaire et plus précisément les idées qui ont été véhiculées à cette époque ne peut se faire sans une connaissance précise d'évènements historiques antérieurs. En effet, les idéaux défendus par les révolutionnaires furent le fruit d'une volonté flagrante de rupture avec les pratiques passées. La place prédominante des juristes et notamment des parlementaires durant l'Ancien Régime fit place à un <<juge automate de la loi>>.

L'étude des magistrats de l'Ancien Régime et notamment des pratiques juridiques de l'époque constitueront un point de départ de notre analyse (A) qui se poursuivra par l'examen de la période révolutionnaire et la place qu'occupait la loi dans l'esprit des Hommes de l'époque. Une loi qui fut elle-même sacralisée à tel point qu'on parlera d'un véritable culte en ce qui la concerne. Cette nomophilie³ engendra des difficultés majeures concernant cette volonté de doter la France d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Une idée qui semble plus que jamais aux antipodes de la pensée révolutionnaire. En revanche, cette pensée dominante d'une loi supérieure à toute autre norme ne fut pas partagée par l'ensemble des Hommes de l'époque et des projets en vue d'assurer la suprématie de la Constitution française par le biais de la création de contrôle de la conformité des lois vis-à-vis de la constitution furent présentés. Ces derniers ne verront jamais le jour mais marqueront très certainement une première étape dans cette quête tant éloignée de la pensée révolutionnaire dominante (B).

³ Puisant ses racines du grec ancien la nomophilie désigne l'amour de la loi (nomos : la loi / philie : l'amour de, l'attraction envers quelque chose).

A) La période d'Ancien Régime : les premiers germes de la création d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité

Bien qu'il serait fortement imprudent voire inexact d'affirmer que l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception est la résultante de pratiques juridiques antérieures des magistrats de l'Ancien Régime⁴, nous ne pouvons nier le fait que l'enregistrement de certains actes juridiques par les Hauts-magistrats de l'époque comportait de singulières similitudes avec l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois. À partir du XII^{ème} siècle après J-C le roi légifère, il est seul et unique législateur dans le royaume du moins jusqu'au XIV^{ème} siècle. À partir de cette époque les Parlements, juridictions suprêmes de la justice royale déléguée, sont investis de la lourde tâche d'enregistrer les textes législatifs émanant de la personne du roi de France. Les parlementaires disposent de la capacité de refuser l'enregistrement de certains édits, ordonnances royales et lettres patentes en adressant des remontrances au roi de France afin de lui signaler les éventuelles insuffisances ainsi que les potentiels défauts de son/ ses textes. La royauté accepte l'existence même de ces remontrances qui prennent la forme de lettre à la fois très discrètes et relativement respectueuses de la personne du roi. Le roi de France a alors la possibilité de modifier son texte ou de refuser toute réécriture en adressant ce que l'on appelait une <<lettre de jussion>>. Les parlementaires pouvaient accepter les réclamations du roi de France ou persister en adressant des itératives remontrances pouvant donner lieu à des itératives jussions. Cette situation débouchait éventuellement sur la tenue d'un lit de justice. Le lit de justice était une des scènes les plus humiliantes pour les parlementaires qui accueillaient le roi de France. Ce même roi était assis sur un trône et ordonnait publiquement l'enregistrement du texte contesté par les parlementaires. Ces derniers devaient s'exécuter car en tant que dignes représentants de la justice royale déléguée, ils représentaient le roi de France et devaient se soumettre à sa volonté.

Cette résistance à l'enregistrement des <<lois>> du roi notamment au cours de la période XVI-XVIII^{ème} siècle s'apparente sur plusieurs points à ce que certains juristes⁵ (historiens du droit/ publicistes) considèrent comme étant une forme de contrôle de constitutionnalité des

⁴ La période de l'Ancien Régime également appelée <<Epoque Moderne>> commence pour certains historiens en 1453, pour d'autres en 1492 et prend fin à la Révolution française de 1789 voire même jusqu'en 1792 pour une partie des spécialistes de ces questions de périodicités historiques.

⁵ SAINT-BONNET François, *Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e XVIII^e)*, Droits, 2001, n°34, p. 177-197.

lois a priori⁶. Les parlementaires de l'époque se considéraient en effet comme les représentants de la Nation ainsi que les gardiens de ses principes fondamentaux. Si ces derniers étaient dépositaires d'une telle mission nous serions alors tentés d'affirmer que les parlementaires exerçaient une forme de contrôle de conformité des lois vis-vis-vis de principes qui leurs étaient supérieurs.

Ils le faisaient en neutralisant certaines lois royales qu'ils jugeaient contraires à des principes fondamentaux du Royaume de France. Ces juges d'Ancien Régime ne pouvaient pas pour autant abroger une loi, ils la bloquaient tout au plus durant un certain temps car comme nous l'avons vu le roi de France pouvait en ultime recours tenir un lit de justice afin de faire cesser cette situation de blocage. En revanche les parlementaires pouvaient de par l'interprétation qu'ils faisaient de la future loi, vider de son sens l'objectif même du texte législatif fixé par le roi de France. Ils continueront à exercer une forme de résistance qui perturbera aux fils des siècles l'action royale. Ces derniers n'étaient pas pour autant des opposants à la monarchie bien au contraire. Ils justifiaient leurs résistances en précisant que la subsistance de la monarchie était liée à l'obéissance des sujets du roi rendue possible grâce à des lois royales en adéquation avec les normes fondamentales de la monarchie française.

En revanche, ces magistrats d'Ancien Régime n'exerçaient aucunement un contrôle de constitutionnalité des lois dit <<a posteriori>> dans le meilleur des cas il pouvait s'agir d'un contrôle a priori mais là encore aucun texte ne le précise. Seule la pratique des remontrances ainsi que l'application concrète des lois voulues par le roi de France pouvaient laisser penser à un hypothétique contrôle de constitutionnalité des lois a priori. Il semble néanmoins que progressivement fait jour une potentielle instauration officielle d'un contrôle de constitutionnalité des lois or c'est sans compter sur la venue d'un événement majeur de l'histoire de France. Les idéaux véhiculés au cours de cette période qui va succéder à l'Ancien Régime auraient pu rendre caduque toute volonté d'instauration rapide d'un contrôle de conformité des lois vis-vis-vis de la Constitution en France.

⁶ Le contrôle de constitutionnalité des lois a priori est effectué après le vote par le Parlement du projet ou de la proposition de loi mais avant son entrée en vigueur.

B) Un légicentrisme révolutionnaire aux facettes diverses

Nous ne pouvons apporter une analyse précise sur le légicentrisme sans comprendre ce qui a pu conduire les révolutionnaires à avoir une vision aussi prononcée en faveur de ce courant de pensée. Le point de départ de la pensée révolutionnaire était la négation du pouvoir judiciaire, la volonté de réduire le magistrat à un rôle de simple servant de la loi. Comment en sommes-nous arrivés là, quels événements ont pu être à l'origine d'une telle méfiance des révolutionnaires vis-vis du monde judiciaire ? C'est bien l'histoire qui nous éclaire et notamment certains événements majeurs à la fois historiques et juridiques. Les juristes de l'Ancien Régime et notamment les hauts-magistrats des Parlements disposaient de multiples outils juridiques afin d'entraver les volontés étatiques de réformes. Ces réformes voulues par le roi de France se voyaient mises à mal par la volonté des juristes, aux premiers rangs desquels les parlementaires. Comme cela a été précisé précédemment, ces parlementaires disposaient d'un droit de remontrances afin d'affirmer leur opposition à l'enregistrement d'édits, d'ordonnances royales et de lettres patentes. Cette situation conduira à une véritable paralysie au niveau des réformes étatiques pourtant nécessaires telles que celles concernant la fiscalité. Cette incapacité pour le roi de mener à bien les réformes indispensables à l'évolution de la société française conduira directement à cet événement majeur de notre histoire qu'est la Révolution française. Les révolutionnaires n'oublieront pas ces éléments et musèleront le pouvoir judiciaire bien trop présent à leur goût dans la politique de la France. Une justice qui sera déprofessionnalisée et un véritable culte de la loi se trouvera prôné et revendiqué. C'est plus précisément ce dernier point qui nous intéresse car en effet, comment pourrait-on envisager l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois dans un Etat qui voue un véritable culte à la loi ? Remettre en cause une loi au regard de la Constitution paraît donc être bien éloigné de la pensée des révolutionnaires, ces derniers voulant surtout assurer le triomphe de la loi. Ce courant de pensée que l'on appelle plus communément le légicentrisme prend tout son sens via l'étude de la pensée de certains philosophes. Le plus connu d'entre eux est incontestablement Jean Jacques Rousseau. Ce dernier met en avant l'idée selon laquelle la loi émane de la volonté générale, la volonté du peuple et doit être respectée par-dessus tout.

L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen consacrera cette idée⁷. Le temps de la loi est venu, les Hommes de l'époque lui vouent un véritable culte, un député disait à la tribune de l'assemblée << *n'oubliez jamais que si le culte de la divinité est la religion de l'homme, le culte de la loi est la religion du citoyen*>>.

Toute interprétation d'un texte législatif est proscrite pour les magistrats de l'époque. Ces derniers deviennent de véritables automates de la loi. Comme le soulignait Montesquieu dans son œuvre majeure << *De l'Esprit des lois*>>, ceux-ci doivent être <<la bouche de la loi>>. Cette situation va atteindre son paroxysme avec l'instauration par la loi des 16 et 24 août 1790 d'un référé législatif qui consiste pour le juge, lorsqu'il est nécessaire pour lui d'interpréter une loi qui serait trop obscure, à surjoindre à statuer et attendre les recommandations du corps législatif sur la façon dont il doit apprécier la loi.

Des voix dissonantes vont pourtant émerger dans cette passion vouée à la loi et des projets en faveur d'une soumission de la loi à la Constitution vont voir le jour. Le contexte de l'époque et notamment la période de la Terreur⁸ avec la politique de répression exercée par les Montagnards va contribuer à l'émergence de cette nouvelle conception. En effet, la canalisation du pouvoir politique ainsi que du pouvoir législatif ne peut se faire pour certains philosophes et Hommes politiques de l'époque que par l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. L'abbé Sieyès va être à l'origine d'un projet de création d'un organe chargé de contrôler la conformité des lois vis-à-vis de la Constitution. Cette proposition se matérialise par l'instauration d'un jury constitutionnaire qui aura la responsabilité d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois et des décrets. De multiples critiques vont naître à l'énoncé de cette proposition qui vise à confier à des citoyens ordinaires la lourde responsabilité de ce contrôle, ces derniers disposent-ils d'un raisonnement suffisamment éclairé pour exercer une telle fonction ? On y voit un potentiel retour à une situation de blocage de l'action législative et gouvernementale qui pourrait se traduire par une véritable paralysie connue jadis sous l'Ancien Régime, sans oublier un amour de la loi extrêmement présent qui, conjugué aux autres éléments précédemment évoqués, va conduire à

⁷ Article 6 de la DDHC dispose que << *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.*>>

⁸ La période de la Terreur commence véritablement en 1793 avec la prise du pouvoir par les Montagnards et s'achève le 28 juillet 1794 avec la chute de Robespierre.

un rejet du projet de Sieyès⁹. Pour autant, Sieyès ne sera pas le seul à envisager la création d'un contrôle de constitutionnalité des lois pour la France, Armand-Guy-Kersaint¹⁰ avancera un projet proche de celui de Sieyès. Condorcet¹¹ quant à lui souhaitera la création d'un veto populaire contre toute violation par une loi de la Constitution. Il ne faut pas oublier un projet de balancier politique dont l'auteur a préféré rester anonyme qui prévoyait l'instauration d'une toute nouvelle institution qui aurait eu la responsabilité d'effectuer des contrôles de conformité à la Constitution de textes législatifs. Tous ces projets n'aboutiront nullement à une réalisation concrète mais constitueront bel et bien une évolution des mentalités qui se poursuivra au fil des siècles.

Partie II : La volonté de création d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori en France : un projet trop souvent oublié, de multiples tentatives et un aboutissement

Cette volonté de doter la France d'un contrôle de constitutionnalité des lois dit <<a posteriori>> remonte en réalité à une période trouble de notre histoire. Extrêmement critique envers cette période nous ne pouvons jeter un voile sur cette réalité en passant outre (A). Cet épisode de notre histoire est très souvent absent des études menées sur la genèse d'un contrôle par voie d'exception en France et ce au profit de deux projets véritablement perçus comme les premières étapes infructueuses de l'introduction d'une telle procédure (B).

⁹ Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) était un homme d'Eglise, un homme politique de premier rang ainsi qu'un essayiste français.

¹⁰ Armand-Guy-Kersaint (né le 20 juillet 1742 au Havre – mort guillotiné à Paris le 4 décembre 1793) était un officier de la marine, un écrivain et député de la Convention.

¹¹ Nicolas de Condorcet (1743-1793) était un philosophe, mathématicien et un homme politique français devant être rattaché au courant des Lumières.

A) Un premier projet avorté au cours d'une période sombre de notre histoire

S'il convient de dénoncer avec la plus grande vigueur le Régime de Vichy qui de par sa politique menée restera comme une des taches les plus sombres de notre histoire, nous ne pouvons pas écarter cette période de notre étude en raison du fait que celle-ci est forte d'enseignement. Les analyses menées sur les premières tentatives d'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori en France n'évoquent que très rarement la période vichyste. Or, aussi incroyable que cela puisse paraître, le Maréchal Pétain va signer un projet de constitution pour la France en 1944 issu d'une loi constitutionnelle en date du 10 juillet 1940 prévoyant la création d'un contrôle par voie d'exception. L'article 37¹² prévoit en effet que la juridiction investie de ce contrôle sera la Cour suprême de justice. Cette institution est semblable en partie à notre Conseil constitutionnel actuel dans le sens où celle-ci devait être juge de la constitutionnalité des lois et également juge de la bonne tenue des opérations électorales. En revanche, des compétences supplémentaires devaient être allouées à cette institution dont le Conseil constitutionnel actuel n'est pas investi : il s'agit de la possibilité de juger le Chef de l'Etat si celui-ci était mis en accusation par l'Assemblée nationale ainsi que de juger les ministres ou secrétaires d'Etat mis en accusation soit par le Président de la République en personne soit par l'Assemblée nationale¹³ ; une compétence relativement proche de celle de la Cour de Justice de la République que nous connaissons actuellement.

¹² Cette article 37 nous précise que :

1° Le recours pour inconstitutionnalité n'est recevable que s'il a pour base la violation d'une disposition de la Constitution.

Il est formé par voie d'exception.

2° L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant toute juridiction, mais seulement en première instance, soit par le ministère public, soit par les parties, soit, d'office, par la juridiction saisie.

3° Dès qu'a été soulevée l'exception d'inconstitutionnalité, la procédure au principal est suspendue jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême de justice sur la valeur du recours.

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

¹³ **Article 34.**

La Cour suprême de justice a les attributions suivantes :

1° Elle statue sur les recours pour inconstitutionnalité de la loi ;

2° Elle a compétence exclusive pour juger le chef de l'État sur mise en accusation par l'Assemblée nationale ;

3° Elle juge les ministres ou secrétaires d'État sur mise en accusation soit par le président de la République, soit par l'Assemblée nationale ;

4° Elle juge toute personne mise en accusation par le chef de l'État pour attentat contre la sûreté de l'État ;

5° Elle procède à la vérification des opérations électorales tendant à la désignation des sénateurs et des députés et se prononce sur les demandes de levées de l'immunité et sur les demandes de déchéance les concernant.

On peut parler de <<*super institution*>> de par le champ de compétences étendu qu'aurait dû avoir cette Cour suprême de justice. Ce qui est encore plus surprenant c'est que le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori qui devait être créé semble sur certains aspects aller plus loin que notre procédure actuelle. En effet pour rappel, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) peut être soulevée par tout justiciable, en revanche il est impossible pour le juge de soulever directement une QPC. Or avec ce projet de Constitution cette possibilité était offerte à la juridiction saisie et à ses magistrats. Le ministère public pouvait également être à l'origine d'une telle procédure.

Après ces explications, une interrogation nait en nous, celle-ci pourrait être formulée de la façon suivante : instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori ainsi qu'Etat démocratique et républicain vont-ils forcément de pair ? Très souvent présenté comme un des fondements de l'Etat démocratique moderne, le contrôle par voie d'exception en est-il pour autant une composante indispensable quand on sait maintenant que le Régime de Vichy a été un des premiers à vouloir sa création en France ? La première réponse qui nous vient immédiatement à l'esprit est un <<non>> très ferme dans le sens où la politique répressive du Régime de Vichy est à l'opposé des valeurs véhiculées par tout Etat démocratique qui se respecte. Le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori ne serait donc pas une composante indispensable au bon fonctionnement d'un Etat démocratique. A moins que le Régime de Vichy ne soit pas considéré sur l'ensemble de ses composantes comme un régime antidémocratique et antirépublicain. Cette hypothèse nous répugne en tout point mais en faisant abstraction de toutes les infamies commises par ce régime afin de tenter d'évacuer l'aspect émotionnel de cette question il est possible de s'attarder sur cette interrogation. Un livre qui a fait couler beaucoup d'encre mais dont la véracité des thèses développées est aujourd'hui largement reconnue par les historiens nous intrigue et nous permet surtout de nous interroger. Il s'agit d'un ouvrage de Gérard Noiriel, *Directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales*, intitulé <<*Les origines républicaines de Vichy*>>¹⁴.

A l'opposé de la pensée traditionnelle qui consiste à affirmer que le Régime de Vichy est une parenthèse ô combien regrettable dans l'histoire républicaine de la France, l'auteur considère que Vichy puise une partie de ses origines dans l'histoire républicaine. Cette thèse qui paraît pour le moins surprenante n'en est pour autant pas si inexacte. En effet, Gérard Noiriel a réalisé précédemment des études sur l'histoire de l'immigration ainsi que l'histoire du fichage des individus par le biais des papiers d'identité

¹⁴ NOIRIEL Gérard, *Les origines républicaines de de Vichy*, Hachette, Paris, 1999, 336 p.

en France¹⁵. Au cours de ses recherches il s'est rendu compte que les pratiques de la III^{ème} République avaient bien des points de similitudes avec celles opérées sous Vichy. En effet, en ce qui concerne l'identité des individus, le régime de Vichy a mis en place un fichage discriminatoire permettant de connaître la <<race>> et la religion des individus. Or sous la III^{ème} République la carte d'identité fut créée en 1917 et celle-ci était au départ réservée aux étrangers afin de <<mieux assurer la sécurité des citoyens>>. Gérard Noiriel nous explique qu'à la lumière de cet élément il comprend bien mieux pourquoi les fonctionnaires de Vichy ont accepté si facilement la constitution d'un fichier juif. Pour lui c'est le prolongement de dérives de la III^{ème} République. Comment un régime républicain a-t-il pu cautionner ces pratiques ? L'explication est toute simple, il fallait satisfaire les exigences des citoyens exprimées dans les urnes, les radicaux durant les années 1930 vont mener une politique discriminatoire et ce à l'encontre des étrangers afin de satisfaire leur base électorale tout en faisant progresser la laïcité et les droits de l'Homme. Gérard Noiriel nomme cela le <<compromis républicain>>. Nous pourrions également ajouter un élément que Gérard Noiriel laisse de côté, il s'agit de l'affaire Dreyfus. Le capitaine Dreyfus était un officier de l'armée française de confession juive qui était accusé à tort d'avoir trahi la France en ayant fourni des documents confidentiels aux autorités de l'Empire Allemand. Cette affaire nous montre à elle seule l'antisémitisme qui régnait en France avec un Etat français qui se trouvait être un acteur majeur au sein de ce climat de suspicion. Sommes-nous sous Vichy ? Absolument pas, c'est bien durant la Troisième République que cette affaire éclate (en 1894). Après la défaite contre la Prusse de 1871, la France cherche les coupables de sa défaite et l'hypothèse de l'ennemi intérieur est privilégiée. C'est exactement la même chose après la défaite de la France durant la Seconde Guerre Mondiale, Vichy cible les juifs, les francs-maçons à ses yeux responsables de tous les maux de la France.

Bien loin de faire l'apologie du régime de Vichy, la pensée de Gérard Noiriel nous permet surtout de mesurer les limites du régime Républicain et les dérives éventuelles qui peuvent en découler.

C'est donc bien le Régime de Vichy qui fût le premier à tenter l'instauration d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité mais cette première tentative ne fût absolument pas la seule.

¹⁵ NOIRIEL Gérard, *Le Creuset français. Histoire de l'immigration, XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Le Seuil, 1988 (« Points histoire »), et *Réfugiés et sans papiers. La République face au droit d'asile*, Paris, Hachette, 1998 (« Littératures »).

B) Deux célèbres tentatives infructueuses et une introduction récente

Les premières initiatives en matière de création d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori sont généralement étudiées autour de deux projets. Ces deux projets constituent effectivement des tentatives notables d'introduction d'un tel contrôle mais ne sont pas pour autant la ou les toutes premières initiatives en la matière, comme prouvé précédemment¹⁶.

Le premier projet date de l'année 1989 soit exactement deux-cents ans après la proclamation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Robert Badinter, président du Conseil constitutionnel de l'époque, souhaite qu'à l'occasion de ce bicentenaire la France passe à une nouvelle aire en matière de contrôle de la conformité des lois vis-vis de la constitution. Il arrive à convaincre le président de la République, François Mitterrand, au départ plutôt réticent à cette idée mais qui s'y rallie finalement dans un second temps. C'est lors du traditionnel discours télévisé du 14 juillet 1989 que François Mitterrand va révéler cette initiative et ce projet¹⁷. Ce dernier souhaite un dialogue constructif entre le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel dans cette nouvelle procédure qui sera donc accompagnée d'un filtre. Un projet de loi organique ainsi qu'un projet de loi constitutionnel voient le jour, le second sera notamment présenté en Conseil des ministres le 28 mars 1990. L'assemblée nationale va alors adopter en première lecture ce projet de loi mais le Sénat va quant à lui profondément modifier en première puis en seconde lecture le projet initial, le modifiant profondément ce qui conduira à son rejet total¹⁸.

Trois ans après ce premier échec un nouveau projet de loi constitutionnelle va voir le jour. Ce dernier comprend plusieurs réformes importantes concernant le Conseil supérieur de la magistrature, la responsabilité pénale des ministres mais surtout les règles de saisine du Conseil constitutionnel. Il est prévu notamment l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. C'est l'éminent Doyen Goerges Vedel qui est à l'initiative par sa présidence d'un comité consultatif pour la révision de la Constitution.

¹⁶ Cf. II) A)

¹⁷ MAUGUE Christine, STAHL Jacques-Henri, *La question prioritaire de constitutionnalité*, DALLOZ, Paris, 2012, 308 p.

¹⁸ DUPIC Emmanuel, *La question prioritaire de constitution : Une révolution des droits fondamentaux*, PUF, Paris, 2013, p.13-15

Ce projet est véritablement similaire à celui de 1990, voire reprend les diverses facettes de son aînée.

Le Sénat va retirer du texte ce mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité qui ne sera pas rétabli par les députés de l'Assemblée nationale nouvellement élus ou réélus depuis mars 1993. Il s'agit donc d'un nouvel échec.

Il n'y aura plus pendant quinze ans de volontés de la part des dirigeants politiques de doter la France d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Il faudra attendre l'année 2007, quelques mois après l'élection de Nicolas Sarkozy en tant que chef de l'Etat français, pour qu'un comité de réflexion et de proposition concernant la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République soit institué par un décret pris en conseil des ministres le 18 juillet 2007. C'est le président de la République qui va signer une lettre de mission et confier le soin à ce comité, présidé par Edouard Balladur, d'instaurer un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité. Le chef de l'Etat regrette le fait que la France reste un des seuls grands pays démocratiques à ne toujours pas disposer d'un tel contrôle. La consultation des formations politiques va être engagée par le Premier ministre de l'époque François Fillon afin de mesurer les marges de manœuvres possibles dans le but que les parlementaires réunis peu de temps après en Congrès puissent approuver cette révision constitutionnelle. Il s'agit bien d'une révision de la Constitution qui se prépare via un projet de loi constitutionnelle avec des articles 26 et 27 qui concernent directement l'instauration d'un contrôle par voie d'exception. Le texte va être définitivement adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat dans le courant du mois de juin 2008. Quelques modifications qui ne changent absolument pas le cœur du projet vont être réalisées par ces deux chambres du Parlement. Conformément à l'article 89 de la Constitution, il ne restera plus qu'une phase à franchir pour que le projet de loi constitutionnelle soit adopté : il s'agit de la ratification. Celle-ci peut s'effectuer soit par référendum soit avec la réunion du Parlement en Congrès. Cette réunion des parlementaires à Versailles a été le choix privilégié par le Chef de l'Etat où trois cinquième des parlementaires vont devoir approuver ce projet de révision afin que celui-ci devienne effectif. C'est bien de justesse que la majorité des trois cinquième a été réunie dans le sens où 538 voix étaient requises et où 539 voix se sont exprimées pour et 357 contre. C'est à deux voix près que la révision a pu être ratifiée.

L'introduction de l'article 61-1 de la Constitution¹⁹ qui dote la France d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori, ne suffit pas à lui seul pour prévoir tous les contours d'un tel dispositif ; Une loi organique en date du 10 décembre 2009 va venir préciser les conditions d'application de ce mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité et lui donner le nom de <<Question Prioritaire de Constitutionnalité>> (QPC). Cette QPC est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 et constitue à certains égards ce que les juristes ont tendance à qualifier de <<révolution juridique>>.

Là aussi le passé nous éclaire dans le sens où les volontés d'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois durant la Vème République trouvent un écho dans l'expérience passée de la III^e et de la IV^e République. L'instabilité gouvernementale est de mise au cours de ces deux Républiques précédant l'avènement de la Vème République. Le pouvoir législatif est fort face à un exécutif relativement faible, les gouvernements se succèdent et sont changés aux grés des circonstances. La Vème République se veut être en rupture avec ces éléments précédemment évoqués, une volonté de canaliser le pouvoir législatif émerge. Nous pouvons parler de <<rationalisation du parlementarisme>> destinée à renforcer le pouvoir exécutif. Le contrôle de la conformité des lois vis-à-vis de la Constitution constitue un instrument parmi tant d'autres afin d'assurer cette rationalisation. Il s'agit donc d'une volonté qui est tirée d'une expérience passée, une nouvelle preuve qui s'ajoute à tant d'autres et qui consiste à affirmer le fait que la théorisation du droit constitutionnel ne peut se faire sans l'appui d'éléments historiques qui contribuent à nous expliquer le passé afin de mieux éclairer le présent.

¹⁹ L'article 61-1 de la Constitution dispose que <<Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article>>.