
Le juge administratif et la loi (Annales 2006)

L'instauration d'un contrôle des lois (contrôle de constitutionnalité tout d'abord, contrôle de conventionnalité ensuite) a toujours suscité en France une réticence certaine au regard de la conception «rousseauiste» de la loi selon laquelle cette dernière «est l'expression de la volonté générale» (article 6 de la Déclaration du 26 août 1789), pareille diffusion dudit contrôle conduisant ce faisant à une profonde altération des souverainetés législative et populaire. Cette conception «rousseauiste» de la loi, faisant de cette dernière un acte inconditionnel, irrésistible, incontestable et irréprochable, a toujours été invoquée pour dénier à toute autorité juridictionnelle le pouvoir de contrôler la conformité de la loi à la Constitution dans le cadre d'une activité de collation des textes. D'ailleurs, comme le reconnaissait sentencieusement 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».

Si depuis 1958 et l'instauration d'un authentique contrôle de constitutionnalité, le juge constitutionnel est devenu le juge «naturel» de la loi, le juge administratif, longtemps réfractaire à tout contrôle opéré sur l'acte législatif (I), se familiarise néanmoins avec la sphère législative par l'entremise du contrôle de conventionnalité (II).

I) Le juge administratif, juge étranger à la loi

Le juge administratif a par principe refusé d'assurer un contrôle de constitutionnalité de la loi (A) tout en assurant un contrôle circonstancié et circonstanciel de la loi (B).

A) Le refus d'un contrôle de constitutionnalité de la loi

Le juge administratif (tout comme son collègue judiciaire) s'est toujours interdit et s'interdit toujours, tant par voie d'action que par voie d'exception, de procéder au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. La requête en inconstitutionnalité dirigée contre la loi votée par le Parlement encourt ce faisant une décision de rejet, non pas pour irrecevabilité de l'action mais pour incompétence de la juridiction appelée à en connaître. De même, le moyen de l'inconstitutionnalité ne saurait être utilement soulevé devant le juge administratif (CE Sect. 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame Coudert*: «Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux», réaffirmé par CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette*, «il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité de la loi», repris par CE 28 juillet 1999, *Griesmar*, et CE Sect. 30 juillet 2003, *M. Djaoui*). Le principe s'est appliqué avec constance sous le régime de la IV^e République (CE 13 novembre 1946, *Vincent*), comme sous celui de la V^e République (CE Ass. 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*). Dans cette logique, le Conseil d'Etat refuse de contrôler les ordonnances prises sur le fondement de l'article 92 de la Constitution de 1958 qui ont «force de loi» (CE 12 février 1960, *Société Ecky*) tout comme les actes du Président de la République pris dans le cadre de l'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et touchant au domaine législatif (CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*). La solution a d'ailleurs été étendue aux actes «quasi législatifs» (les «décrets-lois») comme aux lois du régime de Vichy (CE 22 mars 1944, *Vincent*: refus de contrôler la constitutionnalité des lois du Gouvernement de Vichy).

Dès lors, le juge administratif ne doit se reporter aux travaux parlementaires pour interpréter une disposition législative que lorsque cette disposition est obscure. Lorsque tel n'est pas le cas, même s'il paraît résulter des travaux préparatoires que le législateur a exprimé sa pensée en des termes qui ont trahi ses intentions, le juge administratif doit s'en tenir à la lettre de la loi (CE Sect. 27 octobre 1999, *Commune de Houdan*).

B) L'exercice d'un contrôle circonstancié et circonstanciel de la loi

L'attitude de principe hostile au contrôle de la constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire rencontre toutefois quelques altérations telle la possibilité offerte aux juridictions ordinaires de contrôler l'existence de la loi sans pour autant en vérifier la validité (Cass. crim. 11 mai 1833, *Paulin*, et CE 2 décembre 1854, *Veuve Massois*). Ainsi, il est arrivé au juge administratif de rechercher si l'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution n'a pas pour effet d'entraîner l'abrogation des lois antérieures (CE 9 octobre 1959, *Taddéi*, et CE 12 février 1960, *Société Ecky*), voire de rechercher si la loi n'a pas fait l'objet d'une abrogation implicite (CE Ass. 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*: «*il lui revient - au juge administratif - de constater l'abrogation, fût-elle implicite de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle*»). Surtout, il arrive au juge administratif de procéder dans certaines circonstances à un contrôle indirect de constitutionnalité en donnant à la loi une interprétation conforme à la Constitution. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a jugé qu'une disposition législative prévoyant des sanctions infligées aux collectivités territoriales ne pouvait avoir un effet rétroactif (CE 4 février 2000, *Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*). Il a ainsi contrôlé indirectement la constitutionnalité de la loi en cause en lui donnant une interprétation conforme à la Constitution. De même, un tribunal administratif, encouragé par un avis du Conseil d'Etat (avis CE 16 novembre 1993), a procédé à un contrôle de constitutionnalité de deux lois promulguées avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 (TA Strasbourg 14 octobre 1997, *Maronèse*).

Sur ce point, le Professeur Olivier Gohin pousse plus loin l'analyse en considérant que le contrôle non juridictionnel du Conseil d'Etat (dans le cadre de l'article 39 alinéa 2 de la Constitution de 1958) est «*ouvertement et incontestablement un contrôle de constitutionnalité de la loi en cours d'élaboration*». Ainsi, dans l'avis du 6 février 1953 rendu sur le domaine de la loi et du règlement et la portée de l'article 13 de la Constitution de 1946, le Haut Juge a été conduit à se prononcer, par voie d'interprétation, sur la constitutionnalité d'une loi permettant le retour de la pratique des «*décrets-lois*» de la III^e République. Le Conseil d'Etat définit, selon Guy Braibant, «*de façon prétorienne et constructive, les limites du pouvoir réglementaire et déclare en quelque sorte par anticipation contraire à la Constitution toute loi qui excéderait ces limites, en déléguant au Gouvernement des matières qui sont «réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*»». Ou encore, amené à se prononcer sur le projet de loi relatif au statut de la Corse, l'avis rendu par le Conseil d'Etat en date du 8 février 2001 présente une grande similitude avec la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 délivrée à propos de ce qui était devenue entre temps la loi relative à la Corse. Quant à son contrôle (toujours non juridictionnel) des textes de forme législative (lois antérieures au 4 octobre 1958 pouvant être modifiées par décret dans le cadre de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958), il vise à vérifier le texte de loi au regard de l'article 34 de la Constitution pour déterminer s'il entre ou non dans la matière de la loi. «*Il s'agit donc bien d'un contrôle non juridictionnel de constitutionnalité de la loi exercé sur la base du droit applicable à la date à laquelle le Conseil d'Etat se prononce, et non pas, de façon rétroactive, à la date à laquelle cette loi a été promulguée*». Démonstration similaire s'agissant de la compétence toujours consultative du Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution de 1958. «*Savoir si tel acte communautaire comporte ou non des dispositions législatives, c'est savoir, en effet, si cet acte peut être regardé comme législatif au sens de la Constitution française*». Et relativement au contrôle juridictionnel, le même auteur démontre l'existence d'un contrôle direct par l'exception d'inconstitutionnalité. Le juge interprète alors la loi au regard de la Constitution et, à défaut de parvenir à accorder les deux normes, il écarte l'application de la loi en l'espèce (CE 7 août 1909, *Winkell*, et CE 28 juin 1918, *Heyriès*). Olivier Gohin pose alors clairement la question: «*Pourquoi ne pas admettre enfin la*

compétence du juge ordinaire à cet effet? Car, de la compétence d'un juge par voie d'action (en l'occurrence le Conseil constitutionnel) on ne saurait déduire l'incompétence d'un autre juge par voie d'exception: le juge administratif est ainsi juge de l'acte administratif par voie d'action comme le juge pénal l'est par voie d'exception».

Dans la même logique et cette fois-ci dans le cadre de son activité contentieuse, le juge administratif s'attache à veiller au respect de la répartition constitutionnelle des compétences (CE Ass. 24 novembre 1978, *Schwartz*), tout comme au respect d'une disposition expresse du texte même de la Constitution ou de l'un des éléments du Préambule, qu'il s'agisse des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*), des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (CE Ass. 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*), ou de la Déclaration de 1789 (CE 7 juin 1957, *Condamine*).

II) Le juge administratif, juge censeur de la loi

La réticence initiale du juge administratif envers la loi a été levée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la décision du 15 janvier 1975 leur octroyant le contrôle de conventionnalité (A). Ce contrôle d'un nouveau genre assumé par les juges administratifs et judiciaires, tout en divergeant du contrôle de constitutionnalité quant à ses caractéristiques procédurales, le rejoint dans sa finalité de «*fondamentalité*» (B).

A) La diffusion du contrôle de conventionnalité de la loi

L'article 54 de la Constitution de 1958 organisant le contrôle de constitutionnalité d'un traité permet au juge constitutionnel de jouer un rôle important en raison du caractère moniste de l'ordre juridique français (posé à l'article 55 du même texte, reprenant l'article 26 de la Constitution de 1946), même si le Conseil constitutionnel estime que la supériorité des traités sur les lois présente un caractère «*relatif et contingent*» alors que la supériorité de la Constitution sur la loi est «*absolu et définitif*» (décision du 15 janvier 1975). Il se refuse en conséquence à apprécier la conformité d'une loi à un traité («*une loi contraire à un traité n'est pas forcément contraire à la Constitution*»). L'admettre eut été faire, pour le Professeur Dominique Chagnollaud, «*comme si la supériorité des traités sur la Constitution était acquise*». Les auteurs de la saisine en 1975 considéraient, quant à eux et à l'inverse, que le contrôle de constitutionnalité implique le contrôle de conventionnalité selon le syllogisme suivant: la Constitution précise que le traité est supérieur à la loi, or la loi est contraire au traité, donc la loi est contraire à la Constitution.

En présence d'un traité ratifié par la France, le Conseil constitutionnel peut cependant, au-delà de l'article 54, contrôler la conformité de la loi de ratification du traité à condition que celle-ci soit parlementaire (et non référendaire comme ce fut le cas pour le traité de Maastricht). Ce principe, posé par une décision du 17 juillet 1980, établit une technique permettant au juge constitutionnel d'opérer un double contrôle: un contrôle relatif à la conformité du traité par rapport au «*bloc de constitutionnalité*», ainsi qu'un contrôle de constitutionnalité entre la loi de ratification du traité et ledit bloc. Dans cette jurisprudence de 1980, le juge constitutionnel a accepté d'être saisi de la constitutionnalité d'un engagement international par le biais d'un recours dirigé contre la loi ordinaire autorisant la ratification. Or, la Cour de Strasbourg a condamné pour la première fois la France pour l'application par la Cour de cassation d'une loi déclarée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzales et autres c/ France*). À la suite de cette décision, et dans le cadre d'un recours en indemnisation, le Tribunal administratif de Strasbourg a précisé que le législateur avait commis une faute en adoptant une loi de validation inconstitutionnelle mais que le préjudice découlait de la Cour de cassation faisant application de cette loi et donc que ce préjudice ne pouvait être réparé (TA Strasbourg 12 juin 2001). Comme

l'analyse le Professeur Dominique Rousseau, *«la validation jugée à Paris conforme à la Constitution est jugée à Strasbourg contraire à la Convention»*. Devant ce constat, il appelle de ses vœux tout d'abord, une remise en cause de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 l'empêchant d'examiner la conformité d'une loi à un texte international, ensuite une intégration par le Conseil dans le *«bloc de constitutionnalité» «des textes de Droit international pertinent»* pour ménager l'avenir du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà eu l'occasion d'apprécier la conformité d'une loi à un traité international en intervenant alors en sa qualité de juge électoral (décision du 21 octobre 1988, AN, 5^e circonscription du Val d'Oise). Les Professeurs Denys de Béchillon et Nicolas Molfessis se montrent très lucides sur ce point en avançant qu'*«il faut, à peu de choses près, dresser le constat de décès du Considérant central de la décision IVG. Même si le Conseil constitutionnel revenait sur sa jurisprudence, l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois est «absolu et définitif» est purement et simplement révolue en ce qui concerne les lois déclarées conformes à la Constitution. Rien n'est définitif puisque tout - mis à part la procédure législative - est réexaminable. Et rien n'est absolu puisque le Conseil constitutionnel ne dispose d'aucun moyen coercitif ou disciplinaire pour empêcher les juges qui statuent après lui de se prononcer autrement que sur cette «même» question de l'orthodoxie matérielle de la loi»*.

L'incompétence du juge constitutionnel au profit des juges ordinaires peut de surcroît remettre en cause le principe de la sécurité juridique en raison de la dualité juridictionnelle. Ainsi, l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 *relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion* énonçait à l'origine que *«pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci, sont interdits, par quelque moyen que ce soit, la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage»*. Cette interdiction ne concernait que la publication, la diffusion et le commentaire des sondages mais non leur réalisation. Alors que la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait dans un premier temps jugé le texte de la loi conforme à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le 14 mai 1996, *Albert du Roy*, rejointe sur ce point par le Conseil d'Etat (CE Ass. 17 février 1995, *Meyet et autres*, CE Sect. 2 juin 1999, *M. Meyet*, et CE 13 septembre 2000, *Meyet*), elle a changé de position dans un arrêt du 4 septembre 2001, *M. Amaury*, provoquant ainsi une regrettable contrariété entre les deux juges ordinaires. Le législateur a décidé de supprimer cette mesure dans une loi du 19 février 2002 *modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion*.

B) L'émergence d'un contrôle de «fondamentalité»

Devant les revirements jurisprudentiels initiés par l'arrêt *Nicolo* côté juge administratif et l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* 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 (en réalité le juge ordinaire) 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*». Du point de vue de protection des droits fondamentaux, il est aujourd'hui artificiel de séparer les deux contrôles. Matériellement et notamment en matière de protection des droits fondamentaux, même la distinction s'estompe. En cas d'identité ou de similitude des normes internationales, européennes et constitutionnelles de référence du contrôle, le juge exerce un contrôle à la lisière de la conventionnalité et de la constitutionnalité. 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) l'érigeant en protecteur de la loi. Le commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* reconnaissait d'ailleurs que «*si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait de sa contrariété à la Constitution. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi*».

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 inconventionnalité, 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. L'impact d'une telle innovation mériterait cependant d'être relativisé dans la mesure où la loi ne pouvant jamais être contestée en tant que telle devant le juge administratif, sa mise en cause sera possible uniquement dans les hypothèses où des actes administratifs en procèdent (CE 24 mai 1995, *Brunet*). Le contrôle de conventionnalité ne s'apparente donc qu'à un contrôle par voie d'exception dont les effets demeurent limités au cas d'espèce, d'autant que seules les dispositions législatives inconventionnelles imposant l'édition de règlements d'application ou servant de base à un quelconque acte administratif pourront être éventuellement contrôlées (celles ne nécessitant pas ce genre de règlement seront applicables en l'état et leur contestation sur le plan de la conventionnalité ne pourra être soulevée). En outre, le caractère inconventionnel de la loi n'étant pas considéré comme un moyen d'ordre public (CE Sect. 11 janvier 1992, *S.A. Morgane*), les cas d'inconventionnalité ne seront que partiellement contestés. La loi déclarée inconventionnelle par le juge n'est pas abrogée, n'est pas censée avoir jamais existée, ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique mais est simplement privée

d'effet dans l'espèce en cause. À l'exception de l'espèce, rien n'oblige les autorités administratives parties au litige, et *a fortiori* celles tiers, voire les autorités gouvernementales, à laisser inappliquée la loi en cause. Le Gouvernement interviendra en fonction de ses intérêts propres et des difficultés qu'il est susceptible de rencontrer en tirant les enseignements de l'inconventionnalité.

Cette innovation, de prime abord profitable aux libertés fondamentales, rencontre cependant des limites. Notre arsenal juridique ne contient en effet pas forcément les ressources les plus adaptées à régler les éventuels conflits pouvant survenir entre juges ordinaires au sein d'un même ordre juridictionnel, entre juges ordinaires ou entre juge ordinaire et juge constitutionnel en matière de conventionnalité d'une loi. La loi déclarée inconventionnelle n'est pas annulée mais simplement écartée par le juge ordinaire, c'est-à-dire privée de son application dans l'espèce ayant provoqué l'intervention du juge ordinaire. Elle n'est pas soustraite à l'ordre juridique et continue d'y produire ses effets à l'exception de ceux portant sur la situation individuelle du requérant. À l'évidence, l'égalité des citoyens devant la règle de droit risque de pâtir de cette configuration et ce, d'autant que rien n'exclut qu'une ou plusieurs autres juridictions, saisies d'un moyen analogue à l'occasion de litiges différents, ne portent sur la conventionnalité de la même loi des appréciations dissemblables. Contrairement aux Etats-Unis, n'existe pas en France d'instance ultime d'arbitrage comparable à la Cour suprême départageant les éventuelles divergences. De surcroît, la France ne connaît pas de règle juridique adaptée contrairement aux pays de «*Common Law*» qui confrontés depuis toujours à ces oppositions ont développé des outils idoines tel le principe du précédent (*stare decisis*: «*s'en tenir à ce qui a été décidé*»). Tout au plus, dispose-t-elle, pour régler de telles contrariétés de jugements, de la notion d'autorité de la chose jugée. Partant, le Professeur Denys de Béchillon préconise d'instaurer une exception d'inconventionnalité devant le juge constitutionnel afin d'éviter une «guerre de juges» et de limiter les inconvénients tenant au dualisme juridictionnel français et nous avons déjà signalé par ailleurs le Professeur Dominique Rousseau appelait de ses vœux une remise en cause de la jurisprudence du 15 janvier 1975.

© Copyright ISP