

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE OU L'EXCEPTION FRANÇAISE

Por MICHEL FROMONT*

TABLE DES MATIÈRES**

1. L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : A) Le Conseil constitutionnel : a) *Un statut ambigu.* b) *Une procédure peu juridictionnelle.* B) Un contrôle de constitutionnalité lacunaire : a) *Un contrôle de constitutionnalité objectif, abstrait et préalable.* b) *Un contrôle qui ne peut se suffire à lui seul.*—2. L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR LES JUGES CIVILS, PÉNAUX ET ADMINISTRATIFS : A) L'existence d'un contrôle diffus de la constitutionnalité en France : a) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs.* b) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes judiciaires.* B) Les limites du contrôle de constitutionnalité : a) *La jurisprudence de la loi-écran et son manque de légitimité.* b) *Le contournement nécessaire de la jurisprudence de la loi-écran.*

Les Français éprouvent un certain plaisir à exalter l'originalité de leurs institutions dans le monde du droit et de la politique. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à faire valoir ce qu'ils appellent l'exception française. En réalité, bien souvent, ils dissimulent ainsi le retard pris par la France en maints domaines et essaient de justifier l'isolement de leur pays au sein des nations les plus développées. Le résultat est que l'influence de la pensée juridique française marque aujourd'hui le pas. Il nous semble nécessaire de sortir de cette sorte d'engourdissement intellectuel qui est si préjudiciable au rayonnement de la France et de porter en conséquence un regard plus critique sur les institutions françaises qu'on ne le fait habituellement.

* Michel Fromont ha sido, sucesivamente, Catedrático (*Professeur*) de las Universidades del Sarre, de Borgoña y de París I (Panteón-Sorbona). Ha sido igualmente Profesor asociado en Alemania y en Italia.

** Artículo inicialmente publicado en el libro colectivo *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, coordinado por JEAN-CLAUDE COLLIARD y YVES JEGOUZO, Economica, París, 2001.

Bien des exemples pourraient être donnés dans le domaine du droit public : le semi-présidentialisme, qui n'est que le recopiage des institutions de la République de Weimar, l'étendue du pouvoir réglementaire, qui aboutit à ce qu'un texte aussi fondamental que le Code de procédure civile ait été pris par voie de décret; le cumul des compétences consultatives et juridictionnelles qui heurte non seulement les juristes américains (témoin l'épisode de l'implantation de Disneyland en France), mais encore la Cour européenne des droits de l'homme (au travers de la condamnation des usages suivis au Conseil d'État luxembourgeois). Mais nous nous contenterons d'aborder aujourd'hui le système français de justice constitutionnelle qui est si étrange aux yeux des juristes du reste de l'Europe que sa présentation hors de l'hexagone est vraiment ardue.

Si l'on entend par justice constitutionnelle l'application de règles constitutionnelles par un juge, le système français de justice constitutionnelle peut être présentée de la façon suivante. Il y a en premier lieu les procédures qui permettent au Conseil constitutionnel, soit d'apprécier la constitutionnalité de lois ou de traités internationaux, soit de constater que certaines lois concernent des domaines non énumérés par l'article 34 de la Constitution et qu'elles peuvent en conséquence être modifiées par le Gouvernement. Il y a, en second lieu, les cas dans lesquels les tribunaux civils, pénaux et administratifs peuvent exceptionnellement appliquer des règles de droit de valeur constitutionnelle aux litiges dont ils sont saisis. Il y a ainsi à la fois un contrôle de constitutionnalité concentré au Conseil constitutionnel et un contrôle de constitutionnalité exercé de façon diffuse, c'est-à-dire par toutes les juridictions. Or chacun de ces contrôles est aménagé d'une façon très originale, si originale qu'on ne la retrouve guère que dans les rares pays qui ont subi intégralement l'influence française.

1. L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dans beaucoup de pays, la justice constitutionnelle est concentrée entre les mains soit de la Cour suprême (Suisse, Irlande, Canada, par exemple), soit d'une Cour spécialisée dans l'examen des questions de constitutionnalité et appelée pour cette raison Cour constitutionnelle (Autriche, Italie, Allemagne, Espagne, par exemple). Ce qui fait l'étrangeté du système français, ce n'est donc pas le fait de la concentration (d'ailleurs partielle) du contrôle de constitutionnalité entre les mains du Conseil constitutionnel, mais l'aménagement du statut et des attributions de celui-ci. En effet, le Conseil constitutionnel a certes beaucoup d'attributs inhérents à toute juridiction, mais il ne les a pas tous; en outre, il exerce un contrôle de constitutionnalité lacunaire.

A) Le Conseil constitutionnel

Si l'on admet que le Conseil constitutionnel est une juridiction (il y a de bonnes raisons de le faire), force est de constater que c'est une juridiction imparfaite tant par son statut que par la procédure suivie.

a) *Un statut ambigu*

En premier lieu, pour être une véritable juridiction, le Conseil constitutionnel doit être indépendant et impartial.

Le Conseil constitutionnel est incontestablement indépendant dans la mesure où ses membres ne peuvent pas se voir retirer leurs fonctions pendant la durée de leurs fonctions et qu'ils ne peuvent pas être nommés une seconde fois. Il y a toutefois une exception à cette règle, qui, pour n'être pas d'une extrême gravité, n'en est pas moins regrettable : celui qui a été désigné pour achever le mandat d'un membre démissionnaire ou décédé avant la fin de son mandat peut être nommé une seconde fois s'il a été en activité pendant moins de trois ans (art. 12 de la loi organique). Plus extraordinaire est la présence de droit des anciens présidents de la République; de ce fait, la formation de jugement qu'est le Conseil constitutionnel a une composition qui varie selon le bon vouloir d'hommes politiques qui ne sont plus présidents. Il est vrai que dans la pratique, le seul ancien président de la République actuellement en vie, Valéry Giscard d'Estaing, a dû renoncer à siéger au Conseil aussi longtemps qu'il détient des mandats électifs.

Quant au cumul de fonctions permis aux membres du Conseil constitutionnel, la loi du 19 janvier 1995 a certes amélioré les choses. En particulier, la possibilité de cumuler un mandat d'élu local et la fonction de membre du Conseil constitutionnel a heureusement disparu; mais les autres incompatibilités, notamment les incompatibilités professionnelles, demeurent réglées d'un façon qui n'est pas satisfaisante: ne sont-elles pas alignées aujourd'hui, non sur celles des magistrats, mais sur celles des parlementaires (art. 4, de la loi du 19 janvier 1995)!

En outre, une véritable juridiction peut-elle exercer d'autres fonctions que des fonctions juridictionnelles? Comme dit pour le Conseil d'État, lequel cumule d'ailleurs seulement fonctions consultatives et fonctions juridictionnelles, nous ne pensons pas pour notre part que le Conseil constitutionnel puisse exercer sans dommage pour son indépendance et son prestige toutes sortes de compétences qui n'ont rien de juridictionnelles. Tantôt le Conseil constitutionnel agit comme une simple autorité (administrative?) indépendante: il en est ainsi lorsqu'il arrête la liste des candidats

à l'élection présidentielle, peut-être même également lorsqu'il proclame le résultat de l'élection présidentielle et du référendum (quoiqu'il doive se prononcer au préalable sur les contestations) et certainement lorsqu'il envoie des délégués surveiller le déroulement des votations et élections nationales. Tantôt le Conseil constitutionnel est une autorité consultative: il donne des avis au président de la République lors de l'exercice des pouvoirs de crise de celui-ci ou au Gouvernement sur l'organisation de l'élection présidentielle ou d'un référendum. Tantôt enfin, le Conseil constitutionnel est incontestablement un juge, mais alors il est parfois un juge constitutionnel (articles 37, 41, 54 et 61 de la Constitution), plus précisément un juge de la constitutionnalité des actes du Parlement (car il n'est jamais juge de la constitutionnalité des actes du président ou du Gouvernement), ce qui correspond à une conception un peu tronquée de la justice constitutionnelle; parfois, il est un simple juge ordinaire, plus précisément un juge de la légalité des élections et en partie des mandats (articles 58, 59, 60 de la Constitution; articles LO 151 du Code électoral).

Enfin est-il normal que certaines compétences du Conseil constitutionnel reposent sur de simples règlements administratifs? Il est vrai qu'il s'agit généralement de pouvoirs de décision administrative ou de compétences consultatives (décrets portant organisation d'un référendum, décret du 14 mars 1964 relatif à l'élection du président de la République) et rarement de compétences juridictionnelles et encore, dans ce dernier cas, toujours de compétences de simple contrôle de la légalité (article 7 du décret du 14 mars 1964 relatif à l'élection du président de la République). Il n'en demeure pas moins que de telles méthodes juridiques sont indignes d'une haute juridiction.

b) *Une procédure peu juridictionnelle*

Il est assez malaisé d'expliquer à des juristes étrangers comment la procédure suivie par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la constitutionnalité peut être considérée comme juridictionnelle.

La procédure n'est-elle pas largement dépourvue de caractère contradictoire? Certes, la saisine est communiquée aux autres autorités de l'État qui disposent du droit de saisine. Mais, il n'en demeure pas moins que, dans le cadre de la procédure de l'article 61, la loi votée est défendue non par le Parlement, mais par le Gouvernement. Il est vrai les parlementaires n'ont pas encore accepté de dialoguer avec leur juge. Et surtout, aucun débat oral n'a lieu: il n'y a de contacts ni avec le rapporteur de la commission saisie au fond dans chaque assemblée, ni avec les auteurs de la saisine. Le Conseil se contente de recevoir au début de l'instruction la lettre de saisine, éventuellement un mémoire ampliatif de la part des auteurs

de celle-ci, puis, en quelque sorte en réponse, les observations écrites du Gouvernement. Le seul élément de procédure contradictoire est assez curieusement représenté par les contacts qui ont lieu de façon informelle entre le rapporteur du Conseil et le Secrétariat général du Gouvernement qui «défend» la loi.

La procédure n'est-elle pas également secrète? Aucun débat public n'a lieu, le nom même du rapporteur est tenu secret. La seule brèche portée au secret est aujourd'hui la publication au *Journal Officiel* du texte de la saisine (depuis 1983) ainsi que des observations en réponse du Secrétariat général du Gouvernement (depuis 1994).

La procédure n'est-elle pas, enfin, enserrée dans des délais très brefs? Le Conseil dispose au maximum d'un mois pour statuer, parfois même seulement d'une semaine (article 41 et urgence dans le cadre de l'article 61). Aucune juridiction n'a, à notre connaissance, l'obligation de statuer dans un délai limité (sinon parfois dans le cadre de procédures d'urgence).

Bien évidemment toutes ces particularités sont expliquées en général par les caractères propres du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: ce contrôle serait objectif, ne porterait que sur des questions de pur droit et n'exigerait donc pas une procédure judiciaire classique. Ces explications ne convainquent que ceux qui sont habitués aux bizarreries des juridictions françaises compétentes en droit public. En réalité, ce contrôle présente lui-même de graves lacunes.

B) Un contrôle de constitutionnalité lacunaire

En premier lieu, le contrôle de constitutionnalité institué par la Constitution au profit du Conseil constitutionnel est un contrôle unilatéral: il ne vise que les actes du Parlement: règlements parlementaires, lois votées par le Parlement (à l'exception des lois référendaires et des ordonnances), traités devant faire l'objet d'une loi d'autorisation. En revanche, il ne vise aucun acte du président de la République et aucun acte du Gouvernement; tout au plus le Conseil constitutionnel peut-il s'opposer à ce que le Gouvernement modifie par décret une loi de la V^e République. En réalité, lorsque l'Exécutif est censuré par le Conseil constitutionnel, il ne l'est que dans la mesure où il a agi par l'intermédiaire du Parlement; il ne peut être touché que par ricochet.

En second lieu, le contrôle de la constitutionnalité des actes parlementaires, qui est donc le seul confié au Conseil constitutionnel, comprend deux branches très inégales: l'appréciation de l'appartenance au domaine de la loi ou du règlement des propositions parlementaires et des lois promulguées depuis 1998, qui peut être ici négligé en raison de son faible

développement¹ et le contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités internationaux. Or ce dernier contrôle présente un caractère objectif, *a priori*, et abstrait qui est pour le moins inhabituel (a) et, en outre, il est insuffisant dans la mesure où il n'est pas complété par un autre type de contrôle (b).

a) *Un contrôle de constitutionnalité objectif, abstrait et préalable*

Le caractère objectif et préalable du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois et les engagements internationaux soumis au Parlement (articles 54, 61, al. 1 et 61, al. 2, de la Constitution) est très prononcé.

En premier lieu, que l'acte à contrôler soit un traité, une loi organique ou une loi ordinaire², le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que par des acteurs de la vie politique: l'exercice du droit de saisine ne dépend donc pas de l'intensité de l'atteinte portée aux droits des individus, mais de la simple appréciation de l'opportunité politique faite par les détenteurs du droit de saisine. De fait, des lois portant gravement atteinte aux droits de l'homme peuvent ne pas être contestés par des hommes politiques peu soucieux de défendre, par exemple, les droits des membres d'une minorité peu populaire dans l'opinion publique ou des droits traditionnellement mal défendus. C'est une première faiblesse du système français.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi qu'avant l'entrée en vigueur du texte adopté par le Parlement. La procédure s'insère ainsi dans le processus d'adoption du traité ou de la loi, c'est-à-dire à un moment où tous les effets anticonstitutionnels de la loi n'ont pas encore eu le temps d'apparaître. En réalité, ce qui est demandé au Conseil constitutionnel, c'est moins l'examen des arguments d'un plaideur atteint dans ses droits qu'une sorte d'audit juridique; bref la décision du Conseil apparaît principalement comme une sorte d'avis conforme qui peut être requis par l'un des titulaires du droit de saisine. Cet examen s'insère dans le processus d'adoption de la loi ou du traité; d'ailleurs, la déclaration de non-conformité débouche normalement soit sur l'abandon du texte, soit sur une

¹ En revanche, le contentieux porté devant le juge administratif (principalement devant le Conseil d'État) et tendant à faire vérifier la conformité d'un règlement aux articles 34 et 37 de la Constitution est assez développé.

² C'est volontairement que nous omettons dans l'énumération les règlements des assemblées parlementaires, car, dans cas, il est incontestable que la question du respect des dispositions de fond de la Constitution, c'est-à-dire celle du respect des droits de l'homme ne se pose guère, encore que l'une des premières décisions rendues par le Conseil au sujet d'un règlement parlementaire a entendu protéger la liberté de former un parti politique contre les auteurs du règlement de l'Assemblée nationale (décision n° 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959).

seconde lecture de celui-ci par le Parlement, bref sur un réaménagement de la procédure parlementaire suivie. Cet aspect du contrôle est particulièrement marqué pour le contrôle des lois organiques qui doit avoir lieu en toute hypothèse, la saisine gouvernementale ayant ici une simple fonction d'information du Conseil et n'étant jamais motivée. Mais pour les lois ordinaires, il convient de rappeler que la lettre de saisine n'est pas obligatoirement motivée et que, dans la pratique, elle n'est motivée que si elle est le fait de parlementaires.

Enfin, le contrôle de constitutionnalité qui est exercé ne peut être que purement abstrait³. En effet, ce qui est demandé au Conseil constitutionnel, ce n'est pas d'apprécier à la lumière de la Constitution les effets produits par l'application d'une règle de droit à l'individu. Ce qui est demandé au juge constitutionnel français, c'est tout autre chose: il doit soit constater qu'il y a une sorte de contradiction flagrante entre les règles du droit constitutionnel et les dispositions contenues dans le texte examiné, soit de pronostiquer que le texte examiné produira à l'avenir des effets juridiques qui seront en contradiction avec les règles constitutionnelles. La première hypothèse est nécessairement exceptionnelle: elle correspond en réalité à la notion de violation directe de la règle de droit dans le contentieux administratif. C'est donc la seconde hypothèse qui est la plus importante. Or, dans cette seconde hypothèse, il est demandé au Conseil constitutionnel d'imaginer tous les cas dans lesquels le texte examiné est susceptible de produire des effets incompatibles avec la Constitution, ce qui est une tâche impossible à faire, surtout lorsqu'on se souvient qu'il doit rendre sa décision dans un délai très bref. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel se refuse souvent à décerner un brevet de conformité à un texte et il se contente souvent de rejeter les arguments qui lui ont été soumis, ce qu'il ne peut d'ailleurs faire qu'en présence de saisines motivées.

De telles caractéristiques sont éminemment regrettables dans la mesure où ce contrôle de constitutionnalité ne vise pas seulement à garantir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, mais encore et surtout qu'il vise à assurer la protection des droits de l'homme, c'est-à-dire des droits les plus précieux de chaque individu placé sous la souveraineté de la République. Or, le droit d'agir est refusé aux principaux intéressés; le contrôle ne peut pas être déclenché au moment de l'application de la loi, c'est-à-dire au moment où la loi est susceptible de manifester sa malfaisance; enfin le contrôle repose sur de simples suppositions. Le contrôle se ramène à un exercice de pronostic.

³ Sur la distinction des procédures concrètes et des procédures abstraites de contrôle de la constitutionnalité, voir notre livre sur *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996.

b) *Un contrôle qui ne peut se suffire à lui seul*

Certes, dans des pays comme l'Autriche, l'Irlande, l'Allemagne, l'Espagne ou la Belgique, il existe des procédures de contrôle abstrait susceptibles d'être dirigées contre des lois. Mais en outre le fait qu'elles se déroulent selon une procédure juridictionnelle tout à fait classique et non pas selon une procédure assez largement dérogatoire aux canons habituels de la procédure judiciaire et qu'elles peuvent généralement être intentées sans condition de délai, ces procédures abstraites présentent des inconvénients beaucoup moins graves pour une raison très simple: elles ne constituent jamais l'unique moyen de provoquer un contrôle de la constitutionnalité des lois et d'assurer le respect concret des règles constitutionnelles: elles ne constituent en général qu'une voie relativement exceptionnelle.

Aux côtes de la procédure abstraite, on rencontre, en effet, dans tous les pays européens soit des procédures mi-abstraites mi-concrètes comme la question préjudicielle, soit des procédures entièrement concrètes, comme le recours individuel en protection des droits de l'homme. Or ces procédures mettent toutes en oeuvre le caractère perpétuel de l'exception d'inconstitutionnalité, ce qui permet aux juges de s'opposer à tout instant à l'application d'une loi, même si elle est apparue précédemment conforme à la Constitution sur un point déterminé, lorsque, sur un autre point, elle produit des effets incompatibles avec la Constitution. De ce fait, il n'y a pas de risque que des règles législatives contraires à la Constitution demeurent en vigueur très longtemps, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elles fassent l'objet de modifications et soient ainsi susceptibles d'être de nouveau contrôlées par le juge constitutionnel dans le cadre d'une procédure de contrôle abstrait.

Il est vrai que le contrôle abstrait préalable de constitutionnalité à la française a un immense mérite, celle de soustraire à toute contestation juridique les textes contenant des règles de droit une fois qu'ils sont entrés en vigueur. Mais il faut bien voir que le prix à payer est lourd puisqu'il ne permet qu'un contrôle lacunaire du respect des règles constitutionnelles. Pour notre part, nous aurions tendance à considérer que le système français n'est supérieur sur ce point au système des autres pays que dans un seul cas: lorsqu'il s'agit de vérifier la constitutionnalité d'un traité. En effet, la règle *Pacta sunt servanda* s'oppose à toute remise en cause des engagements internationaux même au nom du nécessaire respect de la Constitution nationale: le contrôle lacunaire de constitutionnalité qu'institue l'article 54 de la Constitution française est donc à cet égard le seul contrôle qui soit compatible avec une Constitution qui fait de la France un État participant à la construction de l'Europe et de la paix dans le monde. Le système français est à cet égard à donner en exemple à nos partenaires

de l'Europe (à l'exception de l'Espagne et du Portugal qui connaissent également un contrôle préalable de la constitutionnalité des traités, mais pas de façon exclusive).

En revanche, pour les lois nationales, il semble nécessaire de disposer de procédures de contrôle plus étoffées. En particulier, pour la France, une procédure concrète comme la question préjudicielle nous semble indispensable: seule elle permettrait un contrôle de constitutionnalité de toutes les lois antérieures à 1958 et également des lois postérieures à cette date pour autant que ces dernières n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel. La législation française comporte beaucoup de lois très anciennes et nécessairement un certain nombre d'entre elles ne sont pas en harmonie avec la conception actuelle des droits de l'homme comme le montrent d'ailleurs les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme prononcées contre la France. Il est vrai que le contrôle diffus de constitutionnalité qui est exercé par les juges civils, pénaux et administratifs en France pourrait peut-être combler les lacunes du système français.

2. L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PAR LES JUGES CIVILS, PÉNAUX ET ADMINISTRATIFS

La justice constitutionnelle n'est pas entièrement concentrée entre les mains du Conseil constitutionnel: les juges civils, pénaux et administratifs ont vocation à appliquer les règles de droit ayant valeur constitutionnelle⁴. Nous étudierons successivement l'affirmation de cette compétence, la limitation résultant de la théorie de la loi-écran et enfin les jurisprudences qui tendent à tourner celle-ci.

A) L'existence d'un contrôle diffus de la constitutionnalité en France

a) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs*

En premier lieu, le juge administratif assure le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. De tous temps, le Conseil d'État a censuré les empiétements du pouvoir réglementaire sur le domaine réservé à la loi. Il est vrai que jusqu'en 1946, ce contrôle ne portait guère que sur des problèmes de répartition des compétences; mais depuis que la Consti-

⁴ Pour une présentation plus détaillée, et plus «neutre», voir MICHEL FROMONT, «Le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires françaises», in *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, Dike, Lachen, 1998, p. 183.

tution garantit de nouveau des droits de l'homme⁵, ce contrôle porte également sur le respect des droits de l'homme garantis par la Constitution, qu'il s'agisse par exemple du droit de grève dans les services publics⁶ ou de la liberté d'association opposable à une décision de police⁷. La création du Conseil constitutionnel et le développement de la jurisprudence ont eu pour effet d'inciter le juge administratif à appliquer beaucoup plus souvent que par le passé les dispositions de la Constitution lors de l'examen de la régularité d'un acte administratif.

En premier lieu, en raison de la règle de l'autorité de la chose jugée, le juge administratif est tenu de tenir compte de l'interprétation que le Conseil constitutionnel a donnée de la Constitution lorsqu'il applique une loi sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcée et au sujet de laquelle il a subordonné sa déclaration de conformité à la Constitution à une «réserve d'interprétation». Cette dernière technique, qui s'apparente à celle de l'interprétation conforme à la Constitution que pratique les juges constitutionnels étrangers statuant *a posteriori*, remplit en quelque sorte la fonction d'une «circulaire d'interprétation». En vertu de l'article 62 de la Constitution, tous les organes chargés d'appliquer la loi en cause, donc y compris le juge administratif, sont tenus de respecter l'interprétation que le Conseil constitutionnel a donnée *in abstracto* et *a priori* de la loi pour que celle-ci soit conforme à la Constitution, ce qui est un moyen indirect pour faire pénétrer les principes constitutionnels au coeur même de la loi à appliquer. Le juge administratif a même pris l'habitude, dans de tels cas, de citer expressément dans son jugement la décision du Conseil constitutionnel, ce qui représente une innovation notable pour un pays dans lequel la jurisprudence n'est pas normalement source du droit et où il n'y a par conséquent pas de précédent judiciaire. Le meilleur exemple est fourni par la décision rendue par le Conseil d'État le 11 mars 1994: ce jour-là, il s'est référé explicitement à une décision du Conseil constitutionnel pour annuler une sanction prise par une autorité administrative parce que celle-ci n'avait pas tenu compte de la «réserve d'interprétation» que le Conseil constitutionnel avait formulée à l'occasion de l'examen de la loi appliquée en l'espèce par l'administration⁸.

En deuxième lieu, le juge administratif est amené à appliquer des règles constitutionnelles qui ont déjà fait l'objet d'une interprétation de la

⁵ C'est seulement en 1946 que la Constitution contient de nouveau une déclaration de droits, il est vrai sous la forme d'un préambule, ainsi qu'un article 81 déclarant que «tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyens de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution».

⁶ Conseil d'État, 7 juillet 1950, Dehaene, *Rec.* p. 426.

⁷ Conseil d'État, 11 juillet 1965, Amicale des Annamites de France, *Rec.* p. 317.

⁸ Conseil d'État, 11 mars 1994, S.A. La Cinq, *Rec.* p. 117, conclusions Frydman.

part du Conseil constitutionnel sans que toutefois l'autorité de la chose jugée l'y oblige? C'est normalement le cas lorsque le texte législatif appliqué par le juge administratif n'est pas celui à l'occasion duquel le Conseil constitutionnel a dégagé une interprétation nouvelle de la Constitution. Bien qu'il ne soit pas tenu par l'autorité de la chose jugée, le juge administratif suit spontanément la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a fait sienne la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'indépendance des professeurs d'université⁹. Toutefois, il arrive que les jurisprudences constitutionnelles divergent, le meilleur exemple étant fourni par la jurisprudence relative au droit de grève: le Conseil constitutionnel exige une loi pour la réglementation de ce droit alors que le Conseil d'État se contente d'une décision du chef de service¹⁰.

Enfin, en troisième lieu, le juge administratif applique assez souvent des règles constitutionnelles qui n'ont pas encore été interprétées par le Conseil constitutionnel. Ainsi le Conseil d'État a déjà été amené à se prononcer sur des questions qui n'avaient pas encore été abordées par le Conseil constitutionnel. Par exemple, il a lui-même précisé la portée de la liberté d'aller et venir au sujet d'un contribuable qui n'avait pas satisfait à ses obligations fiscales et que l'administration voulait empêcher de quitter le territoire national¹¹ ou encore il a interprété la portée de la liberté d'opinion à propos du port de signes religieux par des élèves d'une école publique ou des absences d'un élève à des enseignements obligatoires pour raisons religieuses¹². Parfois même, le Conseil d'État devance le Conseil constitutionnel qui, ensuite, entérine la jurisprudence administrative; tel a été le cas pour le droit des étrangers au respect de leur vie familiale¹³. Il lui arrive même de dégager lui-même un nouveau «principe fondamental reconnu par les lois de la République», par exemple, il a consacré celui selon lequel l'extradition doit être refusée lorsqu'elle est demandée dans un but politique et a alors interprété un traité international de façon à le rendre conforme à la règle constitutionnelle qu'il avait dégagée¹⁴.

⁹ Conseil d'État, 29 mai 1992, Association amicale des professeurs du Muséum national d'histoire naturelle, *Rec.* p. 217.

¹⁰ Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, *Rec.*; Conseil d'État, 4 février 1981, Fédération CFTC des personnels de l'environnement, *Rec.* p. 45.

¹¹ Conseil d'État, 8 avril 1987, Ministre de l'Intérieur c. Peltier, *Rec.* p. 128, conclusions Massot.

¹² Conseil d'État, 2 novembre 1992, Kérouala, *Rec.* p. 389; Conseil d'État, 14 mars 1994, Melles Ylmaz, *Rec.* p. 129; Conseil d'État, 10 mars 1995, Consistoire Central des Israélites de France, *Rec.* p. 171; Conseil d'État, 20 mai 1996, Ministre de l'Éducation nationale c. Ali, *Rec.* p. 187.

¹³ Conseil d'État, Groupement d'information et de soutien des travailleurs étrangers (GISTI), *Rec.* p. 493; Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Rec.* p. 224.

¹⁴ Conseil d'État, 3 juillet 1996, Koné, *RFDA*, 1996, p. 870, conclusions J. M. Delarue.

b) *Le contrôle de la constitutionnalité des actes judiciaires*

Tous les actes judiciaires sont susceptibles d'être contrôlés dans leur constitutionnalité par les tribunaux civils et pénaux

En matière civile, l'application des règles constitutionnelles protectrices des droits de l'homme est moins fréquente qu'en droit administratif pour deux raisons. En premier lieu, la plupart des droits de l'homme sont traditionnellement présentés comme des droits essentiellement opposables à l'État, ce qui est d'ailleurs historiquement faux puisque l'Assemblée nationale de 1789 avait essentiellement en tête la transformation de la société civile, transformation qui ne devait être achevée qu'avec la promulgation du Code Napoléon. C'est pourquoi la jurisprudence civile qui applique le plus souvent les règles constitutionnelles porte sur le droit du travail, car le droit au travail¹⁵, la liberté syndicale¹⁶ et le droit de grève¹⁷ ont été formulés clairement comme des droits valant principalement pour les relations entre individus. En second lieu, l'autonomie de la volonté semble s'opposer à une irruption trop grande des droits de l'homme dans l'aménagement des relations entre individus: de fait, les quelques décisions rendues ces dernières années concernent surtout la responsabilité civile¹⁸ ou le droit de propriété¹⁹; aucune ne concerne le contrat, du moins à notre connaissance.

En matière pénale, l'application des règles constitutionnelles est beaucoup plus aisée puisque la déclaration des droits de l'homme de 1789 et la Constitution elle-même (art. 66) contiennent des dispositions portant de façon spécifique sur le droit pénal. De fait, la jurisprudence pénale appliquant des règles constitutionnelles est assez abondante²⁰.

Ce contrôle de constitutionnalité se heurte toutefois à des limites qui tiennent plus à la tradition qu'à la logique juridique.

¹⁵ Cour de Cassation, 19 novembre 1996, *JCP* 1997, éd. G, IV, 74 (clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail).

¹⁶ Cour de Cassation, 9 novembre 1982, *JCP* 1983, II, 1995, conclusions Gauthier (responsabilité des syndicats en cas de grève).

¹⁷ Cour de Cassation, 7 juin 1995, *Droit social* 1995, p. 835; *Revue de jurisprudence sociale*, n° 8-9, 1995, n° 933 (pas de réglementation du droit de grève par une convention collective). Cour de Cassation, 13 novembre 1996, *JCP* 1997, éd. G, II, 22754, rapp. Waquet (droit de grève de l'employé unique d'une entreprise).

¹⁸ Cour de Cassation, 24 janvier 1995, *Quotidien juridique*, 1995, n° 31, p. 5.

¹⁹ Cour de Cassation, 4 janvier 1995, *Bull. civ.* I, 3921.

²⁰ Citons seulement: Cour de Cassation, 25 avril 1985, *Bodgan*, *D* 1985, p. 329, conclusions Dontenville (juge judiciaire compétent pour contrôler la régularité d'un contrôle d'identité). Cour de Cassation, 28 juin 1995, *Bechta*, *JCP* 1995, II, 22504, conclusions J. Saint-Rose (juge judiciaire compétent en cas de rétention administrative d'un étranger).

B) Les limites du contrôle de constitutionnalité

L'exercice du contrôle de constitutionnalité par les tribunaux ordinaires est entravé par la jurisprudence de la loi-écran. Heureusement, il semble qu'elle soit en partie tournée aujourd'hui par le juge.

a) *La jurisprudence de la loi-écran et son manque de légitimité*

Tant le juge administratif que le juge civil ou pénal restent fidèles à un principe qui fut dégagé au début de la Monarchie de juillet par la Cour de cassation au sujet d'une loi sur la presse qui était manifestement contraire à la Constitution de 1830: «La loi du 8 octobre délibérée et votée dans les formes prescrites par la Charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux». Ce refus entraîne une conséquence importante : chaque fois qu'un acte administratif ou judiciaire viole la Constitution du seul fait qu'il applique une loi inconstitutionnelle, la loi fait «écran» entre la Constitution et l'acte examiné, c'est-à-dire qu'elle interdit au juge de censurer l'acte qui est ainsi en quelque sorte protégé par la loi. Le juge ne peut donc censurer l'acte que si l'acte est entaché d'un vice propre, ce qui limite beaucoup le pouvoir de décision du juge dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité.

Cette jurisprudence n'est pas légitime: le juge est tenu de respecter l'ensemble du droit. A partir du moment où la Constitution ne contient pas seulement des dispositions régissant l'organisation et le fonctionnement du Parlement, du président de la République et du Gouvernement et qu'elle contient également des dispositions relatives à l'organisation des tribunaux et aux droits de l'homme et où il est admis qu'elle est une source de règles de droit immédiatement applicables, aucun argument ne peut justifier la déférence du juge face à la loi promulguée: entre deux normes, il doit choisir la plus élevée. Tout au plus doit-on recommander au juge une certaine déférence à l'égard d'un texte qui a été voté par les représentants élus du peuple français. Mais cette déférence envers le texte adopté par le Parlement ne doit pas conduire à une abstention complète du juge.

Deux arguments plaident en faveur de la reconnaissance de la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité de la loi applicable dans un procès. Le premier argument est qu'il est difficile de comprendre qu'une loi votée par le Parlement puisse être contrôlée par un juge (il est vrai que c'est le Conseil constitutionnel) tant qu'elle a seulement été adoptée par le Parlement, mais qu'elle ne peut plus l'être, une fois apposée la signature du président de la République: n'est-ce pas donner à cette signature une valeur qu'elle n'a plus depuis la chute de la Monarchie? Il est difficile

d'objecter que le simple écoulement du délai de promulgation explique la différence de traitement; car dans tous les systèmes juridiques le juge a la faculté de vérifier la validité des règles de droit qu'il doit appliquer, même lorsque celles-ci sont anciennes. Le second argument est que d'ores et déjà les juges judiciaire et administratif se sont reconnu le droit de ne pas appliquer une loi lorsqu'elle est contraire à une autre règle de droit qui lui est également supérieure, à savoir un engagement international de la France. Cet argument ôte tout son poids à l'affirmation selon laquelle la loi promulguée resterait aujourd'hui encore un acte incontestable. Il est inutile de souligner l'absurdité d'une situation dans laquelle le juge français peut écarter l'application d'une loi lorsqu'elle est contraire à un traité international et non lorsqu'elle est contraire à la Constitution.

Malheureusement l'abandon de cette jurisprudence ne semble pas encore pour demain et il semble préférable d'encourager, dans un premier temps, le juge français à contourner l'obstacle.

b) *Le contournement nécessaire de la jurisprudence de la loi-écran*

Si l'on observe attentivement la jurisprudence de la dernière décennie, on relève que le juge a déjà ouvert deux brèches: celle de la loi-écran transparent et celle de l'interprétation de la loi en conformité avec la Constitution.

Selon la jurisprudence de la loi-écran transparent, une loi qui renvoie à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne dispense pas cette dernière de respecter les principes constitutionnels comme l'a admis le Conseil d'État à propos de dispositions du Code de l'urbanisme²¹ ou bien encore une loi qui habilite l'autorité réglementaire à édicter des règles relatives au service extérieur des pompes funèbres ne dispense celle-ci de respecter la déclaration des droits de l'homme et c'est en se fondant sur la violation de l'article 8 de cette déclaration que la Cour de cassation a écarté l'application de dispositions du Code des communes²².

Mais c'est surtout la technique de l'interprétation de la loi en conformité à la constitution qui est très prometteuse, car elle permet, en réalité, de combiner principes constitutionnels et règles législatives et ainsi de modifier le sens d'une loi, spécialement lorsque celle-ci manque de précision.

Le juge administratif en l'a fait parfois un usage spectaculaire. Ainsi, dans la célèbre affaire de la nomination discrétionnaire des inspecteurs de bibliothèques, le Conseil constitutionnel avait déjà assorti sa déclaration de cons-

²¹ Conseil d'État, 17 mai 1991, Quintin, *Revue du droit public*, 1991, p. 1429, conclusions R. Abraham.

²² Cour de cassation, 1^{er} mai 1990, *Bull. Ch. crim.*, n° 56.

tutionnalité d'une réserve d'interprétation très claire: la loi soumise à son examen n'est conforme à la Constitution que si elle est interprétée comme «ne permettant pas de procéder à des nominations en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des fonctions qui leur seront confiées» et quelques années plus tard, le Conseil d'État, saisi d'un recours dirigé contre une nomination plutôt arbitraire, se fonda sur cette interprétation de la loi pour annuler la nomination d'une personne dont la carrière passée était sans rapport avec ses nouvelles fonctions²³. Plus récemment, le Conseil d'État a déclaré que «la liberté reconnue aux collectivités territoriales par l'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 d'accorder certaines aides indirectes à des entreprises en vue de permettre la création ou l'extension d'activités économiques ne peut légalement s'exercer que dans le respect des principes constitutionnels», notamment «le principe selon lequel une collectivité publique ne peut céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt public»; ce principe avait été dégagé précédemment par le Conseil constitutionnel, mais à propos d'une autre loi, une loi sur les privatisations²⁴. Bref, le Conseil d'État a procédé à une interprétation complétive qui a eu pour effet d'ajouter une condition supplémentaire à celles posées par la loi; le recours au procédé de l'interprétation conforme à la Constitution est d'autant plus spectaculaire que le commissaire du gouvernement avait proposé de s'abriter derrière la théorie de la loi-écran²⁵.

Le juge judiciaire recourt également de façon intensive à la technique de l'interprétation conforme à la Constitution. Le meilleur exemple est l'interprétation du silence de diverses lois sur la juridiction compétente pour contrôler la régularité de mesures administratives privatives de la liberté d'aller et venir. En effet, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a estimé que dans le silence de la loi, l'article 66 de la Constitution aux termes de laquelle «l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle» constituait un titre de compétence suffisant pour que le juge judiciaire soit compétent pour vérifier la validité de mesures administratives nonobstant le principe général de séparation des autorités administratives et judiciaires. Ainsi en a-t-elle jugé pour les vérifications d'identité concernant les étrangers et la rétention administrative d'un étranger²⁶.

²³ Conseil Constitutionnel, n° 84-179 DC, 12 septembre 1984, *Rec.* p. 73. Conseil d'État, 16 décembre 1986, Bléton, *Rec.* p. 451, conclusions Vigouroux.

²⁴ Conseil Constitutionnel, n° 86-207 DC, 25-26 juin 1986; Conseil d'État, Commune de Fougerolles, *JCP*, éd. G, 1998, II, 10000; *AJDA*, 1997, p. 1010.

²⁵ Selon B. Mathieu, *Jurisprudence constitutionnelle*, *JCP*, éd. G, 1998, I, 137.

²⁶ Cour de Cassation, 25 avril 1985, Bodgan et Vucikovic, D 1985, p. 329, conclusions Donteville. Cour de Cassation, 28 juin 1995, Bechta, *JCP*, 1995, II, 22504, conclusions J. Saint-Rose (décision qui se réfère expressément à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 325 DC, 12-13 août 1993).

Le procédé est tout à fait remarquable: en présence d'une absence de précision de la loi, le juge recourt à une interprétation de la loi en conformité à la Constitution qui aboutit en réalité à donner à la loi un sens qu'elle n'avait certainement pas. Peut-être serait-il plus exact de parler dans ce cas d'application conjointe d'une règle constitutionnelle et d'une disposition législative et donc d'une conciliation entre les exigences constitutionnelles et les dispositions légales.

Compte tenu de ce qui a été dit précédemment, on ne peut qu'encourager le juge civil ou pénal à multiplier les cas dans lesquels il se conforme à la réserve d'interprétation dont le Conseil constitutionnel a assorti sa déclaration de conformité à la Constitution et les cas dans lesquels il invoque une règle constitutionnelle, explicitée ou non par le Conseil constitutionnel; car, ainsi, il donne à la loi un sens plus conforme aux exigences constitutionnelles. L'emploi intensif de cette technique permettrait de purger la législation française d'un certain nombre de vestiges traditionnels de l'autoritarisme qui défigurent encore le droit français. Malheureusement, elle ne pourra pas toujours être utilisée, car son usage est exclu chaque fois qu'il n'est pas possible de prétendre que la loi est incomplète ou ambiguë, c'est-à-dire chaque fois que les dispositions législatives heurtent ouvertement la Constitution. Le mal ne serait donc que partiellement éliminé, mais le développement de cette technique aurait le grand avantage d'habituer progressivement les esprits à faire ce qui est pourtant dans la nature des choses: avoir un droit plus cohérent et plus conforme aux exigences du siècle qui vient.

L'étrangeté du système français de justice constitutionnelle française tient principalement aux éléments suivants. Les uns concernent d'abord le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: celui-ci n'a pas toujours les règles de fonctionnement et de procédure qui sont habituelles pour une juridiction; il n'est jamais juge des actes du pouvoir exécutif et il n'est juge des actes parlementaires que durant un laps de temps très bref et à la suite d'une saisine obéissant exclusivement à des considérations politiques, ce qui laisse hors de son contrôle toutes les lois antérieures à 1958 et un certain nombre de lois postérieures à 1958. Les autres concernent le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs et judiciaires: celui-ci est en partie paralysé par une jurisprudence dite de la loi-écran.

L'avenir est difficile à prévoir. En toute logique, le pouvoir constituant devrait autoriser les juges administratif, civil et pénal à poser au Conseil constitutionnel une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité des lois applicables au procès dont ils sont saisis; en outre, la procédure devrait être assez largement «juridictionnalisée». Si le constituant reste inactif le juge administratif, civil et pénal devrait logiquement abandonner la jurisprudence de la loi-écran qui l'entrave dans l'exercice de la justice

constitutionnelle qui lui revient. Il peut le faire ouvertement comme il l'a fait pour le contrôle de conventionnalité des lois; il peut le faire de façon détournée et d'ailleurs partielle en développant la théorie de la loi-écran transparent et l'interprétation de la loi en conformité de la Constitution. Dans les deux cas, la coordination entre les jurisprudences constitutionnelles du Conseil constitutionnel et du juge «ordinaire» ne sera réalisée que par le moyen bien imparfait de l'idée selon laquelle les décisions du Conseil constitutionnel ont au moins une autorité «persuasive» pour reprendre une expression de la *common law*, l'autorité de chose jugée n'existant que dans les cas d'application d'une loi ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation. Il ne s'agirait alors que d'une transition vers un système de justice constitutionnelle qui exigerait l'intervention du constituant. Mais dans les deux hypothèses, la France donnerait une plus grande place aux procédures concrètes de constitutionnalité, les seules qui soient au service exclusif des individus et échappent très largement au reproche de «gouvernement des juges».

