

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 I

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 doute (J. Chevallier, *L'État de droit*, p. 33). 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, infailible. 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 : « 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). *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. 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 normes (*L'État de droit*, p. 29).

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. 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 premiers et seconds 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 partir 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.

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 l'inverse. 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.

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 I^{er} 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 étatique (L'État de droit, p. 16).

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.

- 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 » (J. Chevallier, p. 47) – 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 ».

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 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