

(...) il est possible de souligner que l'histoire du contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas seulement une histoire de la volonté d'emprise de l'exécutif sur le législatif où l'organe chargé de contrôler la loi serait seulement un chien de garde au service du premier pour corseter le second. Cette investigation concerne la justice constitutionnelle conçue comme instance chargée de veiller tant au respect par les organes de leurs compétences (Conseil constitutionnel version 1958-1971) qu'à la préservation des droits et libertés fondamentaux des citoyens (Conseil constitutionnel depuis 1971) [1]. Ces deux missions relèvent de deux logiques différentes qui ont chacune une histoire. Dans la première hypothèse, le juge constitutionnel se préoccupe du respect par les organes constitués de leur champ de compétence ou de leurs fonctions par rapport aux autres organes constitués, chose qui peut être faite sans charte des droits et libertés fondamentaux, ou sans que cette charte se voie attribuer une valeur constitutionnelle (I). Dans la seconde hypothèse, il est impératif de penser que le juge a pour mission de faire en sorte que les organes législatifs respectent une répartition verticale des compétences, autrement dit, une répartition entre ce qui relève du législateur ordinaire et ce qui ressortit du législateur constitutionnel à savoir les droits et libertés fondamentaux (II). Le Conseil constitutionnel, dans ses attributions actuelles, hérite de ces deux lignées doctrinales.

## **I. – LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉPARTITION DES POUVOIRS**

Si l'on a pu inférer de l'article 16 de la déclaration de 1789 qu'il y avait une volonté révolutionnaire de soumettre la loi aux droits de l'homme et du citoyen, cette soumission ne devait en aucun cas passer par un contrôle juridictionnel de la loi, expression de la volonté générale. Sans doute, le législateur révolutionnaire doit-il avoir à l'esprit la déclaration, ce catalogue de droits oubliés, méprisés ou ignorés comme le précise le préambule, mais de là à soumettre le travail législatif à la censure éventuelle d'un juge est proprement inenvisageable. Le fait que certains droits contenus dans la déclaration aient été repris dans le dispositif de la constitution de 1791 dans son titre 1er « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution » n'y change rien. Mais ce n'est pas parce que l'on n'envisage pas de juge de la loi que le législateur n'est pas soumis aux droits de l'homme et du citoyen. Pour les Constituants, il y est bien soumis mais la garantie provient de deux convictions très solidement ancrées : d'une part, dans une veine rousseauiste, on est certain qu'un législateur élu par le peuple ne peut mal faire, c'est-à-dire ignorer les droits, d'autre part, dans une ligne plus proche de celle de Montesquieu, on est convaincu qu'une sage répartition des fonctions entre organes est la meilleure garantie de l'excellence de la loi (système dit de « l'équilibre », des « contrepoids », puis chez Sieyès du « concours »). En 1789, l'aversion pour les juges des cours souveraines qui avaient naguère entendu contrôler les lois du roi fait l'effet de repoussoir : la Révolution est anti-robine, le juge doit être cantonné à un rôle subalterne de confrontation du cas d'espèce à une loi parfaite, en se gardant de l'interpréter, et a fortiori la juger.

(...)

## **II. – LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET LIBERTÉS**

Évoquer la genèse de la justice constitutionnelle des droits et libertés en France suppose de tirer des enseignements du contrôle, salué par des libéraux au XIXe siècle, exercé sur les lois du roi sous l'Ancien Régime, qui se rapproche du modèle du contrôle concentré [2] (A). Mais c'est vers le modèle du contrôle diffus accompli par le juge ordinaire que la doctrine s'est orientée au XIXe et au début du XXe siècle, notamment chez Edouard Laboulaye et Léon Duguit (B).

### **A. – Le contrôle des lois du roi**

S'il reste beaucoup à dire sur le contrôle des lois du roi sous l'Ancien Régime car il faudrait étudier systématiquement les remontrances de toutes cours souveraines, on a pu, d'ores et déjà en décrire les traits principaux [3]. On peut en tirer quelques enseignements. 1) Ce sont les cours souveraines qui prétendent déterminer le corpus de référence auquel elles vont ensuite confronter les lois du roi, hissant ainsi certaines lois ou principes à un rang supérieur. Ce corpus est composé de lois anciennes qui sont, aux yeux des parlementaires, particulièrement importantes, fondamentales en raison de leur antiquité et/ou de leur solennité. (...) 2) Les cours souveraines refusent d'enregistrer (c'est-à-dire d'inscrire dans ses registres) les lois du roi qui ne sont pas vérifiées. Elles doivent s'incliner lorsque le roi impose l'enregistrement par la procédure du lit de justice (enregistrement forcé) tout comme le Conseil constitutionnel s'incline lorsque le souverain impose sa volonté par le biais de la révision de la constitution. C'est la théorie de l'aiguilleur. Mais les cours ne s'opposent pas toujours frontalement et utilisent la technique de ce que l'on appellerait aujourd'hui les réserves d'interprétation. Elles enregistrent le texte en précisant toutefois comment il doit être entendu et appliqué. (...) 3) Les cours souveraines ne se présentent pas comme des contre-pouvoirs, extérieurs au roi qui viendraient contester sa pleine souveraineté : au contraire, elles se disent être du corps même du roi. Pour le comprendre il faut distinguer le roi-corps mystique et le roi-corps physique. Si le second est faillible car sa volonté peut être « surprise », le premier (qui porte en son sein les parlements), le seul qui soit souverain, ne l'est pas. Par conséquent, le souverain n'est jamais aussi souverain que lorsqu'il agit sous le contrôle de ses cours souveraines. La compétence des cours souveraines n'est pas de nature politique mais bien juridique : elles re-présentent le roi source de toute justice (physiquement absent, quand elles s'opposent à l'enregistrement d'une ordonnance ou d'un édit. De même que, mutatis mutandis, le Conseil constitutionnel re-présente le peuple souverain absent en censurant une loi votée inconstitutionnelle. Si le souverain veut être présent, il lui appartient de réviser la constitution soit par référendum soit à la majorité des trois cinquièmes tout comme le roi-souverain peut suspendre la délégation dont jouissent les magistrats des cours souveraines via la procédure du lit de justice.

Cette doctrine parlementaire s'est évanouie avec la monarchie d'Ancien Régime. Pour longtemps, confier la garde des lois fondamentales à des juges a été considéré comme une absurdité qui mettrait en cause la souveraineté du peuple (les juges n'ont pas de légitimité) et qui transformerait le gouvernement politique en gouvernement des juges, chose odieuse pour un démocrate [4]

### **B. – La loi et le pouvoir judiciaire**

Des libéraux du XIXe siècle ont conçu à l'image de Constant, un pouvoir neutre capable de restaurer l'harmonie entre les pouvoirs. D'autres ont préféré la voie consistant à confier au juge le soin d'assurer aux citoyens la garantie de leurs droits constitutionnels, chose qui suppose

d'écarter la loi ordinaire au profit de la loi constitutionnelle lorsque la première blesse la seconde. Cette tâche peut être accomplie par le juge ordinaire et, soutiennent ces libéraux, ne saurait être interprétée comme une immixtion du judiciaire dans le législatif car la loi ne perd pas de vigueur, elle est rendue simplement insusceptible d'être appliquée au cas. Au passage, ils estiment qu'en agissant ainsi, le véritable équilibre des pouvoirs serait restauré ou que la subordination bien française du pouvoir judiciaire cesserait [5] .

Pour penser un tel modèle en France, il a fallu porter son regard outre-Atlantique où l'on conçoit les choses ainsi depuis 1803 (Marbury vs Madison). Edouard Laboulaye, grand connaisseur des États-Unis au XIXe siècle, expose ce système au public français dans le troisième tome de son Histoire des États-Unis, publiée en 1866 intitulé Histoire de la constitution.

(...)

Après Tocqueville et en constitutionnaliste, Laboulaye tente de familiariser les Français avec cette justice constitutionnelle des droits et des libertés que connaissent les Américains [6] . Il ne sera pas suivi, et que peu entendu. Quoi qu'il en soit, l'originalité du propos est triple. Primo, le lien établi entre le rôle des parlements d'Ancien Régime, la préservation des libertés contre les atteintes législatives et le contrôle de la constitutionnalité américain. Secundo, la limite de ce rapprochement : le modèle américain est tout entier dans un pouvoir politique de la justice tout en étant un pouvoir pleinement et exclusivement judiciaire, ce qui permet au passage de repenser une véritable tripartition du pouvoir et non une simple bipartition (vers laquelle tend le modèle de Montesquieu [7] en évoquant la « puissance nulle » [8] ). Tertio, une fine perception des ambiguïtés du modèle de contrôle concentré car si Laboulaye consent à considérer que les anciens parlements sont des organes hybrides \_ mi-judiciaire, mi- législatif \_ il perçoit nettement le reproche qui peut leur être fait : s'immiscer dans la fonction législative, être finalement, comme on a pu le soutenir à propos du Conseil constitutionnel, un co- législateur. On comprend que, quelques années plus tard, sous une IIIe république où la « souveraineté parlementaire » reste le credo de toute la classe politique, le ralliement de la doctrine avant et après la première mondiale en faveur du contrôle de la constitutionnalité des lois s'est fait au profit du juge ordinaire.

[1] Seront délaissées les histoires des deux autres compétences du Conseil constitutionnel : sa qualité de juge électoral ainsi que son rôle de conseil proprement dit, comme il l'est à l'occasion de l'avis obligatoire rendu en cas de mise en œuvre de l'article 16.

[2] Jusqu'à un certain point seulement car les parlements sont aussi des juges suprêmes dans l'ordre, s'il l'on peut dire avec quelque anachronisme, judiciaire.

[3] Voir notamment M.-F. Renoux-Zagamé, op.cit., O. MARTIN et Fr. OLIVIER- MARTIN, Les lois du roi, Les cours de droit, rééd. Paris, Loysel, 1988 et Les Parlements contre l'Absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle, rééd. Paris, LGDJ, 1997, A. VERGNE, La notion de constitution d'après la pratique

institutionnelle à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789), Thèse droit, Paris II, 2000 et Fr. Saint-Bonnet, « Le Parlement, juge constitutionnel » (XVIe-XVIIIe), Droits, 2001, n° 34, p. 177.

[4] C'est ce que voit très bien a contrario Alexis de Tocqueville lorsqu'il évoque le contrôle de la constitutionnalité des lois aux États-Unis (De la démocratie en Amérique, 1re partie, chap. 6) : « Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale ; s'il avait pu prendre l'initiative de censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique ; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et sur une simple application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un intérêt individuel : la loi ne se trouve blessée que par hasard. D'ailleurs, la loi ainsi censurée n'est pas détruite : sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point suspendu. »

[5] Subordination reconnue et assumée comme étant de nature historique et propre à la culture politique française par un opposant au contrôle diffus de la constitutionnalité des lois comme F. Larnaude, (« L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », dans la Revue politique et parlementaire, t. 126, février 1926, p. 181-199) qui fait référence au pouvoir judiciaire de l'Ancien Régime « éminemment conservateur » et rétif aux réformes, ce qui explique que la « séparation des pouvoirs à la française » (nous soulignons) soit « tout entière dirigée contre le pouvoir judiciaire » (souligné par l'auteur, *ibid.*, p. 186).

[6] Voir A. Laquièze, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français au XIXe siècle », *Giornale di storia costituzionale*, no4, 2002, p. 155-171.

[7] Voir S. Goyard Favre, « Edouard Laboulaye, légataire de Montesquieu : la république constitutionnelle », *Revue Dix-huitième*, no21, 1989, pp. 135-147.

[8] Voir sur ce point, François Saint-Bonnet, « Le constitutionnalisme libéral français en trompe l'œil. Actualité de l'autre Montesquieu », *Droits*, 2006, n° 43, p. 15.