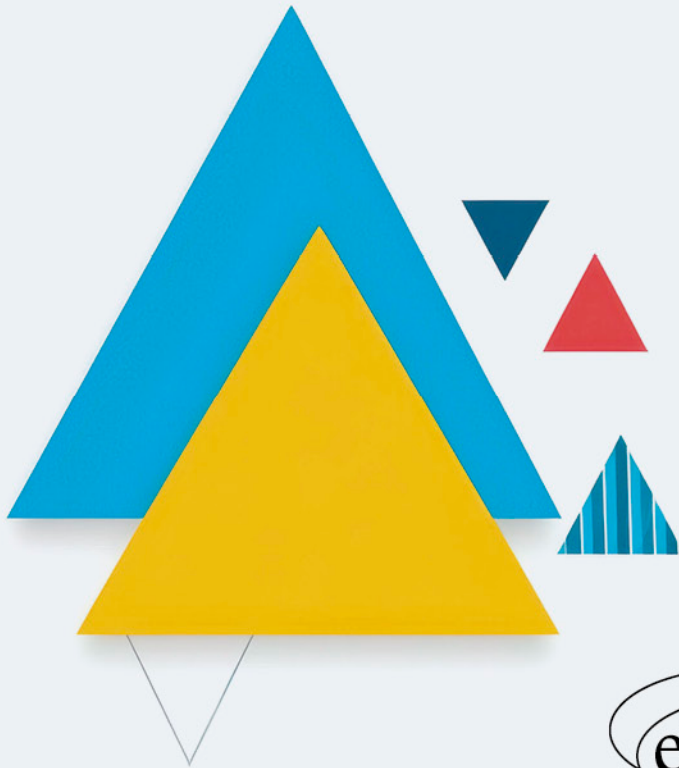


Valérie **Goesel-Le Bihan**

Contentieux **constitutionnel** **général** et des **libertés**

3^e édition



Contentieux constitutionnel général et des libertés

3^e édition

Valérie Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public, Directrice d'unité de recherche en droit



Mise en pages : PCA

ISBN 9782340-120822

Dépôt légal : septembre 2026

©Ellipses Édition Marketing S.A.

8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle et artistique n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Préface (à la deuxième édition)

C'est avec beaucoup de satisfaction que l'on salue la parution de la deuxième édition du *Contentieux constitutionnel* de Valérie Goesel-Le Bihan. Cet ouvrage a en effet d'emblée conquis une place de tout premier plan parmi les manuels français consacrés à cette discipline : la rigueur de son approche juridique est particulièrement précieuse pour faire saisir la singularité de cette histoire française qui a vu, en 1958, l'apparition d'un Conseil constitutionnel, puis, à partir de 1971, la transformation spectaculaire de son rôle, applaudie à grands cris par la majorité des universitaires, accompagnée non sans réticences par le monde politique et consacrée par la révision constitutionnelle de 2008 donnant naissance à la déjà fameuse question prioritaire de constitutionnalité – les lettres magiques, QPC, faisant figure de code d'entrée de la France dans le cercle des États dotés d'une véritable justice constitutionnelle, ouverte aux justiciables.

Il y a, depuis 1959 et à un rythme ensuite constamment croissant, des décisions et même une jurisprudence du Conseil constitutionnel, que les juristes français, qu'ils soient publicistes ou privatistes, spécialistes du droit constitutionnel ou de celui des obligations, non seulement ne sont plus censés, mais ne peuvent ignorer. Le contentieux constitutionnel s'est imposé comme une discipline indispensable, de sorte que cette deuxième édition d'un manuel de référence devrait être un best-seller.

Ayant pris le parti d'une étude strictement positiviste et pédagogique de la matière, Valérie Goesel-Le Bihan a dû passer assez rapidement sur les détails de cette histoire, qui peut se lire comme une succession de hasards heureux qui ont permis le développement d'un contrôle juridictionnel des lois, en dépit du peu de cas qui est en réalité fait du droit, et a fortiori de la Constitution, dans la tradition républicaine de notre pays. Dès qu'il est question, en effet, d'organiser un tel contrôle, on puise aussitôt dans le dictionnaire des idées reçues : des abus des parlements de l'Ancien régime au caractère autoritaire des Sénats impériaux, le spectre du gouvernement des juges est systématiquement brandi pour écarter ou minimiser la justice constitutionnelle. Le Comité constitutionnel de la IV^e République n'offre qu'un écho dérisoire au regain du constitutionnalisme en Europe après l'horreur totalitaire. Le lapsus du général de Gaulle présentant, le 4 septembre 1958, les nouvelles institutions place de la République (il dit « Comité constitutionnel », au lieu de Conseil constitutionnel) atteste qu'à ses yeux, le Conseil, qu'il cite après le Conseil économique et social, ne représentait pas une innovation majeure. À Pierre-Henri Teitgen qui s'inquiétait, devant le Comité consultatif constitutionnel, d'un risque de « gouvernement de ces retraits, de ces personnages qui constitueront un Conseil constitutionnel », Michel Debré avait rétorqué qu'il n'était pas question d'instituer une Cour constitutionnelle, dont il ajoutait qu'elle serait « insupportable à un Parlement français », voire à « un certain sentiment populaire » (5 août 1958).

S'agit-il de ces propos dépassés, que la distance acquise depuis la révolution opérée par la décision du 16 juillet 1971 rendrait attendrissants en tant que témoignages de temps anciens et désormais révolus ? On n'en croit rien, tant perdurent les signes contraires. Et d'abord, la persistance de certains réflexes : on se souvient d'Édouard Balladur dénonçant en 1993 l'utilisation du Préambule de la Constitution pour contrôler la loi ou encore de Jacques Barrot indiquant, lors de son audition en vue de sa désignation comme membre du Conseil : « Nous sommes trois législateurs qui connaissons la musique du Parlement (...) Ce serait une erreur de transformer le Conseil en une cour constitutionnelle » – ceci en 2010, à quelques semaines de l'entrée en vigueur de la fameuse QPC... Est également significatif le refus obstiné de modifier la composition du Conseil constitutionnel, que ce soit pour imposer une compétence de ses membres en matière juridique, voire seulement pour en faire sortir les anciens présidents de la République qui n'ont pourtant, au moins depuis la mort de René Coty, rien à y faire. La doxa française veut qu'on se désintéresse de ces données-là, pourtant sans équivalent en Europe. L'un des résultats, lui aussi pudiquement passé sous silence, est de conférer au secrétaire général du Conseil constitutionnel, issu du Conseil d'État à deux exceptions¹ près depuis 1958, un rôle prépondérant – « maire du palais », disait de lui un ancien membre du Conseil, Alain Lancelot, en une expression riche de connotations – de la confection, à destination du rapporteur, d'un projet de décision au commentaire de la décision rendue à l'issue de délibérations auxquelles il assiste toujours. Il pourrait dire, en somme, avec l'Agrippine de Racine (encore que la fonction, à ce jour, n'ait jamais été confiée à une femme...²) : « ... derrière un voile, invisible et présente /J'étais de ce grand corps l'âme toute-puissante ».

L'élimination du droit comparé permet à l'auteur de passer assez rapidement sur ces aspects de l'institution étudiée, de sorte que l'ouvrage qu'on va lire traite principalement du contrôle de la constitutionnalité des lois, n'accordant qu'une place marginale et aux autres attributions du Conseil constitutionnel et au contrôle de constitutionnalité des normes de niveau infra-législatif, qui incombe, pour l'essentiel, au Conseil d'État.

Également frappant est le parti du silence sur la presque intégralité du traitement de la question prioritaire de constitutionnalité en amont de son renvoi au Conseil constitutionnel. Pourtant, la révision de 2008, mise en œuvre par la loi organique du 10 décembre 2009, a pour conséquence de faire des juridictions administratives et judiciaires devant lesquelles la question doit être d'abord soulevée des juges à part entière de la conformité des lois aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel ne détenant que le monopole de la déclaration de non-conformité, avec les importants effets qui lui sont attachés.

1. Actualisation de l'auteur de la préface.

2. Cette lacune a été fort heureusement comblée en 2025 - ajout de l'auteur de la préface.

Il est vrai que l'étude du contentieux attribué au Conseil constitutionnel – plus précisément, pour le dire dans les termes de Charles Eisenmann, de sa «juridiction de constitutionnalité des actes» – constitue désormais en soi un chapitre fondamental du droit public français. Valérie Goesel-Le Bihan, qui en maîtrise parfaitement toutes les dimensions, en offre au lecteur un panorama tout à la fois rigoureux, clair et exhaustif.

D'abord sur la construction d'un bloc de constitutionnalité – la formule s'est imposée pour rendre compte du caractère composite du texte constitutionnel, ainsi que de l'inégale portée attachée par le Conseil aux renvois qu'il comporte. La question de «la conciliation des normes de référence» est ensuite abordée, qu'elle oppose droit de propriété et principe des nationalisations, libertés et ordre public ou encore des libertés entre elles. Léo Hamon, qui a systématiquement commenté les décisions du Constitutionnel des origines aux années 1980, faisait observer à ce sujet que le terme conciliation est en réalité inapproprié, qui suggère une possibilité de satisfaire tout le monde, quand il s'agit en réalité de répartir les sacrifices entre les catégories de personnes intéressées. Ces analyses conduisent à relever d'abord l'équivalence de tous les éléments du bloc. Mais – les meilleurs esprits y ont succombé – surgit alors la tentation de dégager des clés de solution des différents conflits susceptibles de surgir en son sein et, à cette fin, d'établir une hiérarchie matérielle entre les différents droits et libertés. Il y aurait une différence principielle à faire entre, par exemple, la liberté individuelle ou la liberté d'expression et le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, que l'on a alors tôt fait de qualifier de droits «de second rang». En reprenant cette catégorisation, l'auteur a soin de l'assortir des nuances qui s'imposent, tenant compte tout à la fois des incertitudes liées aux variations de la jurisprudence du Conseil et de la donnée essentielle tenant à l'importance de l'atteinte que la disposition litigieuse porte à ces droits et libertés.

Ces nuances se retrouvent dans l'examen des techniques de contrôle mises en œuvre par le Conseil constitutionnel, en particulier à propos du contrôle de proportionnalité. Valérie Goesel-Le Bihan a consacré de nombreuses études à son utilisation par le Conseil constitutionnel, à partir de la typologie établie par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et reprise par de nombreuses juridictions dans le monde entier. Il est permis de penser que la démonstration pionnière qu'elle a faite quant à la pratique d'un contrôle de l'adéquation de la mesure critiquée n'a pas été étrangère à l'adoption par le Conseil, tel un Monsieur Jourdain découvrant qu'il avait déjà pratiqué la prose, du fameux triptyque – adéquation, nécessité, proportionnalité stricto sensu – appliqué aux restrictions législatives à la liberté d'expression ou à la liberté individuelle. Beaucoup de questions restent ouvertes à cet égard, ne serait-ce qu'en raison de la pauvreté de la motivation de la plupart des décisions, quand bien même elles font mention dudit triptyque – pour ne citer qu'un seul exemple, la décision du 28 février 2012, loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi, énonce que les exigences en question n'ont pas été respectées, mais n'entreprend pas la moindre démonstration au soutien de la solution.

À l'incertitude quant aux libertés concernées par l'exigence en question s'en ajoutent d'autres, qui tiennent notamment à la détermination de l'intensité du contrôle pratiqué sur les appréciations du législateur. La mise en jeu du triptyque que constitue le contrôle de proportionnalité paraît signaler une importance particulière attachée à la liberté mise en cause. Pourtant, la décision n° 2016-535 QPC, Ligue des droits de l'homme, rendue le 19 février 2016, se contente de pratiquer un contrôle restreint sur les restrictions autorisées à la liberté de réunion, pourtant placée sous le signe du « droit d'expression collective des idées et des opinions, protégé par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », par la loi relative à l'état d'urgence – la vérification qu'il a été satisfait aux exigences du triptyque étant d'ailleurs étrangement renvoyée au juge administratif chargé de statuer sur la légalité des mesures d'application de la loi. Un même contrôle restreint est pratiqué, par cette décision, sur les atteintes à la liberté d'entreprendre, généralement cataloguée parmi les libertés faisant l'objet d'une moindre protection, avec renvoi par le Conseil constitutionnel aux motifs concernant les atteintes à la liberté de réunion. Certes, l'auteur trouve immédiatement une explication convaincante à l'exercice en l'occurrence d'un contrôle restreint, qui tiendrait à une application à la loi en cause d'une logique – innommée... – de circonstances exceptionnelles. Il n'empêche qu'ici encore, c'est le talent de l'interprète virtuose qui donne cohérence et harmonie à des décisions dont elle souligne pourtant la pauvreté globale de la motivation. Avouons-le, les efforts qu'elle déploie nous paraissent parfois excessifs – un peu comme si l'on voyait un historien d'art à la fois érudit et sensible consacrer des travaux admirables à un peintre de second ordre... Il ne nous paraît normal ni d'accepter de substituer à une motivation structurellement pauvre, voire lacunaire, les mises au point que peut contenir le « commentaire », que nous nous refusons à qualifier d'officiel, de la décision publiée par le secrétaire général – cet état de choses est sans équivalent dans aucune juridiction constitutionnelle digne de ce nom – ni de se contenter, en l'absence de conclusions d'un rapporteur public, de motivations qui ne sont pas seulement brèves, mais qui ne permettent pas de reconstituer avec un minimum de précision ce qu'a été la démarche du Conseil.

Il suffira de prendre l'exemple de la décision du 7 octobre 2010, loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : la réserve excluant l'application des dispositions en cause aux lieux de culte ouverts au public mise à part, la décision tient dans la formule suivante : « eu égard aux objectifs qu'il s'est assigné et que résume le considérant précédent et compte tenu de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ». En dehors de l'énonciation concluant à la conformité de la loi déférée à la Constitution, la décision ne contient rien ni sur l'indication des objectifs visés qui ont paru pertinents et suffisants au Conseil, ni sur les considérations qui ont pu conduire à l'admission d'une interdiction générale que le Conseil d'État avait estimée excessive dans sa portée lorsqu'il avait été consulté. Il suffit de lire l'arrêt de Grande

chambre S.A.S. c. France rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} juillet 2014 ou encore l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 6 décembre 2012, qui portent en substance sur la même question, pour comprendre ce que signifie motiver une décision juridictionnelle...

Il est évidemment de la mission des professeurs d'université de présenter à leurs étudiants l'ensemble d'une matière aujourd'hui essentielle, on l'a dit, dans la formation des juristes. L'exercice, globalement apaisé, d'un contrôle de la loi mérite également, cela va sans dire, d'être mis en lumière : il représente un progrès indéniable dans la protection des libertés (la décision sur la liberté d'association ou la série de décisions QPC qui ont conduit à un renforcement important des droits des personnes privées de liberté pour des motifs tenant à leur santé mentale en témoignent éloquemment), comme dans le passage de l'État légal à l'État de droit, pour citer les termes de Carré de Malberg ici repris. Il n'en reste pas moins que l'institution et ses conditions de travail demeurent hautement critiquables, ne serait-ce que d'un point de vue comparatif. Des décisions exemplaires, comme celles qu'on vient de citer, ne doivent, au demeurant, pas dissimuler nombre de décisions qui n'opèrent qu'une apparence de contrôle – la question de la rétention de sûreté (décision du 21 février 2008), celle des conditions dans lesquelles est organisé le travail des détenus (décision du 25 septembre 2015) ou encore celle du contrôle des lois définissant la condition juridique des étrangers (décisions du 20 novembre 2003, du 9 juin 2011) ou de celles prises au nom de la lutte contre la délinquance ou le terrorisme (décisions du 22 août 2002, du 2 mars 2004, du 10 mars 2011, du 23 juillet 2015) l'illustrent.

Revirements erratiques, approximations rédactionnelles, flou du contrôle exercé sont ainsi estompés, ou plutôt ravaudés par une juriste de tout premier plan, qui connaît la jurisprudence du Conseil constitutionnel bien mieux que lui-même et qui excelle à la systématiser, au-delà même de ce qui, en elle, résiste à une telle entreprise. Dans la phase de naissance de la justice constitutionnelle en France où nous nous trouvons encore actuellement, un tel travail est évidemment précieux. Il ne saurait dissimuler ce que le Conseil constitutionnel conserve de « primitif » à ce jour. Il faut se souvenir de la référence que fait Pierre Legendre, à propos de la justice administrative, à : « la tradition française d'un absolutisme de principe, modéré de l'intérieur » (Histoire de l'Administration de 0 à nos jours, PUF, 1968, p. 465). Le contentieux constitutionnel, avec son Conseil dominé par les politiques et son emprunt plus ou moins adroit aux techniques mises au point et utilisées dans une vraie continuité et collégialité par le Conseil d'État, confirme amplement la profondeur de cette remarque. L'ouvrage qu'on va lire vérifie d'autres intitulés du livre de Pierre Legendre : « Formation d'un droit prétorien » et « Les exploits de la doctrine ».

Patrick Wachsmann
Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg

Avant-propos de la troisième édition

Cet ouvrage, qui s'intitulait «Contentieux constitutionnel» dans ses premières éditions, porte désormais un nouveau nom : «Contentieux constitutionnel général et des libertés». La deuxième édition avait déjà pour objet de livrer une analyse transversale des décisions QPC, les spécificités qui sont les leurs irriguant l'ensemble de la matière tout en invitant à dégager de nouvelles logiques globales. La troisième édition est le fruit d'une nouvelle tentative : approfondir la manière dont le Conseil a pris en compte la jurisprudence européenne, non seulement dans les droits qu'il consacre ou dont il définit le champ d'application, mais aussi dans les techniques de contrôle qu'il utilise. Car la protection des droits et libertés de valeur constitutionnelle s'inspire de plus en plus de celle mise en œuvre par la CourEDH et le dévoilement de cette influence, qui reste souvent souterraine, imposait des développements nouveaux.

Un regret demeuré intact, cependant : la description et l'analyse de ces évolutions n'ont pu être accompagnées de celles qui n'ont pas eu lieu. Composition du Conseil, motivation trop succincte des décisions rendues sont en particulier restées au port. Espérons encore que «d'ineffables vents» les aideront à l'avenir et parachèveront ainsi l'œuvre déjà accomplie.

Tableau des abréviations

al.	alinéa
AIJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
AJDA	<i>L'Actualité juridique droit administratif</i>
Ass.	Assemblée
<i>Cahiers Cons. const.</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
C	Constitution du 4 octobre 1958
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cons.	considérant
D.	<i>Dalloz-Sirey (Recueil)</i>
déc.	décision
GAJA	<i>Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
GDCC	<i>Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
JO	<i>Journal officiel</i>
LO	loi organique
RD publ.	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
Rec.	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)</i>
RFD adm.	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
RUDH	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
TECE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

NB : les décisions DC sont mentionnées sans la précision de leur type, à la différence des autres décisions (QPC, LP, etc.)

1. **Un droit en construction** – Si l'on définit le contentieux constitutionnel comme l'*ensemble des litiges portant sur une question de constitutionnalité*, cet ouvrage est assurément et avant tout un ouvrage de *droit du contentieux constitutionnel*. Il s'agit bien d'étudier les «structures» et les «procédures» juridictionnelles qui permettent de les résoudre et, partant, de présenter le «régime juridique du contentieux» constitutionnel¹.

Couvre-t-il un tel objet dans sa totalité ? La réponse est assurément négative : le Conseil constitutionnel est seul étudié et non les juridictions ordinaires qui participent pourtant, en particulier depuis l'introduction de la QPC, à la résolution de ces litiges.

Couvre-t-il seulement un tel objet ? La réponse est encore négative et explique pourquoi un tel intitulé n'a pas été retenu comme titre. L'étude approfondie des griefs de constitutionnalité, qui forme sans doute la partie la plus originale de cet ouvrage, est d'autant plus nécessaire que, contrairement au droit administratif, elle n'est pas étudiée en droit constitutionnel. Or, elle n'a pas qu'une visée contentieuse. La présentation systématique des griefs d'inconstitutionnalité et des moyens de contrôle qu'ils recouvrent ouvre sur une théorie générale des droits et libertés qui, pour être en grande part importée et encore très imparfaite, ne s'en dessine pas moins avec de plus en plus de netteté dans la jurisprudence du Conseil. C'est alors le *fond même du droit* qui est étudié.

Le terme de *contentieux constitutionnel* est-il plus adapté pour autant ? à défaut d'en avoir trouvé un meilleur, nous avons pensé qu'il permettait de décrire davantage l'objet propre de cet ouvrage. C'est en effet la jurisprudence du Conseil elle-même, dont ces moyens de contrôles sont issus, qui est en réalité étudiée. Le contentieux constitutionnel est alors entendu comme visant les *litiges réglés par le Conseil*, le traitement de ces litiges par cet organe n'en étant pas exclu.

De plus, comme les droits et libertés et leurs techniques de protection font l'objet de développements approfondis dans cet ouvrage, *le contentieux constitutionnel y est, dans son titre même*, désormais qualifié de *général et des libertés*.

L'essentiel est de montrer comment s'est opérée la *juridictionnalisation* des méthodes utilisées par le Conseil – empruntant tantôt au contentieux administratif, tantôt au contentieux constitutionnel étranger ou européen – et s'est ainsi dessinée pour cet organe – au gré des évolutions dont il est soit le destinataire, soit l'auteur – une *voie de développement propre*.

1. En ce sens et pour le contentieux administratif, v. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., p. 7.

Un droit en construction dont on essaiera de systématiser les solutions, de comprendre la logique et de surprendre les derniers contours, en particulier lorsqu'ils intéressent les droits et libertés.

Seront étudiés la naissance et les évolutions du Conseil constitutionnel, les méthodes auxquelles il recourt et les actes qu'il contrôle.

Bibliographie

Manuels récents : A. BAUDU et P. de MONTALIVET, *Contentieux constitutionnel*, coll. « Hypercours », Dalloz, 2025 ; L. DOMINGO, *Leçons de contentieux constitutionnel*, coll. « Examens & concours », Ellipses, 2014 ; O. DORD, *Contentieux constitutionnel*, LexisNexis, 2025 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 5^e éd., 2020 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2023 ; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, LGDJ, 2021.

Manuels plus anciens : B. GENEVOIS, *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, STH, 1988 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002 ; D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd. 1994.

Mémentos : P. AVRIL et J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 6^e éd. 2011 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd. 2005 ; M.-A. GRANGER, *Fiches de contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2023 ; D. ROUSSEAU (avec la contribution de P.-Y. GAHDOUN), *L'essentiel du droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, 2^e éd. 2021 ; D. ROUSSEAU et P. BLACHÈRE, *La justice constitutionnelle en Europe*, LGDJ, coll. « Clefs », 4^e éd. 2020 ; H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2011 ; D. TURPIN, *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, coll. « Les fondamentaux », 2^e éd. 2000 ; M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel*, coll. « Dalloz mémentos », Dalloz, 3^e éd., 2024.

Commentaires de jurisprudence française : L. DOMINGO *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 20^e éd. 2022 ; B. MATHIEU *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, 2^e éd. 2014 ; D. ROUSSEAU et J. BONNET, *L'essentiel des grandes décisions QPC*, Lextenso, 2012 ; M. VERPEAUX *et al.*, *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2^e éd. 2017.

Commentaires de jurisprudence étrangère : P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008 ; W. MASTOR et E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd. 2025.

Site Internet : www.conseil-constitutionnel.fr

TITRE 1 – *Naissance et évolutions du Conseil constitutionnel*

L'apparition et l'évolution du Conseil peuvent être analysées en recourant à la métaphore cinématographique. Seront ainsi présentés le cadre d'apparition de l'institution, sa sortie hors du cadre et le nécessaire recadrage que son étude implique aujourd'hui.

CHAPITRE 1

Le cadre d'apparition de l'institution

Né avec la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel apparaît dans un certain contexte que l'on doit commencer par analyser, sous peine de ne pas comprendre les caractéristiques de la nouvelle institution mise en place. Ce cadre d'apparition est multiple, même si l'histoire en constitue à l'évidence l'élément dominant.

Section 1 – Un cadre multiple

L'apparition du Conseil s'inscrit d'abord dans une certaine histoire constitutionnelle, celle de la France. Elle s'inscrit également dans un certain cadre intellectuel et dans un certain champ géographique, ceux de l'Europe d'après la Seconde Guerre mondiale.

I. Le cadre historique : l'État légal

Pour comprendre la rupture provoquée en France par la naissance, et surtout la renaissance du Conseil, il faut d'abord revenir au texte fondateur de notre modernité, c'est-à-dire à la Déclaration de 1789. Si l'héritage révolutionnaire est, s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois, ambigu, la tradition constitutionnelle qu'elle a initiée est en revanche plus univoque.

A. L'ambiguïté de la Déclaration de 1789

La Déclaration hésite entre deux conceptions divergentes de la loi : selon la première conception, la loi est infaillible. Faisant l'objet d'une représentation idéalisée, elle apparaît comme l'incarnation de la vérité, de la raison, de la justice dont le bien-fondé ne saurait être mis en doute¹. Selon la seconde, la loi est au contraire faillible.

2. **L'infailibilité de la loi** – La Déclaration affirme à son article 6 que la loi est l'expression de la volonté générale. Chaque citoyen se voit reconnaître le droit de participer à sa formation, soit directement, soit indirectement.

Plusieurs articles de la Déclaration expriment l'idée que la loi, du fait de cette origine, ne saurait être oppressive, qu'elle serait, en d'autres termes, infaillible. Cette croyance est d'ailleurs directement issue de la pensée de J.J. Rousseau. Pour Rousseau, le citoyen ne peut en effet vouloir s'opprimer lui-même. Or, comme la loi doit être la même pour tous, toute loi oppressive pour les autres citoyens le serait nécessairement pour chaque citoyen pris isolément.

Quels sont ces articles ?

- il s'agit en premier lieu de l'article 7 qui prévoit que seule la loi peut déterminer les cas et les formes de l'accusation, de l'arrestation et de la détention et qui ajoute :

Article 7 de la Déclaration de 1789 (extrait)

Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Cet article repose sur l'idée que la loi elle-même ne saurait être arbitraire car un ordre pris en application de ses dispositions doit être exécuté sans délai.

- Par ailleurs, différents autres articles confient à la loi le soin de limiter certaines libertés. Dans quel but ? soit de les concilier avec les exigences de l'ordre public (article 10 : manifestation des opinions, en particulier religieuses), soit dans le but d'éviter l'abus dans l'exercice de ces libertés (article 11 : liberté de communication des pensées et des opinions, article 4 : conciliation des différents droits avec ceux d'autrui).

1. J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, coll. « Clés », 2003, p. 33.

Article 4 de la Déclaration de 1789

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Article 10 de la Déclaration de 1789

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Article 11 de la Déclaration de 1789

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

Les rédacteurs de la Déclaration ont donc foi en la vertu libérale de la loi : les droits proclamés ne sont pas mis hors d'atteinte du pouvoir législatif. Bien au contraire, les révolutionnaires lui confient la tâche délicate de restreindre la liberté dans la limite nécessitée par le respect des impératifs antagonistes.

3. **La faillibilité de la loi** – *Affleure tout de même à plusieurs reprises dans la Déclaration l'idée que la loi pourrait être oppressive, donc faillible.*
- Par exemple, il est affirmé à l'article 5 que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Or, comme l'a observé P. Wachsmann, il faut bien comprendre qu'une telle affirmation ne serait pas nécessaire si la loi était par essence libérale ; elle suppose au contraire la possibilité d'une transgression et laisse entendre que le droit pourrait limiter le pouvoir du législateur.
 - On trouve une inquiétude similaire à la lecture du préambule de la Déclaration.

Préambule de la Déclaration de 1789 (extrait)

Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale [...] ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme [...] afin que les **actes du pouvoir législatif**, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les **réclamations des citoyens**, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En effet, les rédacteurs de la Déclaration y rappellent que celle-ci a été rédigée «afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant à chaque instant être comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés». Elle ouvre donc une *possibilité permanente de confrontation loi/Déclaration*. Ses rédacteurs ajoutent, toujours dans son Préambule, qu'elle a été rédigée «afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous». Apparaît ainsi la *possibilité qu'un droit de recours soit organisé au profit des citoyens*, même s'il n'est pas organisé par la Déclaration elle-même.

Il faut également remarquer que *l'idée d'une hiérarchie des normes juridiques apparaît dès la Constitution de 1791* : au sommet, on trouve les Droits de l'homme, naturels, inaliénables et sacrés ; en dessous, la Constitution qui vient garantir ces droits, et donc transformer ces droits naturels en droits dits «civils» ; enfin, encore en dessous, se situe la loi qui ne pourra porter atteinte, ni mettre obstacle à l'exercice des droits garantis par la Constitution, sauf à assurer leur conciliation avec les impératifs antagonistes. Ainsi, la Déclaration n'est pas dépourvue d'ambiguïté, ce que confirme la première Constitution française.

B. La continuité des solutions constitutionnelles : la souveraineté du législateur

4. **Une tradition républicaine et monarchique**— *De ces deux conceptions opposées, c'est la première qui va l'emporter lors de la rédaction des diverses constitutions françaises.* Cette tendance finira d'ailleurs par s'identifier progressivement à la tradition politique française, qui est une tradition de *souveraineté du législateur*. Les différentes Constitutions n'instaurent en effet aucun mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois.

La loi est donc un acte incontestable. Le système pratiqué par la France est appelé par le théoricien du droit constitutionnel Raymond Carré de Malberg «système de l'État légal». Il connaît son apogée sous la III^e République. Certes, la Constitution est en principe la norme suprême, l'acte souverain ; mais ce principe n'est pas juridiquement sanctionné. Seul le Parlement lui-même peut choisir de s'autolimiter, en adoptant, au cours de la procédure législative, une exception d'irrecevabilité de la loi proposée. La proposition ou le projet de loi est alors rejeté, avant même d'avoir été examiné dans le détail, pour non-conformité à la Constitution. À cette époque, c'est donc la loi qui est en réalité l'acte souverain. Seule la soumission des actes administratifs à la loi est assurée. En revanche, et comme l'écrit J. Chevallier, une indéniable confusion règne aux étages supérieurs de la hiérarchie des normes¹.

Les régimes bonapartistes et celui de la IV^e République font toutefois exception, mais le contrôle de constitutionnalité qu'ils mettent en place n'est, pour des raisons différentes, guère convaincant.

1. *L'État de droit*, précité, p. 29.

1. La première exception : les Constitutions bonapartistes

Les constitutions bonapartistes, qui mettent en place une dictature de l'Exécutif, dérogent à cette tradition, mais le contrôle est inefficace.

5. **Les caractéristiques du contrôle** – Les organes créés, qui comportent une centaine de membres, sont, pour le Consulat, le « Sénat conservateur » dont le but est – comme son nom l'indique – de conserver la Constitution, et le « Sénat » pour les premier et second Empires.

- Les lois ne peuvent leur être soumises qu'avant leur promulgation, système préventif qui va être appelé par la suite à un bel avenir. La saisine est plus ou moins ouverte : au minimum elle peut être le fait de l'Exécutif, parfois de l'une des chambres (Tribunat sous le Consulat) lorsqu'elle n'est pas automatique (second Empire pour les lois). À partir du Consulat à vie (an X), leur rôle à l'égard de la Constitution est d'ailleurs conçu de façon large : ils peuvent non seulement censurer tous les actes contraires à la Constitution mais également – sur proposition de l'Exécutif ou avec sa sanction – expliquer ou même compléter la Constitution par des sénatus-consultes ;
- dès l'origine, ils participent de surcroît à la désignation des autres organes de l'État (exécutif, législatif et judiciaire). À l'époque du Consulat à vie, ils disposent également – et entre autres – du pouvoir politique de dissolution des chambres législatives (Tribunat et Corps législatif).

6. **L'inefficacité du contrôle** – La composition de ces organes – entre les mains de l'Exécutif – est la cause essentielle de cet échec. Aucun acte, même grossièrement contraire à la Constitution, ne sera censuré. Le contrôle, qui suppose déjà qu'une saisine ait eu lieu, est politique – et non pas juridictionnel, la raison d'État l'emportant toujours sur les autres intérêts en cause. Au fond, ces organes se comporteront davantage en chambre haute et préfigureront ainsi le Sénat des III^e et V^e Républiques. Sous le premier Empire, donc à partir de l'an XII, les pouvoirs de censure du Sénat seront d'ailleurs amoindris, l'Empereur se voyant confier le droit de statuer en dernier ressort.

Le seul contrôle de constitutionnalité des lois pratiqué avant 1946 en France est donc lié aux épisodes de dictature bonapartiste, dont il n'est qu'un rouage supplémentaire.

2. La seconde exception : la Constitution de la IV^e République

7. **L'institution du Comité constitutionnel** – La Constitution de la IV^e République instaure également un contrôle de constitutionnalité à ses articles 91, 92 et 93.

Le Comité constitutionnel mis en place comprend 13 membres :

- le Président de la République – il en est le Président –, le Président de l'Assemblée nationale, le Président de la seconde chambre (le Conseil de la République) ;
- 10 membres nommés en dehors de leurs membres et à la représentation proportionnelle des groupes par les deux chambres. Ces derniers le sont pour un an.

Mais le contrôle, issu d'un compromis entre les partis représentés à l'Assemblée constituante, présente, en plus de la durée particulièrement brève du mandat, deux caractéristiques qui le rendent largement inopérant.

8. **L'esprit du contrôle**—L'alinéa 3 de l'article 91 dispose que «le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution». Il est prolongé par l'article 93 alinéas 1 et 2 : la loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution, est renvoyée à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération et, en cas de maintien du premier vote, elle ne peut être promulguée qu'après que cette révision a été adoptée.

Article 91 et 93 de la Constitution du 27 octobre 1946 (extrait)

Titre XI - De la révision de la Constitution

[...] Article 91

Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution.

[...]

Article 93. - La loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération.

Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'article 90.

L'esprit du contrôle mis en place est parfaitement résumé dans ces articles : en cas de contrariété entre la loi et la Constitution, la solution indiquée pour rétablir l'harmonie réside dans une modification de la Constitution et non dans une modification de la loi.

Qu'est-ce que cela signifie ? Quand deux normes sont contradictoires, le choix existe, pour rétablir l'harmonie, entre la modification de l'une et de l'autre : soit la modification de la norme inférieure – dans notre cas, la loi – soit la modification de la norme supérieure – dans notre cas, la Constitution.

- Normalement, c'est la norme inférieure – donc la loi – qui devrait être adaptée à la norme supérieure, à la Constitution. En effet, la Constitution est censée comporter les règles les plus importantes de l'ordonnement juridique et, parce qu'elle comporte ces règles, elle est censée être plus difficile à modifier. En d'autres termes, les règles constitutionnelles sont celles que le pouvoir constituant souhaite placer hors d'atteinte des pouvoirs institués – à l'exception du pouvoir constituant dérivé – parce qu'il les estime fondamentales, soit pour l'organisation et le fonctionnement des institutions, soit pour la garantie des droits et libertés des personnes. Il est par conséquent de l'essence de la Constitution de ne devoir être modifiée que de façon exceptionnelle, en tout cas

de façon plus exceptionnelle que la loi. La logique de la hiérarchie des normes veut donc que le principe retenu soit l'adaptation de la loi à la Constitution, sauf hypothèse exceptionnelle de révision de la Constitution.

- Or, l'article 91 ne dit pas : «le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale doivent être modifiées afin d'être mises en conformité avec la Constitution». La formule est : «si les lois [...] supposent une révision de la Constitution». Ainsi, dans l'esprit des rédacteurs de la constitution de 1946, le contrôle de constitutionnalité n'est pas conçu comme un obstacle à l'exercice par le Parlement de la souveraineté nationale : si la loi, qui est l'expression de la souveraineté nationale, est contraire à la Constitution, c'est la Constitution qui doit être modifiée.

Le sens de cette disposition s'éclaire lorsqu'on la compare à l'article 62 alinéa 1 de la Constitution de 1958 qui prévoit qu'«une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application». Le principe, d'après l'article 62, c'est donc l'adaptation de la loi à la norme supérieure et non le contraire. Certes, une révision de la Constitution est toujours possible – on l'a vu en particulier à propos des traités successifs relatifs à l'Union européenne – mais elle n'est pas érigée en principe. Elle reste l'exception. La différence de rédaction entre les Constitutions montre bien celle d'état d'esprit entre les rédacteurs de chacune des Constitutions :

- l'important, en 1946, c'est la loi. La Constitution est certes supérieure à la loi mais, en tout cas dans le champ du contrôle exercé, cette supériorité n'est que formelle, et non matérielle : le contenu de la Constitution n'est pas considéré comme supérieur à celui des lois à venir.
 - En 1958, cette idée de majesté, de prééminence de la loi sera au contraire remise en cause du fait de la création du Conseil constitutionnel et bénéficiera à la Constitution.
9. **Les limites du contrôle** – La seconde caractéristique de ce contrôle, qui est d'ailleurs directement liée à la première, consiste en la *limitation du bloc de constitutionnalité*, c'est-à-dire des normes de référence du contrôle exercé par le Comité : le Préambule est explicitement exclu des dispositions de la Constitution qui peuvent faire l'objet d'une révision du fait d'une décision en ce sens du Comité constitutionnel.

Article 92 de la Constitution du 27 octobre 1946 (extrait)

Titre XI - De la révision de la Constitution

[...]

Article 92.

[...]

[Le Comité] n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution.

Cela peut paraître une garantie pour les particuliers. En effet, le Comité ne pourra pas conclure à la nécessité de modifier les droits reconnus par le Préambule afin de les adapter à une loi qui leur serait moins favorable. Une telle exclusion est donc dans la logique d'un système de contrôle de constitutionnalité orienté vers la révision de la Constitution. Mais elle a pour conséquence l'incompétence du Comité pour examiner si une loi est contraire aux dispositions du Préambule. Les droits fondamentaux des personnes, qui figurent pour l'essentiel dans ce Préambule – soit qu'il les énonce, soit qu'il y renvoie (Déclaration de 1789) – ne sont donc pas protégés contre la loi.

Ceci résulte explicitement de l'article 92 al. 3 de la Constitution, qui dispose que le Comité « n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution », donc de la Constitution hors Préambule.

À quoi ce Comité constitutionnel est-il alors susceptible de servir ? essentiellement à garantir le respect de la procédure législative et plus particulièrement le respect des droits de la seconde chambre, qui ont été singulièrement restreints par la Constitution. Deux autres caractéristiques du contrôle vont en ce sens :

- la saisine du Comité ne peut qu'être le fait du Président du Conseil de la République (le Conseil ayant statué à la majorité des membres le composant) et du Président de la République, cette demande conjointe devant avoir lieu avant la promulgation de la loi.
- L'article 92 indique que le Comité doit commencer par s'efforcer de provoquer un accord entre les deux chambres. La mission confiée au Comité est donc essentiellement arbitrale.

Le Comité ne fut saisi qu'une seule fois en 1948, à propos d'un problème mineur de procédure qui sera d'ailleurs réglé par un accord entre les deux chambres.

En dépit des apparences, les rédacteurs de la nouvelle Constitution ont donc poursuivi la tradition d'hostilité à l'égard du contrôle juridictionnel des lois qui avait prévalu sous la III^e République.

II. Le cadre intellectuel : l'État de droit

La théorie de l'État de droit a été forgée en Allemagne au XIX^e siècle. Elle est popularisée et adaptée à la pensée juridique française, d'abord par L. Duguit, puis par R. Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* parue au début des années 1920. C'est ce dernier qui, sous la III^e République, développe l'idée selon laquelle la France pratique un système d'État légal. L'*État légal* s'oppose à l'*État de droit* qui devient ainsi un idéal à atteindre.

A. L'État de droit dans la pensée juridique européenne

10. **Une approche essentiellement formelle** – À cette époque, dans la pensée juridique allemande, l'État de droit est essentiellement conçu de façon *formelle*, c'est-à-dire comme impliquant une *hiérarchie des normes* : les divers organes d'un tel État doivent se soumettre au respect des normes supérieures.

En premier lieu, l'administration doit respecter le principe de légalité, largement entendu, et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel. En second lieu, le Parlement doit exercer ses attributions dans le cadre fixé par la Constitution. Là encore, l'intervention d'un juge – cette fois-ci constitutionnel – apparaît indispensable pour faire respecter cette subordination de la loi à la Constitution.

Dans cette pensée, L'État de droit s'oppose à l'*État de police*, dans lequel l'administration, et *a fortiori* le législateur, ne sont pas tenus de respecter des normes qui leur seraient supérieures. Dans un État de police, il y a certes un droit, mais qui ne vient pas limiter les pouvoirs de l'administration. Comme l'a montré J. Chevallier dans son ouvrage sur l'État de droit, le droit y est simplement un instrument d'assujettissement des individus, il n'est qu'un instrument au service de la puissance étatique sans être un instrument de limitation de l'État et de protection des citoyens contre le pouvoir. C'est dans l'État de droit que le droit acquiert cette dimension. L'État de droit dépasse donc à cet égard l'État de police : le droit va désormais jouer ce double rôle, d'être à la fois un instrument d'action pour l'État et un vecteur de limitation de la puissance étatique¹.

11. **Une approche systématisée par H. Kelsen** – Cette conception formelle de l'État de droit, conçu comme un ordre juridique hiérarchisé, sera systématisée par l'école normativiste de Vienne, et notamment par Hans Kelsen dans sa théorie pure du droit (1934).

Il faut toutefois préciser que Kelsen récuse la notion d'État de droit : il estime que l'État n'est rien d'autre que le droit, que l'ordre de contrainte qui pèse sur les individus. L'État, ainsi assimilé au droit, n'en repose pas moins – et c'est en ce sens qu'il s'inscrit dans ce courant – sur le principe de la hiérarchie des normes. Le droit étatique est présenté comme un édifice formé de niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres. C'est la fameuse « pyramide [...] formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ».

Une norme n'est valide que si elle satisfait, par ses *conditions d'édiction et par son contenu*, aux déterminations inscrites dans d'autres normes de niveau supérieur. Des *mécanismes de régulation de nature juridictionnelle* doivent être prévus pour vérifier cette conformité et, éventuellement, retirer de l'ordonnancement juridique les normes indûment posées. Plus précisément, il existe deux types de *systèmes de normes* qui sont le plus souvent combinés :

- le premier est *statique* : c'est en vertu de leur contenu que les normes sont valides. Le fondement et le contenu de la validité des normes sont déduits de la norme supérieure.

1. L'État de droit, précité, p. 16.

- Le second est *dynamique* : la norme supérieure ne contient rien d'autre que l'habilitation d'une autorité créatrice de normes.

À chaque niveau, à chaque degré de formation du droit, existe un processus de *création/application*. Chaque norme trouve le fondement de sa validité dans une autre norme, hiérarchiquement supérieure. C'est la partie « application » du processus : la norme est déterminée par les niveaux supérieurs, elle reproduit le droit qui en est issu. Mais elle sert elle-même de fondement à la validité des normes inférieures, elle produit du droit vis-à-vis du degré inférieur. C'est la partie « création » du processus : la norme est un déterminant pour les normes inférieures.

Bien entendu, une telle présentation a des limites. En particulier, elle ne peut valoir pour la Constitution elle-même, qui ne peut trouver le fondement de sa validité dans une norme supérieure. Il s'agit donc là d'une pure création. La question qui se pose est alors évidemment la suivante : d'où la Constitution – et donc l'ensemble de la pyramide – tire-t-elle sa validité ? Kelsen résout la difficulté en situant ce fondement hors du système juridique, dans une norme-fondement, une norme fondamentale qu'il se contente de supposer. C'est donc une *norme hypothétique* de pure logique qui permet de fonder la validité de l'ordre juridique dans son ensemble : on doit, énonce-t-elle, se conformer à la Constitution posée (et efficace). Il construit ainsi une *théorie pure du droit*, au sens d'une théorie épurée de toute considération extra-juridique, qu'elle soit politique ou sociologique. Ces théories, à la fois celle de l'État de droit et celle de Kelsen – « qui a tiré toutes les conséquences de la rationalité formelle à l'origine de la première »¹ – font donc de la régularité des normes et du contrôle de cette régularité à tous les niveaux la clé de voûte du système juridique.

B. L'État de droit en France

12. **L'État de droit contre l'État légal** – À l'époque où ces théories pénètrent en France, sous la III^e République, *l'État français ne peut être qualifié d'État de droit, car il exclut tout mécanisme de limitation du législateur*. Seules l'administration et la justice sont soumises au droit, non le législateur. La qualification d'*État légal* est donc plus adaptée.

Telle est l'analyse de Carré de Malberg. Celle-ci, comme l'observe J. Chevallier, n'est d'ailleurs pas seulement *descriptive*. Elle débouche également sur un *jugement de valeur* : selon le premier auteur, la France « ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'État de droit »².

La théorie de l'État de droit va donc servir de cheval de bataille contre la souveraineté parlementaire qui est le corollaire du régime de l'État légal. Cette théorie vient légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, la puissance législative illimitée contredit le principe de la hiérarchie des normes en ignorant la suprématie de la Constitution. Cette dérive est condamnée quasi unanimement par la doctrine

1. J. Chevallier, précité, p. 47.

2. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1 et 2, Recueil Sirey, Réimpression, CNRS, Paris, 1962, p. 492.

constitutionnelle de la III^e République, qui va adhérer progressivement à l'idée d'instaurer un contrôle de constitutionnalité afin de protéger les libertés contre la loi elle-même. Il en va ainsi d'Esmein ou de Duguit, pour ne citer que les plus célèbres.

13. **L'État de droit et la Constitution de 1958** – Comme l'observe également J. Chevallier – et ce sont les termes mêmes de sa démonstration – la Constitution de 1958 sera fortement marquée par la pensée de Carré de Malberg, qui avait été actualisée par certains de ses disciples dont René Capitant, proche du Général de Gaulle. Elle crée en effet les *conditions du passage au système de l'État de droit*, système dont les conséquences vont être progressivement tirées.

La Constitution de 1958 permet un tel passage, car elle introduit deux innovations majeures au regard des principes traditionnels du droit français :

- elle assigne à la loi un domaine limité
- elle institue un contrôle sur la loi. La loi n'est plus un acte incontestable : elle peut être déférée devant un organe, le Conseil constitutionnel, qui pourra empêcher qu'elle devienne partie intégrante de l'ordre juridique. La fonction législative n'est donc plus une fonction souveraine¹.

Ainsi, la Constitution de 1958 s'inscrit dans cette tradition doctrinale de contestation de l'État légal, mais la conception de l'État de droit qu'elle retient est rudimentaire. En ce sens, elle s'inscrit dans une perspective critique qui date du début du siècle, mais qui ne s'est guère enrichie de l'évolution qu'a connue la théorie de l'État de droit à partir des expériences totalitaires. Confrontée à ce défi, la théorie de l'État de droit a fait l'objet d'une réinterprétation, *l'accent étant désormais mis sur le contenu du droit* : l'État de droit – on y reviendra – « n'évoque plus seulement l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé, mais encore un ensemble de dispositions destinées à garantir les droits et libertés individuelles »². Comme le dit bien D. Rousseau, l'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit mais d'un droit qui doit être sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes³. Cette nouvelle conception de l'État de droit, matérielle et non pas simplement formelle, ne trouvera sa concrétisation en France qu'avec la seconde naissance du Conseil en 1971.

III. Le cadre géographique : le modèle européen de justice constitutionnelle

Au moment où le Conseil apparaît, en 1958, existe déjà un modèle européen de justice constitutionnelle qui s'oppose au modèle américain.

Ce modèle est apparu entre les deux guerres et a connu à cette époque trois illustrations : en Autriche (1920-1938) – c'est pourquoi le modèle européen est également dénommé modèle autrichien de justice constitutionnelle – en Tchécoslovaquie (1920-1938) et dans l'Espagne républicaine (1931-1939).

1. J. Chevallier, p. 80 et s.

2. *Ibidem*, p. 77.

3. « De l'État de Droit à l'État politique ? », cité in J. Chevallier, précité, p. 105.

Cette première vague sera suivie d'une seconde qui va naître à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Elle intéresse dans un premier temps les nouvelles démocraties qui se construisent sur les ruines du totalitarisme (l'Autriche en 1945 avec la remise en vigueur de la Constitution de 1920, l'Italie avec la Constitution de 1948 et l'Allemagne avec la loi fondamentale de 1949) et coïncide – on y reviendra – avec l'enrichissement matériel de l'État de droit, la nécessaire protection des droits fondamentaux.

14. **L'invention du modèle** – Le premier théoricien de ce modèle est le juriste autrichien H. Kelsen. Celui-ci fut le rédacteur de la Constitution autrichienne de 1920 et devint membre de la Haute Cour constitutionnelle instituée par cette Constitution, jusqu'en 1928.

Une systématisation de sa pensée, qui lie respect de la hiérarchie des normes et garantie juridictionnelle à tous les niveaux, se trouve dans l'un de ses articles intitulé «la garantie juridictionnelle de la Constitution» et publié à la RDP 1928¹. Kelsen y considère que le juge ordinaire est subordonné à la loi, il lui paraît donc inconcevable de lui confier la tâche de contrôler la loi. On peut alors songer à attribuer cette tâche au Parlement lui-même ou à l'un de ses organes. Mais, toujours selon Kelsen, une telle attribution est contraire à la séparation des pouvoirs et à l'office du juge qui doit être un tiers impartial. D'où l'idée de créer une juridiction spéciale et indépendante qui contrôlerait la constitutionnalité des lois.

15. **Le succès du modèle** – Avant d'étudier plus en détail les raisons pour lesquelles l'Europe n'a pas adopté le modèle américain – et avant de présenter les caractéristiques du modèle européen – il faut bien insister sur le fait qu'il ne s'agit que d'un modèle de justice constitutionnelle qui a été proposé par la doctrine aux États soucieux d'organiser un tel contrôle.

En d'autres termes, *certaines États européens ont pu choisir de repousser ce modèle :*

- *soit en refusant tout contrôle de constitutionnalité des lois* – tel est le cas en particulier du Royaume-Uni, qui, dans le cadre de sa constitution coutumière, est resté fidèle à sa tradition de souveraineté parlementaire, mais également des Pays-Bas ;
- *soit en adoptant le système américain* – les États concernés sont souvent (mais pas forcément) ceux qui ont été influencés par le droit ou le système politique américain, la Norvège, l'Islande, la Suède et plus tard la Grèce et la Finlande ;
- *soit en adoptant une formule mixte, combinant selon des critères différents modèle américain et modèle européen*. De telles formules mixtes ont été adoptées par l'Irlande (Constitution de 1937), la Suisse (Constitution de 1848) et bien plus tard par le Portugal.

Le fait de parler de modèle ne signifie donc pas qu'il existe dans les États européens une notion homogène de justice constitutionnelle. Ce patrimoine commun européen n'a pas conduit à l'uniformisation des organes et des procédures de contrôle en Europe. Il existe au contraire une diversité qui s'explique essentiellement par des raisons historiques : la justice constitutionnelle s'est développée de façon progressive, à des moments différents, dans

1. P. 187.

des contextes différents et en s'inspirant de sources variables. Bref, il existe simplement un modèle spécifique issu de la pensée juridique européenne et qui a été adopté par de nombreux États européens.

La distinction entre modèle européen et modèle américain a été systématisée par M. Capelletti et par L. Favoreu. On peut renvoyer sur ce point à l'article de ce dernier «modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle»¹, dont nous nous sommes inspirés pour présenter les développements y relatifs.

A. Le rejet du modèle américain

16. **Rappel des caractéristiques du modèle américain : le juge compétent** – Le contrôle de constitutionnalité pratiqué aux États-Unis, qui a d'ailleurs été exercé à *l'initiative du juge lui-même* – la constitution américaine est muette sur le point de savoir si un tel contrôle doit être opéré – est un contrôle *diffus* ou encore *décentralisé* : ce sont les juridictions ordinaires qui sont compétentes pour l'exercer.

Ce contrôle est en effet considéré comme un prolongement normal de la fonction du juge. Chaque juge, s'il est saisi d'une demande en ce sens, doit vérifier la conformité de la loi à la Constitution et refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle (arrêt *Marbury contre Madison* rendu par la Cour suprême en 1803). Ce contrôle est donc qualifié de diffus – ou de décentralisé – parce qu'il n'est pas monopolisé par une juridiction centrale.

Il s'effectue toutefois, comme d'ailleurs l'ensemble de l'activité judiciaire, sous le contrôle de la juridiction située au sommet de la hiérarchie des juridictions et qui statue en dernier ressort, à savoir la Cour suprême pour les États-Unis. La Cour suprême remplit ainsi une fonction essentielle d'unification de la jurisprudence en matière constitutionnelle comme dans les autres domaines. Elle statue en effet sur les recours exercés contre les décisions rendues par les juridictions inférieures, et leur impose en conséquence son interprétation.

Ainsi, le modèle américain de contrôle de constitutionnalité repose sur une *identité organique entre la justice ordinaire et la justice constitutionnelle*.

Par ailleurs, il n'y a pas à strictement parler de contentieux constitutionnel qui serait régi par des règles différentes de celles régissant les autres contentieux. La dimension constitutionnelle peut être présente dans tout litige et ne fait pas l'objet d'un traitement particulier. L'identité organique se prolonge ainsi sur le plan fonctionnel – la fonction de contrôle de constitutionnalité ne se différencie pas des autres fonctions exercées par le juge du point de vue des règles qui lui sont applicables.

17. **Rappel des autres caractéristiques de ce modèle** – Le modèle américain présente les autres caractéristiques suivantes :
- la première concerne le *moment de la saisine* : il s'agit d'un contrôle *a posteriori*. En d'autres termes, il intervient forcément après l'entrée en vigueur de la loi ;

1. A/JC, 1988 p. 5.

- la deuxième caractéristique concerne les *auteurs de la saisine* : le droit de recours contre une loi est ouvert à chaque personne à laquelle cette loi est applicable. En effet, il est le corollaire du droit de saisir les tribunaux qui appartient à toute personne ainsi visée ;
- la troisième caractéristique intéresse l'*objet et la sanction du contrôle* exercé : il s'agit d'un contrôle par voie d'exception, d'un contrôle incident, encore appelé contrôle concret de constitutionnalité. La caractéristique du contrôle par voie d'exception est d'être exercé à l'occasion d'un litige pendant devant une juridiction. Ce procès n'a pas pour objet principal la question de savoir si la loi est ou non constitutionnelle. Simplement, au cours d'un procès quelconque, l'une des parties à qui l'on tente d'appliquer la loi soulève ce qu'on appelle une exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire prétend que la loi que l'autre partie invoque à son encontre est inconstitutionnelle.

Quant à la sanction de l'inconstitutionnalité, dans toutes les hypothèses, elle ne consiste pas en l'annulation de la loi mais en la non-application de la loi au litige en cours. La loi déclarée inconstitutionnelle subsiste dans l'ordonnement juridique, ce qui impose aux personnes, à chaque nouvelle tentative d'appliquer la loi, de saisir le juge afin que son application soit écartée dans leur cas. L'autorité relative de la chose jugée est toutefois atténuée par le jeu d'une autre règle, la règle du précédent ou *stare decisis*. Cette règle oblige le juge à tenir compte du précédent, à moins que des circonstances particulières ne lui imposent un changement de jurisprudence. Elle permet d'assurer une certaine unité et une certaine continuité du droit jurisprudentiel.

18. **Propositions de suivre ce modèle en France** – Il y a eu des propositions de transposition du système américain en Europe, mais la plupart du temps, celles-ci n'ont pas abouti. Ainsi, en France, sous la III^e République, certains des publicistes qui sont favorables à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois songent à transposer le système américain. Tel est par exemple le cas d'Hauriou, qui estime que rien n'empêcherait les tribunaux d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception. D'autres pensent en revanche qu'une révision constitutionnelle serait nécessaire pour introduire un tel changement.

Mais la transposition n'est-elle pas dangereuse, en particulier du fait du risque – qui s'est réalisé aux États-Unis – de gouvernement des juges ? Cette dernière position est soutenue en particulier par É. Lambert, auteur d'un ouvrage devenu célèbre intitulé *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*¹.

Voyons justement pour quelles raisons ces velléités de transposition ont le plus souvent échoué, car elles nous renseignent sur les conceptions dominantes dans les États européens. Ces conceptions ont ainsi constitué le cadre d'apparition du modèle européen de contrôle de constitutionnalité.

1. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, 1921, réédit, Dalloz, 2005.

1. Les raisons de fond

Le doyen Favoreu avance trois raisons de fond qui se rattachent aux fondements mêmes de l'ordre juridique dans les divers pays d'Europe :

19. **La sacralisation de la loi, en tant qu'expression de la volonté générale** – Cette conception est dominante jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, en particulier en Grande-Bretagne et en France.

Dans les États européens, le règne du droit, c'est le règne de la loi. Est légitime ce qui est légal, c'est-à-dire ce qui est conforme aux lois votées par le Parlement.

En revanche, tel n'est pas le cas aux États-Unis, où ce n'est pas la loi qui est sacrée (la loi n'est que l'héritière des anciennes lois coloniales adoptées par le Parlement britannique), c'est la Constitution qui consacre l'union des anciennes colonies devenues indépendantes. La régularité n'y est donc pas assimilée à la légalité, mais englobe la constitutionnalité des lois.

20. **La séparation des pouvoirs** – Le corollaire de cette sacralisation se trouve dans une conception différente de la séparation des pouvoirs.

En France, en particulier, du fait des abus des cours sous l'Ancien Régime – les fameux Parlements – et de la sacralisation de la loi, les tribunaux se verraient interdire toute remise en cause de la loi et même, comme cela est étudié en droit administratif, des actes de l'Exécutif. C'est la fameuse loi des 16-24 août 1790 qui ne se contente pas d'énoncer le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, principe qui sera à la base de l'apparition de la justice administrative ; elle interdit également aux tribunaux judiciaires d'empêcher ou de suspendre l'exécution de la loi.

21. **L'égalité devant la loi** – La réticence à adopter le système américain s'explique également par l'idée d'égalité devant la loi, fondamentale après les expériences d'Ancien Régime et l'arbitraire royal qui les accompagne. Il paraît inadmissible que la loi considérée comme inconstitutionnelle ne soit pas appliquée par un juge à une partie à un procès, alors qu'un autre juge pourra décider de l'appliquer parce qu'il la considère comme constitutionnelle.

2. Les raisons institutionnelles

22. **Le modèle institutionnel américain** – On a pu se demander si la transposition du modèle américain de contrôle de constitutionnalité ne supposait pas la *transposition parallèle du modèle institutionnel américain*, qui allie régime présidentiel et fédéralisme. Mais la réponse est assurément négative.

23. **Le mode de désignation et le statut des juges** – Une autre piste, beaucoup plus intéressante, a en revanche été développée par la doctrine.

Elle insiste sur l'*impossibilité* dans laquelle se trouvent les juges ordinaires européens d'exercer la justice constitutionnelle, à la fois du fait de leur mode de désignation et de leur statut.

- En Europe, les juges ordinaires sont des magistrats de carrière, des fonctionnaires, alors qu'aux États-Unis, ils sont soit élus, soit désignés avec l'accord d'autorités politiques élues. Ils manqueraient donc de la légitimité et de l'autorité nécessaires pour exercer un tel contrôle qui n'est pas seulement technique, mais inévitablement politique. En effet, le contrôle de constitutionnalité des lois ne se réduit pas à un strict travail d'interprétation des règles écrites mais comporte une part importante de création normative, du fait que les constitutions sont souvent des textes courts et anciens.
- De plus, *le statut des juges et des juridictions auxquels ils appartiennent* ne leur assure pas davantage l'indépendance nécessaire par rapport aux autres pouvoirs, dont le Parlement. Surtout en période exceptionnelle, ils restent à la merci de politiques d'épuration, ce qui ne leur permet guère d'aller provoquer le législateur sur son terrain en le censurant.

Pour un exemple d'une jurisprudence reflétant cette timidité, on peut se reporter à l'arrêt de principe Arrighi du Conseil d'État en date du 6 novembre 1936¹ qui consacre le principe de l'immunité des lois devant les juridictions administratives. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Latournerie sont intéressantes à lire, car l'un des arguments avancés pour refuser que la juridiction administrative s'aventure sur la voie du contrôle de la constitutionnalité des lois – lorsqu'elles s'interposent entre un acte administratif et la Constitution – est justement la situation de dépendance dans laquelle elle se trouve à l'époque vis-à-vis du législateur : la juridiction administrative n'a aucun statut constitutionnel, son statut est uniquement législatif et réglementaire. Le commissaire du Gouvernement ne peut donc exclure une réaction négative du législateur face à une censure du juge, comme la diminution des pouvoirs de la juridiction administrative – ou pire, son élimination.

Il faut préciser qu'à cette époque, la juridiction judiciaire n'a pas davantage de statut constitutionnel. Se trouvant placée dans une situation identique, de ce point de vue et des autres, sa jurisprudence a été identique.

24. **L'absence d'unité de l'appareil juridictionnel** – Une autre cause institutionnelle peut être trouvée dans *l'absence d'unité de l'appareil juridictionnel*, absence qui prévaut dans la plupart des États européens. Le système américain ne fonctionne bien que là où il y a unité de l'ordre juridictionnel, comme aux États-Unis et dans tous les pays de *common law*, et non dans les États qui connaissent une dualité ou une pluralité d'ordres juridictionnels. En effet, qui dit pluralité d'ordres juridictionnels dit pluralité de Cours suprêmes placées au sommet de chaque ordre juridictionnel. Le risque existe donc d'une divergence d'opinion entre les Cours suprêmes, s'agissant de la constitutionnalité d'une loi.
25. **L'insuffisante rigidité des constitutions** – Cette dernière raison institutionnelle ne vaut pas pour l'ensemble des États européens, mais elle explique également le rejet du système américain – et plus largement de tout contrôle de constitutionnalité – par certains États, en particulier par la Grande-Bretagne (encore aujourd'hui) ou par la France de la III^e République.

1. D. 1938. 3^e partie, p. 1, concl. Latournerie : « Sur le moyen tiré de ce que l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avr. et 10 mai 1934, serait contraire aux lois constitutionnelles : Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».

Prenons ce dernier cas : la Constitution de la III^e République est souple ; il suffit que les deux chambres se réunissent en Assemblée nationale et adoptent la loi déclarée inconstitutionnelle à la majorité de leurs membres pour que la Constitution soit révisée dans le sens voulu par le législateur. Cette souplesse rend évidemment vain tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, quel qu'il soit. En effet, une loi ordinaire censurée par le juge pourra être adoptée très facilement sous la forme d'une loi constitutionnelle. Il y a là une très grande différence avec les États-Unis, État dans lequel une déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité constitue une barrière quasi infranchissable pour le législateur du fait de la difficulté de la mise en œuvre de la procédure de révision de la Constitution (majorité des 2/3 du Congrès et ratification par les 3/4 des États membres).

3. Les raisons politiques

a. Le conservatisme de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême

26. **L'interprétation du XIV^e amendement : « le gouvernement des juges »** — *Avant la Seconde Guerre mondiale, le contrôle de constitutionnalité des lois à l'américaine est souvent dénoncé comme un instrument de conservation sociale, au sens d'un instrument qui bénéficie aux forces politiques conservatrices.*

Pourquoi un tel jugement ? La cause en est l'attitude de la Cour suprême entre les années 1890 et 1937 face aux législations sociales adoptées par les États fédérés, puis par l'État fédéral américain.

Il faut rappeler qu'en 1868, donc après la fin de la guerre de sécession, le pouvoir constituant américain adopte le XIV^e amendement, sans doute le plus important, qui consacre la fameuse clause en vertu de laquelle « aucun État [...] ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ». Cette clause, plus connue sous le nom de clause de « *due process of law* » (clause de « garanties légales suffisantes » en français) reproduit les dispositions d'un amendement qui avait été adopté dès 1791 (le V^e) mais qui avait été considéré par la Cour comme ne s'appliquant qu'à l'État fédéral et non aux États fédérés. Le XIV^e amendement est donc adopté dans le but de protéger la population noire contre ces derniers, et commence d'ailleurs par octroyer la citoyenneté aux anciens esclaves.

Quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis (extrait)

Section 1.

Aucun État [...] ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière.

Mais que constate-t-on ? À partir de 1890 et jusqu'en 1937, il est essentiellement utilisé par la Cour suprême pour invalider les lois des États fédérés qui interviennent dans le domaine économique ou social et limitent en particulier le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre. En effet, la Cour ne va pas se contenter de donner une signification purement procédurale à cette disposition – il ne suffit pas qu'il existe une procédure suffisamment protectrice des droits des personnes (de leur vie, de leur liberté ou de leurs biens) pour que l'État puisse y porter atteinte. À partir de 1890, elle va compléter cette approche par une *approche substantielle*. Désormais, pour être conforme à cette clause, la législation devra également être exempte d'arbitraire, raisonnable dans son contenu.

Il faut ajouter qu'à cette époque, la Cour privilégie, parmi les divers droits consacrés par la Constitution, le droit de propriété, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre : toute législation frappant ces droits est présumée inconstitutionnelle. En matière économique, il ne suffit donc pas que le législateur avance des raisons pour justifier la loi adoptée. La Cour s'attribue le droit d'apprécier la valeur de telles raisons et durant cette période, elle invalide la quasi-totalité des lois qui limitent le droit de propriété et la liberté de l'entrepreneur au nom des principes posés par le XIV^e amendement, alors qu'elle exerce un contrôle beaucoup plus restreint sur les lois qui portent atteinte aux autres libertés constitutionnelles.

Un exemple significatif : la Cour estime que sont contraires à la liberté du père de famille en matière d'éducation, les lois qui réglementent le travail des enfants. Autre exemple : la Cour n'hésite pas à déclarer inconstitutionnelles, comme contraires à la liberté contractuelle, donc comme contraires au principe de liberté posé au XIV^e amendement, les lois qui limitent la durée de la journée de travail à douze heures. Cette période est d'ailleurs appelée **ère Lochner**, du nom de l'arrêt rendu par la Cour suprême en 1905 déclarant inconstitutionnelle la loi adoptée par l'État de New York qui limitait la durée de travail des boulangers à 10 heures par jours ou 60 heures par semaine.

Par ce biais, la Cour va donc s'arroger le rôle de gardien de la société libérale, de gardien du non-interventionnisme intégral de l'État qui prévalait lors de la rédaction de la Constitution, un siècle auparavant. Elle va refuser les nouvelles politiques progressistes en matière économique et sociale, politiques pourtant conformes aux aspirations populaires. Au total, ce sont 227 lois de police économique ou sociales adoptées par les États fédérés qui seront déclarées inconstitutionnelles sur le fondement de cet amendement. En bref, c'est la doctrine du « laissez faire, laissez passer » que la Cour constitutionnalise sous couvert d'interpréter la clause de « *due process of law* ».

27. **Le conflit avec le président Roosevelt** – Durant cette période, l'attitude de la Cour suprême est donc incontestablement conservatrice puisque sa jurisprudence vise à « conserver » la société américaine telle qu'elle existait à la fin du XVIII^e siècle, telle que les pères fondateurs la connaissaient lorsqu'ils avaient conçu la Constitution destinée à régir leur État et posé les principes de respect de la vie, des biens et de la liberté. *C'est la fameuse période durant laquelle la doctrine française, dont Édouard Lambert, dans son ouvrage sur la Cour suprême, dénonce « le gouvernement des juges » qui prévaudrait aux États-Unis.* Rappelons que