
La primauté de la Constitution vous paraît-elle assurée de façon satisfaisante en France aujourd'hui? (Annales 2000)

La raison fondamentale des réticences françaises en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi trouve son origine dans la conception «rousseauiste» de la loi. Sacralisée, «*expression de la volonté générale*» en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, celle-ci est devenue l'acte suprême, irrésistible, irréprochable, incontestable et inconditionnelle, apparentant ainsi la France plus à un «*Etat légal*» qu'à un Etat de droit (tradition du «*légicentrisme*»). Un domaine par nature était d'ailleurs réservé à la loi comme le consacra le Conseil d'Etat le 4 mai 1906 dans l'arrêt *Babin* (organisation des services publics, protection des libertés notamment). La loi représentait en conséquence l'expression de la volonté générale, traduisant les aspirations du peuple réuni en Assemblée générale (souveraineté populaire) ou relayé par ses représentants (souveraineté nationale). Comme l'assenait Jean-Jacques Rousseau, «*La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison, qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté générale ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont ni ne peuvent être ses représentants; ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement*». Formant le corps social, chaque individu est détenteur d'une parcelle de la souveraineté et dispose d'un droit égal à participer à la confection, au vote de la loi. La traduction de cette conception se rencontre d'ailleurs à l'article 3 de la Section I^{ère} (*De la royauté et du Roi*), Chapitre II (*De la Royauté, de la Régence et des Ministres*) de la Constitution du 3 septembre 1791: «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le Roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*». La création d'un juge constitutionnel chargé de contrôler la conformité des lois à un texte supérieur apparaissait dès lors comme une atteinte intolérable portée à la supériorité de la loi en tant qu'expression de la volonté populaire. Pour le Professeur Jean-Pierre Machelon, le contrôle de constitutionnalité de la loi, procédure regardée comme d'essence césariste, entrainait en contradiction avec la plénitude de législation impartie à l'Assemblée ou aux Assemblées compétentes.

En 1958, lorsque les Constituants décidèrent de contrer l'omnipotence des Chambres constatée sous les Républiques antérieures, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la loi fut appréhendée comme une technique supplémentaire d'encadrement de ces dernières, d'autant qu'elle reçut le renfort des techniques du «*parlementarisme rationalisé*».

Ce contrôle apparaît aujourd'hui comme un instrument au service de l'Etat de droit qui protège l'ordre juridique contre les risques de dérive que l'*ubris* politique peut inspirer à une majorité parlementaire. Si ce contrôle de constitutionnalité de la loi, condition *sine qua none* de la suprématie constitutionnelle a connu une lente consécration en Droit français (I), il est aujourd'hui affecté dans une certaine mesure par une influence supranationale diffuse (II).

I - La lente consécration de la primauté de la Constitution au sein de l'ordonnement juridique français

A - Les vicissitudes du juge constitutionnel

En août 1792, le comte Armand de Kersaint proposa à l'Assemblée législative de créer un «*Corps de censeurs*», siégeant sur un banc spécial de l'Assemblée, qui veillerait à ce que les actes des pouvoirs législatif et exécutif fussent toujours conformes à la Constitution. De même, le 10 mai 1793, Robespierre demanda l'établissement d'un «*Jury national*» pour venger les citoyens opprimés par le corps législatif. Surtout, l'abbé Emmanuel-

Joseph Sieyès avait envisagé, dans son discours des 2 et 18 thermidor An III, la création d'un «*Jury de constitution*» (ou «*Jurie constitutionnaire*») composé de cent huit parlementaires. Ce jury serait chargé d'une triple fonction. Il serait d'abord un protecteur de la Constitution en vérifiant la constitutionnalité des actes (des règles de procédure et non des lois) des deux Conseils, des Assemblées primaires et électorales sur saisine de la minorité opposante de ces corps (la sanction est alors la nullité de l'acte déféré et la possibilité de déférer les auteurs de ces actes à un tribunal si leur responsabilité pénale venait à être engagée). Il offrirait ensuite une véritable capacité de perfectionnement, de révision de la Constitution en consignait sur un registre les vœux formés par ses membres et en proposant des améliorations constitutionnelles tous les dix ans. Enfin, il se prononcerait selon les règles de l'équité naturelle chaque fois qu'un tribunal ne trouverait pas la solution d'un litige dans la loi apportant ainsi «*un supplément de juridiction naturelle aux vides de la juridiction positive*». La proposition ne reçut aucun écho favorable et fut repoussée les 24 et 25 thermidor An III, Antoine Thibaudeau déclarant à ce sujet: «*Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait*». En vérité, le contrôle de constitutionnalité de la loi a été introduit dans les premières Constitutions sous la forme d'une vigilance populaire non d'une intervention juridictionnelle. Ces textes fondateurs visaient expressément le respect des dispositions constitutionnelles en le confiant «*à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français*» (Titre VII, article 8 de la Constitution de 1791). Et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution de l'An I d'ajouter que «*Quand le Gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque partie du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs*» (article 35). Cette approche originelle du contrôle de constitutionnalité trouve son origine dans la résistance à l'oppression contenue par exemple à l'article 33 de la Déclaration précitée de l'An I («*La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme*»).

Sous les deux Empires, ce rôle de collation constitutionnelle était dévolu aux Sénats impériaux, alors plus organes politiques que juridictionnels (l'exécutif impérial maîtrisait largement sa composition à compter de l'An XII), ce qui dénatura intrinsèquement la finalité du contrôle. La constitutionnalité de la loi ne résultait en effet non de sa conformité à la Constitution mais de son respect des volontés de l'Empereur. En pratique, le Sénat ne censurera jamais les actes inconstitutionnels de l'Empereur, excepté pour prononcer sa déchéance le 3 avril 1814. Seul existait un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice opéré par la Cour de cassation.

Sous la IV^e République, l'idée fut timidement poursuivie avec le Comité constitutionnel composé du Président de la République, des Présidents des deux Chambres, de sept membres de l'Assemblée nationale élus en début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes, choisis en dehors de la Chambre, et de trois membres du Conseil de la République élus selon les mêmes règles (article 91 de la Constitution). La saisine nécessitait une demande conjointe des Présidents de la République et du Conseil de la République, après un vote à la majorité absolue de celui-ci. Cet organe présentait donc le grave handicap d'une forte politisation de sa composition, ce qui ne correspondait guère aux canons classiques du contrôle de constitutionnalité. Le Comité constitutionnel ne fut d'ailleurs saisi qu'une seule et unique fois (le 16 juin 1948 à propos de la procédure d'adoption des lois par les Chambres) et n'eut même pas à statuer puisqu'il parvint à un accord entre les Chambres dans le délai imparti (cinq jours). Il devait en effet s'efforcer de trouver un accord entre les deux Chambres dans un délai de cinq jours à compter de sa saisine. À défaut d'un tel accord, le texte litigieux était renvoyé à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération et en cas de maintien du premier vote, la loi ne pouvait être promulguée qu'après une révision constitutionnelle. Les règles du contrôle de constitutionnalité n'étaient pas plus respectées quant à la fonction attribuée à ce juge dans la mesure où son pouvoir ne consistait pas à invalider une loi inconstitutionnelle mais simplement à en retarder la promulgation jusqu'à la révision de la Constitution (il avait pour rôle d'«*examiner si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution*»).

Autrement dit, il ne faisait pas prévaloir la Constitution sur la loi, mais la loi sur la Constitution. De surcroît, le champ matériel de son contrôle ne pouvait porter que sur les Titres 1^{er} à 10 de la Constitution, non sur le Préambule et le Titre 11 relatif à la révision de la Constitution. Ledit contrôle s'avérait en conséquence purement formel et procédural, en aucune façon fondé sur la protection des libertés.

B - La révolution juridique de 1958

En 1958, la volonté des Constituants consistait à placer le Parlement sous surveillance et à réduire le domaine illimité de la loi. Michel Debré, considérant que le Parlement ne disposait plus du monopole de la souveraineté, décida de l'encadrer (*«La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement à la règle édictée par la Constitution ... La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire»*, discours devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958). La première illustration de cette forte volonté fut l'examen obligatoire des Règlements des Chambres par le Conseil constitutionnel afin d'éviter l'édition subreptice de procédures que la représentation nationale utiliserait pour mieux contrôler l'exécutif (par exemple dans les décisions des 17, 18 et 24 juin 1959 pour l'Assemblée, des 24 et 25 juin 1959 pour le Sénat, le Conseil interdit le vote d'une résolution après une question orale pour éviter le rétablissement des interpellations de la IV^e République). Cette conception manichéenne a certes évolué tout en suscitant un profond bouleversement quant à la perception de la loi, que l'on retrouve dans certains «considérant» du Conseil constitutionnel (par exemple, dans une décision du 23 août 1985: *«La loi n'exprime la volonté générale que dans la mesure où elle respecte la Constitution et non plus du seul fait de son existence et de son vote par les élus du peuple»*; ou encore dans une décision du 16 janvier 1982: *«Rien ne saurait dispenser le législateur dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat»*). Par l'intermédiaire de l'instauration du contrôle de constitutionnalité, le Parlement n'exprime plus la volonté générale que s'il se conforme aux dispositions constitutionnelles car la loi se définit dorénavant par rapport à la Constitution. Or, ces dernières sont définies et tracées par le Conseil constitutionnel, nouveau théologien et sa jurisprudence, nouveau décalogue. Ce juge constitutionnel, presque constituant, a élaboré depuis sa décision du 16 juillet 1971 un *«bloc de constitutionnalité»* (expression du Professeur Louis Favoreu) extensif qui accentue le corsetage du Parlement en balisant son terrain d'intervention.

II - Les altérations de la primauté de la Constitution dans l'ordonnement juridique français

A - La confrontation de la Constitution aux traités

Le juge administratif considère que la suprématie conférée aux engagements internationaux sur les lois par l'article 55 de la Constitution de 1958 ne peut, dans l'ordre interne, être étendue *«aux dispositions de nature constitutionnelle»*, refusant ainsi d'entrer dans la voie d'un contrôle de conventionnalité de la Constitution comme les requérants l'y invitaient (CE Ass. 30 octobre 1998, *M.Sarran, M.Levacher et autres*; repris par Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Pauline Fraise*: *«La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle»*). Le juge administratif refuse en l'espèce de contrôler la compatibilité de la Loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie avec les stipulations du Pacte des Nations Unies pour les droits civils et politiques du 19 décembre 1966 signé à New York (articles 2, 25 et 26) et celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (article 3 du Premier protocole additionnel). De surcroît, le Conseil d'Etat ne paraît pas avoir fondé sa position sur la postériorité de la Loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 par rapport aux traités en cause et semble faire prévaloir la Constitution même si les dispositions constitutionnelles en cause étaient antérieures au traité. Le juge

administratif énonce donc, en altérant la classique perception de la hiérarchie des normes, que l'article 2 d'une loi de 1988 prend une valeur constitutionnelle par l'effet d'une réforme de la Constitution qui lui est postérieure de dix ans. Le Haut Juge reconnaît donc à la Constitution la qualité de norme suprême dans l'ordre juridique français, confirmant la solution implicitement contenue dans l'arrêt *Moussa Koné* (CE Ass. 3 juillet 1996) où le juge administratif inaugure un «*contrôle de constitutionnalité par ricochet des traités*» selon la formule du Professeur Dominique Chagnollaud, puis réaffirmée dans un arrêt *S.A.R.L. du parc d'activités de Blotzheim et S.C.I. Haselaecker* (CE Ass. 18 décembre 1998) dans lequel le juge administratif accepte de contrôler si la procédure de ratification ou d'approbation est conforme à l'article 53 de la Constitution. Les traités n'ont donc qu'une valeur supralégislative mais infraconstitutionnelle en Droit interne ce qui ne remet pas en cause leur suprématie dans l'ordre juridique international (d'autres pays européens, comme les Pays-Bas notamment avec l'article 94 de la Constitution néerlandaise issue de sa révision de 1983, accordent à l'inverse au Droit international une suprématie sur toutes les normes de Droit interne quel que soit leur rang). La solution jurisprudentielle ne semble pas si déroutante d'une part, car l'article 55 de la Constitution n'accorde aux traités qu'une autorité supérieure aux lois, d'autre part, car l'article 54 du même texte établit une hiérarchie favorable à la Constitution puisqu'il prévoit qu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié (ce n'est pas la Constitution qui est contrainte de s'adapter au traité à travers une révision mais le traité qui ne peut être ratifié). À partir du moment où la Constitution a imposé une hiérarchie des normes, le Conseil d'Etat qui ne tire son existence et sa légitimité que de la Constitution, ne pouvait que se conformer à cet ordre.

B - L'émergence d'une «*internationalisation*» perturbatrice

Devant les revirements jurisprudentiels initiés par l'arrêt *Nicolo* côté juge administratif (tout particulièrement CE Ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais* et CE Ass. 30 octobre 1998, *M.Sarran, M.Levacher et autres*, refusant ainsi d'entrer dans la voie d'un contrôle de conventionnalité de la Constitution comme les requérants l'y invitaient) et l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* (Cass. Ch. mixte) côté juge judiciaire, le Professeur Olivier Cayla considère que le modèle européen d'une Cour constitutionnelle centralisant le contrôle de constitutionnalité des lois a vécu pour faire place à un système voisin du modèle américain où n'importe quel juge, à l'occasion de n'importe quel litige à propos de n'importe quelle loi déjà en vigueur, peut se prononcer sur la constitutionnalité matérielle de celle-ci. Si les droits conventionnels n'ont pas leur équivalent constitutionnel, en revanche tous les droits constitutionnels relatifs aux droits de l'homme ont leur équivalent conventionnel. De sorte que lorsque le juge administratif vérifie qu'une loi est conforme à une disposition conventionnelle, il la confronte à une norme dont le contenu est identique (ou presque) à celui de la norme constitutionnelle que le juge constitutionnel considère de son côté pour apprécier la validité de la même loi. Et de conclure, que le juge administratif et le juge constitutionnel «*s'adonnent au fond à la même tâche*» dans une démarche parfois concurrentielle, tout contentieux étant désormais susceptible d'avoir une dimension constitutionnelle. Le Professeur Denys de Béchillon rejoint cette conclusion en expliquant que «*cet examen «ordinaire» de conventionnalité des lois aboutit à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité. De sorte que, matériellement parlant, il faut bien se résoudre à constater qu'un équivalent de contrôle de constitutionnalité diffus a posteriori se surajoute à notre système de contrôle concentré a priori*», tout comme le Professeur Etienne Picard estimant que ces deux catégories de juges exercent sur les lois, au-delà de la distinction théorique entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, un identique «*contrôle de fondamentalité*»: «*les juges dits «de l'application de la loi» sont en train, au nom de ces droits fondamentaux, de commencer à opérer sinon un contrôle de constitutionnalité des lois, du moins un contrôle de la fondamentalité, à portée interprétative voire, déjà, neutralisante. Ce contrôle demeure assez diffus et opère relativement en douceur - pour ne pas dire en douce*». Le juge, qu'il soit constitutionnel ou ordinaire, devient un acteur de la loi et un garant des libertés se

rapprochant en cela de la conception anglo-saxonne du juge, et s'éloignant d'autant de la conception française traditionnelle (autrement dit révolutionnaire) en faisant un protecteur de la loi. Le Professeur Louis Dubouis estime à cet égard que si le Conseil d'Etat tranche un conflit entre un traité et une norme constitutionnelle, en réalité, sous couvert de l'interprétation, «*il établit une réserve de constitutionnalité ... il exerce un contrôle de constitutionnalité au fond*», ce qui met en cause la prééminence du Conseil constitutionnel pour les Professeurs Louis Favoreu et Loïc Philip. Avec la diffusion continue du contrôle de conventionnalité de la loi, le juge ordinaire devient le juge de la loi à l'instar du juge constitutionnel dans le cadre d'un contrôle d'espèce, de compatibilité, *a posteriori*, relatif et contingent, caractéristiques en tout point opposées à celles du contrôle de constitutionnalité. Pour autant, l'établissement d'un contrôle de conventionnalité de la loi apparaît comme un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception selon la formule de Renaud Denoix de Saint-Marc. Contrôle de constitutionnalité opéré par le juge constitutionnel et contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire (l'un et l'autre encouragé par le juge supranational, notamment la Cour européenne des droits de l'homme) se rejoignent au sein d'un même contrôle de «*fondamentalité*» orienté vers la finalité suprême de protection des droits fondamentaux. Par un processus itératif et symbiotique, l'essence et la substance des contrôles diligentés par ces juges (national comme supranational, ordinaire comme constitutionnel) dégagent un contrôle juridictionnel d'un genre nouveau concourant au respect de l'Etat de droit et transcendant les modèles préétablis. Que la loi en cause soit invalidée à raison de son inconstitutionnalité ou de son inconstitutionnalité, dans les deux hypothèses celle-ci ne peut s'appliquer du fait de l'interprétation judiciaire qui bloque en l'espèce l'«*expression de la volonté générale*». Si le constat s'avère en réalité sans surprise pour le juge constitutionnel en raison des volontés des Constituants en 1958, il devient en revanche plus déroutant concernant le cas du juge ordinaire. La Constitution n'est donc plus cet acte exclusivement manié par le juge constitutionnel spécialisé dans cette fonction (contrôle de constitutionnalité de la loi) mais devient à l'inverse un texte banalisé sous l'impact de l'«*internationalisation*» du Droit français favorisant la diffusion continue du contrôle de conventionnalité de la loi perçu comme un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

L'influence communautaire contribue elle aussi (et surtout) à déstabiliser la primauté constitutionnelle notamment avec le développement des actes communautaires de droit dérivé tels les règlements bénéficiant d'une applicabilité directe et d'une primauté sans faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (en dépit de propositions constitutionnelles déposées en ce sens à plusieurs reprises en France). Le Tribunal de Karlsruhe a d'ailleurs consacré un tel contrôle (décision du 12 octobre 1993). Derrière cette question se cache celle du «*déficit démocratique*» de l'Europe communautaire avec des textes de plus en plus nombreux, portant sur des domaines de plus en plus variables qui affectent sensiblement les souverainetés législatives des Etats membres (70% des lois votées en France par le Parlement sont d'inspiration communautaire) et dans une certaine mesure les souverainetés constitutionnelles (si des actes communautaires affranchis de tout contrôle de constitutionnalité abordent des domaines constituants). La perspective d'une fédération européenne avec une Constitution européenne (souhaitée par J. Fischer et R. Badinter par exemple) contribue largement à entretenir cette remise en cause de la primauté constitutionnelle.