

Section 2 - Les contrôles sur le législateur

Les critiques adressées au législateur, la distinction du pouvoir de fait et du droit du parlement, en un mot la volonté de mettre un frein à l'omnipotence parlementaire, constituent des conditions éminemment favorables à l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Tout semble en effet se mettre en place à l'époque pour justifier l'institution d'un tel contrôle, pourtant étranger à la tradition constitutionnelle française : celle de l'Etat légal, fondée sur le règne de la loi. (...)

Nous avons vu à quel point la confiance dans le parlement se trouve ébranlée chez les publicistes de la Troisième République (...). S'ils marquent ainsi très clairement que le parlement n'a pas le droit de tout faire, rien n'empêche cependant le législateur de faire des actes contraires au droit puisqu'il n'existe aucune sanction à ses empiètements, puisque surtout son élection au suffrage universel lui assure une légitimité démocratique. (...)

La défiance des publicistes à l'égard du parlement est d'autant plus vive que les contrôles juridictionnels sur ses actes sont inexistantes. Or nous avons vu que tout l'effort de la doctrine consistait précisément à développer ces contrôles sur les actes de l'administration ; et la théorie selon laquelle le règlement est une loi matérielle contribue à renforcer l'idée d'un contrôle possible sur les actes du législateur : si la loi et le règlement ont une nature identique, pourquoi ne pas les soumettre à un régime juridique similaire, dès lors que l'infaillibilité du législateur est remise en cause ? (...)

Or, malgré ces conditions très favorables, l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois se heurte encore à deux séries d'obstacles. (...)

1 – Les empêchements d'ordre constitutionnel

Sur le plan constitutionnel, deux obstacles s'opposent à l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois : le principe de séparation des pouvoirs (A) et l'absence de normes de référence suffisantes (B).

A – Le principe de séparation des pouvoirs

Dans son acception la plus étroite, ce principe interdit au juge tout empiètement sur le pouvoir législatif, et cette interdiction est particulièrement stricte en France où la méfiance à l'égard des anciens parlements n'a pas disparu des mémoires. (...) Mais nous avons vu les auteurs critiquer et relativiser l'importance du principe de séparation en insistant sur les circonstances particulières de son édicton, circonstances qui auraient disparu à l'époque de la Troisième République.

Ainsi récusé par la majorité de la doctrine, ce principe n'est d'ailleurs pas incompatible avec l'idée du contrôle, dès lors qu'on en relativise la signification. À lui seul, l'exemple américain suffirait à le prouver ; en outre, certains auteurs semblent considérer comme pratiquement acquise la possibilité pour le juge français de refuser l'application de lois irrégulièrement votées. Mais les publicistes préfèrent invoquer d'autres arguments plus conformes à l'idée qu'ils se font de la collaboration des pouvoirs, et fondés sur une conception extensive de la fonction juridictionnelle. (...)

B – L'absence de normes de référence suffisantes

Pour contrôler la constitutionnalité des lois, encore faut-il disposer d'un texte de référence à la fois précis et riche d'interdictions adressées au législateur. Or Esmein constate là encore que « si cette Constitution a séparé le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, défendant ainsi au Corps Législatif de toucher aux Lois constitutionnelles, elle n'a point, d'autre part, limité le champ d'action du législateur » [1] . Le seul contrôle possible est donc seulement formel ; il consiste pour le juge à vérifier que la loi qu'on invoque devant lui a été régulièrement votée, dans les formes prévues par la constitution. (...)

Mais l'intérêt d'un tel contrôle est évidemment mineur. Aussi certains auteurs vont-ils tenter d'élargir le bloc de constitutionnalité en y intégrant la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette solution est logiquement retenue par les plus « jusnaturalistes » et notamment par Duguit pour lequel « toute loi contraire aux termes de la Déclaration des Droits de 1789 serait une loi inconstitutionnelle » [2] , car « dans la doctrine individualiste, qui est encore à la base de notre droit positif, la force obligatoire de la loi dérive bien plus de son adéquation aux droits individuels que de la volonté nationale telle quelle. Par conséquent, la loi par excellence (...), c'est la Déclaration des Droits » [3] . Cette argumentation (...) montre comment le contrôle de constitutionnalité des lois, pièce de l'Etat de droit, peut s'instituer au nom même de l'Etat légal dans sa première version, comme protection du règne de la loi matérielle et non simplement formelle. Esmein illustre au contraire la défense de l'Etat légal, comme primauté de la loi formelle, en refusant toute valeur juridique positive à la Déclaration des droits [4] ; mais il prépare en même temps la version formaliste de l'Etat de droit telle que la présentera le très positiviste Carré de Malberg [5] . Pour Esmein en effet, l'imprécision et la généralité du texte de 1789 en font moins une garantie des droits qu'une déclaration de principes. Mais le Conseil d'Etat reconnaît, en 1913, valeur juridique à la Déclaration à travers le système des principes généraux du droit [6] et, en annulant un règlement qui contredit ces principes, il donne indirectement des arguments aux partisans d'un contrôle matériel sur la constitutionnalité des lois. Il reste cependant que les lois de 1875 ne se réfèrent pas explicitement à la Déclaration de 1789, celle-ci n'aurait donc tout au plus que la valeur d'une coutume, ou d'une loi ordinaire [7] .

Hauriou, quant à lui, propose d'étendre le bloc de constitutionnalité dans une toute autre direction. Dès 1909, il donne une sorte de statut constitutionnel à la raison d'Etat qui légitimerait de suspendre l'application des lois dans certaines circonstances : « Il faut entendre ici d'une certaine façon l'inconstitutionnalité de la loi, il ne s'agira pas d'une contradiction qui existerait entre la loi et les règles positives de la constitution écrite ; il s'agira plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'Etat, dont on peut bien dire qu'elles sont

plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite : ces conditions fondamentales d'existence de l'Etat exigent, d'une part, que les services publics indispensables à la vie de la nation ne soient pas interrompus, et, d'autre part, que les fonctionnaires soient en paix avec le gouvernement » [8] . Le contrôle sur les lois est donc moins destiné ici à défendre les libertés qu'à protéger l'ordre social menacé par les grèves et par une législation socialisante. (...)

2 – Les difficultés politiques

(...) Les publicistes hésitent à laisser la juridiction s'immiscer dans des conflits mettant directement en jeu des options politiques au risque de compromettre son autorité, son indépendance, sa prétendue neutralité [9] : « Pour arriver au résultat très problématique d'arrêter, pendant quelque temps peut-être, certaines innovations, sans jamais d'ailleurs espérer les refouler définitivement, on s'exposerait à introduire dans notre organisation juridique des éléments de trouble et de désordre bien dangereux. Nous n'aurions plus une Cour judiciaire, seulement, mais un corps hybride, mi-partie politique et législatif, mi-partie juridictionnel. La justice y perdrait à coup sûr, et je ne sais pas ce qu'y gagneraient la politique et la législation » [10] .

L'argument a d'autant plus de poids que le contrôle de constitutionnalité serait essentiellement l'œuvre de tribunaux judiciaires. Or, il est clair que les publicistes font davantage confiance au Conseil d'Etat qu'à la Cour de cassation, soupçonnée à la fois d'une trop grande timidité vis-à-vis du pouvoir politique et d'un conservatisme extrême. (...)

Au fil des années cependant, la notion de juridique tend à s'étendre toujours davantage, au détriment du politique, et au profit de la juridiction. C'est du moins ce que démontre la proposition faite par Hauriou, d'instituer un contrôle par voie d'exception [11] . Berthélemy, Cahen, Moreau, Jèze et Duguit sont également favorables au système de l'exception d'inconstitutionnalité [12] . Pourtant, ce mode de contrôle présente un inconvénient majeur, on l'a vu, celui d'être presque nécessairement confié aux magistrats de l'ordre judiciaire. C'est pourquoi certains imaginent d'autres modalités. Faute de pouvoir confier la totalité du contrôle au Conseil d'Etat, de nombreux auteurs envisagent l'institution d'une Cour suprême, spécialisée dans le traitement des affaires constitutionnelles. Cette proposition rallie aussi bien des hommes politiques que des juristes : elle est présentée au parlement en 1909 par Engerand, reprenant pour partie celle d'A. Naquet [13] ; elle est également soutenue par Ch. Benoist [14] , G. Picot [15] , R. Bonnard [16] , J. M. Bouchard [17] . (...)

(...) (L)'idée d'un contrôle pesant sur les actes du législateur a fait son chemin et s'est gagnée des partisans en quelques années : Jèze qui, en 1904, s'arrêtait au seul contrôle formel par voie d'exception [18] , rédige en 1912 un mémoire avec Berthélemy, dans lequel il se montre favorable au principe d'un contrôle matériel [19] . Or le mémoire en question reçut l'adhésion de plusieurs professeurs de droit, dont Esmein et Larnaude qui manifestaient pourtant quelques réserves à l'égard de ce contrôle dix ans plus tôt [20] . On peut voir dans cette évolution l'une des manifestations les plus sensibles du passage de l'Etat légal à l'Etat de droit. Les conceptions de l'Etat légal impliquaient en effet l'infaillibilité du législateur, et faisaient de la loi la garantie suprême. Avec l'Etat de droit, au contraire, le législateur désormais critiqué doit obéir au droit au

même titre que le pouvoir exécutif ; la loi n'est plus la norme fondamentale, elle doit se soumettre à son tour à des considérations supérieures tirées de la constitution.

[1] A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2e éd., Paris, Larose, 1899, p. 400. Rapprocher, R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel, étude d'histoire, de législation comparée et de critique*, Thèse Paris, Giard, 1891, p. 486.

[2] L. Duguit, *Manuel de droit public, tome 1 : droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, p. 485. De même, A. Gautier, *Précis des matières administratives dans leur rapport avec le droit public*, Paris, Lahure, 1880, tome II, p. 9 ; F. A. Helie, *Les Constitutions de la France*, Paris, Marescq, 1880, p. 1417. Opinion contraire : A. Mestre, « Analyse du livre de F. Moreau, *Le règlement administratif* », RDP 1904, p. 634.

[3] L. Duguit, *op.cit.*, p. 487.

[4] A. Esmein, *op. cit.*, p. 368.

[5] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, 2 vol. ; réédition CNRS 1962, t. II, p. 578 et s., notamment pp. 580-581 : « L'argument du caractère d'antériorité qui est propre aux Déclarations par rapport à la Constitution qu'elles conditionnent, se retourne contre la doctrine soutenue par M. Duguit. Il n'est pas possible d'admettre concurremment que la Déclaration de 1789 était située en dehors de la Constitution de 1791 et, cependant, qu'elle possède, aujourd'hui encore, la force de loi constitutionnelle et continue à former un élément de la Constitution française. De deux choses l'une : Ou bien elle faisait partie intégrante de la Constitution de 1791, et, en ce cas, elle a disparu avec cette Constitution. Ou, au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la Constitution future. Mais alors, elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une Déclaration de vérités philosophiques, ainsi que le montre M. Esmein (...) ; ou plutôt, elle se ramenait à l'énoncé de concepts de droit naturel, qui ont bien pu inspirer la Constitution de 1791 et dont la grande influence sur la formation du droit public français est, à cet égard, indéniable, mais qui ne sauraient être considérés comme des prescriptions juridiques ayant l'efficacité de règles de droit positif ». De même, F. Larnaude, « Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », BSLC 1902, p. 219 : « La Constitution de 1875 n'a pas cru devoir reproduire les déclarations de droits qui décoorent, comme un frontispice plus ou moins ornemental et décoratif, la plupart de nos constitutions précédentes. Il arrivera donc bien rarement qu'un particulier puisse opposer l'exception d'inconstitutionnalité devant un tribunal. Car comment pourrait-il arriver qu'il pût invoquer un droit atteint par une loi qui aurait violé la constitution, alors que cette constitution ne s'occupe que de l'organisation et des rapports des pouvoirs publics ? »

[6] CE, Roubeau, 9 mai 1913, note G. Jèze, RDP 1913, pp. 685-688.

[7] G. Jèze, note sous CE Roubeau, 9 mai 1913, loc. cit. ; R. Carré de Malberg, op. cit., tome II, p. 582, note 10.

[8] M. Hauriou, note sous CE ; Winkell et Rosier, 7 août 1909, Sirey 1909-3-145, et Hauriou poursuit : « Notons que nous faisons ainsi appel, non pas à la raison d'État, qui est une notion dangereuse, parce que le salut de l'État peut souvent paraître lié à des circonstances momentanées, mais à la théorie de l'inconstitutionnalité des lois, qui ne saurait être invoquée qu'à propos de conditions permanentes de la vie des États que la doctrine et la jurisprudence auraient bientôt déterminées, et qui, par conséquent, ne permettrait pas de surprises. Le pouvoir du juge de frapper d'inefficacité des lois qu'il estime inconstitutionnelles existe dans les pays anglo-saxons ; il n'y a pas de bonnes raisons pour qu'il ne s'établisse pas chez nous. Le Conseil d'État, juge de la légalité des actes de l'Administration, est bien placé pour s'enquérir de la constitutionnalité des lois qu'on lui demande d'appliquer ».

[9] A. Esmein, op. cit., 5ème éd., p. 534 ; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, Fontemoing, 1911, tome I, p. 159 ; F. Larnaude, « Etudes sur les garanties judiciaires... », loc. cit., pp. 225-229 ; R. Despax, De la responsabilité de l'État en matière d'actes législatifs et réglementaires, Paris, Giard et Brière, 1909, pp. 130-134.

[10] F. Larnaude, « Etudes sur les garanties judiciaires... », loc. cit., p. 227.

[11] M. Hauriou, note sous CE Tichit, 1er mars 1912, Sirey 1912-3-1961.

[12] H. Berthélemy et G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », RDP 1912, pp. 138-156 ; F. Moreau, Pour le régime parlementaire, Paris, Fontemoing, 1903, p. 350 ; G. Cahen, Le gouvernement législateur, la loi et le règlement, Thèse Paris, Rousseau, 1903, pp. 382 et s. ; L. Duguit, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », RDP 1910, pp. 637-666.

[13] Proposition Naquet, BSLC 1902, p. 223.

[14] Proposition Ch. Benoist, « La Réforme parlementaire ». Revue des deux mondes, 1902, n° 5, pp. 827-849, p. 834 ; J. Barthelemy, « De l'interprétation des lois par le législateur », RDP 1908, p. 491, note : « Nous signalons (...) la très intéressante proposition de MM. Ch. Benoist, Beauregard, Doumer, Groussau, Jules Roche... tendant à instituer en France une Cour suprême pour connaître des atteintes portées aux droits et libertés des citoyens ».

[15] G. Picot, Allocution prononcée à la séance du 13 décembre 1889, BSLC 1900, pp. 70-79, pp. 75-76.

[16] R. Bonnard, « Analyse du livre de J. Barthélemy, Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes », RDP 1907, pp. 596-601, p. 600.

[17] J. M. Bouchard, « Chronique du mouvement législatif », RDP 1910, pp. 132-135, p. 135. A. Angleys, Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire, Thèse Grenoble, Chambéry, Imprimerie F. Gentil, 1910, p. 177.

[18] G. Jèze, notes de jurisprudence judiciaire, RDP 1904, pp. 111-118, p. 113 : « Il faut affirmer la compétence des tribunaux de tout ordre pour exercer un contrôle sur la régularité extérieure des actes émanant des Chambres législatives, à la condition que ce contrôle soit limité à l'observation des formes requises par les lois constitutionnelles proprement dites ; il ne peut s'exercer sur les formes prescrites par une loi ordinaire, par un règlement d'administration publique ou par le règlement intérieur des Chambres ».

[19] H. Berthélemy et G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux... », loc. cit., p. 148 : « Ce qui empêche, en fait, la question de venir devant les tribunaux, c'est qu'il n'y a dans les lois constitutionnelles de 1875, aucune déclaration de principes dont l'observation est déclarée obligatoire pour le Parlement ; par suite, une loi régulièrement votée par le Parlement ne peut être que très difficilement en opposition avec les lois constitutionnelles de 1875 ».

[20] Le mémoire « a reçu l'adhésion de MM. P. Beauregard, A. Esmein, F. Larnaude, A. Pillet, A. Colin, A. Wahl, N. Politis, professeurs à la Faculté de Droit de Paris » (RDP 1912, p. 139, note 1).