



# LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE, DU REJET A L'ADOPTION

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN FRANCE, FROM REJECTION TO ADHERENCE

MARTIAL MATHIEU\*

## RESUMO

L'histoire constitutionnelle française a longtemps été dominée par une tradition d'hostilité au gouvernement des juges. En effet, la Révolution française consacre une conception de la loi qui place les juges dans un rapport de subordination et de dépendance à l'égard de la législation. Elle condamne ainsi les prétentions des cours supérieures de justice, qui ont tenté de soumettre la législation royale au respect de principes constitutionnels. Des Lumières au Second Empire, les tentatives visant à imposer la suprématie des normes constitutionnelles se heurtent à la souveraineté de la loi parlementaire, qui connaît son apogée sous la Troisième République. Au cours de la seconde moitié du XXe siècle, cette tradition légicentriste s'érode progressivement, face au développement de la justice constitutionnelle dans les pays d'Europe occidentale. Pourtant, au lendemain de la Seconde guerre mondiale, les partisans du contrôle de constitutionnalité sont loin de tous considérer qu'il faut confier cette tâche à une juridiction. L'hostilité au gouvernement des juges conduit ainsi à l'instauration du contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle. L'émergence progressive de la justice constitutionnelle sous la Cinquième République procède d'une rupture avec l'esprit de la constitution de 1958. Initiée par le Conseil constitutionnel, cette évolution a ensuite été confirmée par la révision de la constitution, consacrant l'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle par les institutions françaises.

**Palavras-chave:** justice constitutionnelle; contrôle de constitutionnalité; gouvernement des juges; constitutionnalisme; légicentrisme; Conseil constitutionnel; Troisième République; Quatrième République; Cinquième République; Révolution française.

## ABSTRACT

For a long time, French constitutional history used to be dominated by a tradition of hostility to judicial activism. As a matter of fact, the French Revolution consecrated a definition of law which put judges in a situation of subordination to legislation. The Revolution thus condemned the claim of higher judicial courts who had tried to compel the royal legislation to abide by constitutional principles. From the Enlightenment to the Second Empire, attempts to impose the superiority of constitutional norms failed because of parliamentary sovereignty, which reached its zenith under the Third Republic. During the second half of the twentieth century, this tradition of parliamentary sovereignty progressively eroded, under the influence of constitutional justice's expansion in Western European countries. Though, after the Second World War, the supporters of constitutionality review didn't consider that such a task should be entrusted to a judicial body. Hostility to judicial activism hence led to the establishment of constitutionality review without constitutional justice. The progressive emergence of constitutional justice under the Fifth Republic ensued from a break with the spirit of the Constitution of 1958. Initiated by the Conseil constitutionnel, this change was later confirmed by constitutional amendments, which consecrated the laborious adherence to constitutional justice by the French institutions.

**Keywords:** constitutional justice, constitutionality review, judicial activism, constitutionalism, parliamentary sovereignty, Conseil constitutionnel, Third Republic, Fourth Republic, Fifth Republic, French Revolution.

\* Doutor em História do Direito pela Université Grenoble 2.

Professor de História do Direito na Université Grenoble Alpes, Centre d'études sur la sécurité internationale et les coopérations européennes (CESICE), Département Histoire des droits de l'homme  
[martial.mathieu@univ-grenoble-alpes.fr](mailto:martial.mathieu@univ-grenoble-alpes.fr)

Recebido em 5-11-2022 | Aprovado em 29-11-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUCTION; 1 UNE LONGUE TRADITION D'HOSTILITE AU GOUVERNEMENT DES JUGES; 1.1 Les échecs du contrôle de constitutionnalité des lois, des Lumières au Second Empire; 1.1.1 Sous l'Ancien Régime; 1.1.2 La Révolution Française; 1.1.3 Du Consulat au Second Empire; 1.2 Le triomphe du légicentrisme sous la Troisième République; 2 UNE CONVERSION TARDIVE A LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE; 2.1 Le contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle; 2.1.1 La Quatrième République; 2.1.2 La Cinquième République; 2.2 L'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle; ORIENTATION BIBLIOGRAPHIQUE**

## ■ INTRODUCTION

Le développement de la justice constitutionnelle en France est un phénomène récent, dont les prémices remontent aux années 1970, et qui a pris une dimension nouvelle depuis les années 2010. Au cours de ces cinquante années, le contrôle de constitutionnalité prévu par la constitution de la Cinquième République a connu une série de profondes mutations, qui ont permis une véritable métamorphose du Conseil constitutionnel. La “Cour suprême de Musée Grévin”, dénoncée par François Mitterrand en 1964<sup>1</sup>, s'est ainsi transformée en gardien des droits et libertés.

La justice constitutionnelle peut remplir diverses missions relevant du contrôle de constitutionnalité<sup>2</sup>. L'une de ces missions consiste à faire respecter la répartition des compétences définie par la constitution. Cette fonction revêt une utilité majeure dans les États fédéraux, mais en France sa portée est plus restreinte. C'est néanmoins celle qui a été confiée au Conseil constitutionnel lors de sa création en 1958. Il s'agissait alors de faire respecter les limites nouvellement assignées à la compétence du Parlement en matière législative, par un organe dont la nature était plus politique que juridictionnelle. En s'attribuant une autre fonction relevant du contrôle de constitutionnalité, la protection des droits garantis par la constitution, le Conseil constitutionnel s'est progressivement mué en juridiction constitutionnelle.

Depuis lors, la France s'est ralliée au modèle constitutionnaliste, promu par le Conseil de l'Europe pour assurer le règne de “la démocratie par le droit”. Dès 1987, le Conseil constitutionnel français a rejoint la Conférence des cours constitutionnelles européennes, exprimant sa volonté d'être reconnu comme une véritable juridiction. La France rompait ainsi avec une longue tradition légicentriste, qui attribuait au législateur le dernier mot à l'égard de la mise en œuvre des droits reconnus par la constitution. En effet, sous les divers régimes politiques qui se sont succédé depuis la Révolution française, les institutions judiciaires ont constamment été tenues à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois. La France n'étant pas un État fédéral, ses constitutions n'ont jamais instauré de mécanisme de justice

<sup>1</sup> Dans MITTERRAND, François. *Le coup d'État permanent*. Paris: Plon, 1964. Était alors le principal opposant au général De Gaulle, dénonçait l'absence d'indépendance des membres du Conseil constitutionnel (en les comparant aux statues de cire du Musée Grévin).

<sup>2</sup> Sur l'histoire et les théories de la justice constitutionnelle, cf. GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. *La notion de justice constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2005.

constitutionnelle avant le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Lorsqu'un contrôle de constitutionnalité était prévu par une constitution, sa mise en œuvre n'était pas confiée à une juridiction, mais à un organe politique.

Cet article a pour objet d'expliquer pourquoi la justice constitutionnelle a longtemps été ignorée en France, et pourquoi elle a finalement été introduite dans les institutions de la Cinquième République, alors que la Constitution de 1958 ne l'avait pas prévue. Cette mise en perspective historique permet de mesurer l'importance des évolutions que les institutions françaises ont connues depuis un demi-siècle. Elle permet aussi de comprendre pourquoi l'instauration de la justice constitutionnelle s'est faite de manière très progressive et demeure encore imparfaite. En effet, l'histoire constitutionnelle française a d'abord été marquée par une longue tradition d'hostilité au gouvernement des juges (I). Devenue incompatible avec les principes du constitutionnalisme européen, cette tradition légicentriste s'est progressivement érodée, permettant la conversion tardive de la France à la justice constitutionnelle (II).

## 1 UNE LONGUE TRADITION D'HOSTILITE AU GOUVERNEMENT DES JUGES

L'instauration d'un contrôle exercé par des juges sur le contenu de la législation est une idée ancienne. Elle entre en contradiction avec une autre idée, tout aussi ancienne, qui fait de la loi l'expression de la volonté du souverain. Historiquement, ce conflit entre le constitutionnalisme (qui soumet la loi au respect de la constitution considérée comme une norme juridique suprême) et le légicentrisme (qui considère la loi adoptée par le représentant de la nation souveraine comme la norme juridique suprême) a d'abord tourné à l'avantage du second. En effet, la Révolution française consacre une conception de la loi qui place les juges dans un rapport de subordination et de dépendance à l'égard de la législation. Elle condamne ainsi les prétentions des cours de parlement, qui ont tenté de soumettre la législation royale au respect de principes constitutionnels. Des Lumières au Second Empire, les velléités constitutionnalistes se heurtent donc à la souveraineté de la loi (1.1), qui connaît son apogée sous la Troisième République (1.2)<sup>4</sup>.

### 1.1 Les échecs du contrôle de constitutionnalité des lois, des Lumières au Second Empire

#### 1.1.1 Sous l'Ancien Régime

Avant la Révolution, les règnes de Louis XV (1715-1774) et de Louis XVI (1774-1789) voient l'émergence d'une première forme de contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, les cours de parlement (juridictions supérieures) utilisent la procédure de vérification et le droit de remontrances pour refuser d'enregistrer les textes législatifs, lorsqu'elles considèrent

<sup>3</sup> La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en créant un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (article 61-1 de la Constitution), consacre l'évolution du Conseil constitutionnel.

<sup>4</sup> Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France, il convient de se reporter à la synthèse présentée par Jean-Louis Mestre dans le précis de *Droit constitutionnel* (Dalloz, 24<sup>e</sup> édition, 2022, p. 345-373), accompagnée d'une riche bibliographie (p. 445-451).

que ces lois sont contraires à la “Constitution de l’État”<sup>5</sup>. Les textes jugés “inconstitutionnels” sont ainsi privés d’application dans le ressort des cours qui refusent d’en ordonner la publication. Les normes constitutionnelles qui servent de référence à ce contrôle sont les lois fondamentales du royaume, dont les parlements se chargent de dresser la liste<sup>6</sup>. Les prétentions des hauts magistrats du siècle des Lumières préfigurent ainsi la soumission du législateur à l’obligation de respecter une norme juridique fondamentale sanctionnée par un contrôle juridictionnel.

Cette théorie audacieuse est vigoureusement dénoncée par le roi, qui rappelle qu’il est l’unique détenteur de la “puissance souveraine” et qu’à ce titre, il exerce le pouvoir législatif “sans dépendance et sans partage” (discours prononcé lors du lit de justice surnommé “séance de la Flagellation”, le 3 mars 1766). Héros de la résistance au “despotisme” du roi et de ses ministres, les parlements voient leur étoile pâlir dès les premiers mois de la pré-révolution. En effet, l’opposition du parlement de Paris à la réforme des États généraux réclamée par le parti patriote (doublement du nombre des députés du tiers état et vote par tête) suscite chez les révolutionnaires une forte hostilité envers les hauts magistrats.

### 1.1.2 La Révolution Française

La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, adoptée par l’Assemblée nationale constituante en août 1789, affirme que le législateur, chargé de déterminer les bornes de la liberté civile (art. 4), “n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société” (art. 5). Mais l’article 6 proclame aussi que “la loi est l’expression de la volonté générale” (art. 6). Cette volonté exprimée par les représentants de la Nation souveraine peut-elle être soumise à un contrôle afin de vérifier que le législateur s’est bien acquitté de la mission que lui confie la constitution ? La constitution des 3-14 septembre 1791 rappelle dans son titre premier le cadre fixé à la fonction législative:

Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.

Cependant, malgré cette interdiction expresse de porter atteinte aux droits garantis par la constitution, les rédacteurs de la constitution de 1791 ne prévoient aucun mécanisme permettant de vérifier que ce principe est effectivement respecté par le législateur. Alors que le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs ou des décisions de justice se

<sup>5</sup> Le refus d’enregistrer une loi royale peut être fondé sur l’invocation de la constitution du royaume, mais aussi sur celle des constitutions provinciales (cf., par exemple, FOIX, Jean-Christophe. *Le constitutionnalisme en Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle*. Ambitions et désillusions d’une expérience politique et juridique. Thèse droit. Université de Rennes, 1, 2018.

<sup>6</sup> Sur l’émergence de la notion de constitution en tant que norme supérieure, cf. VERGNE, Arnaud. *La notion de Constitution d’après les cours et assemblées à la fin de l’Ancien Régime (1750-1789)*. Paris: De Boccard, 2006.

développe, la loi adoptée par la représentation nationale échappe à tout contrôle<sup>7</sup>. Ce légicentrisme repose à la fois sur la définition de la loi inspirée de Rousseau (“expression de la volonté générale”, la loi est par excellence la manifestation du pouvoir souverain) et sur la méfiance à l’égard des juges. En effet, les constituants redoutent que ces derniers entreprennent, comme les anciens parlements, de s’ériger en censeurs de la volonté générale. Pour l’éviter, ils interdisent aux juridictions nouvellement créées d’empêcher, de suspendre ou de retarder l’application des lois. La séparation des pouvoirs est ainsi conçue à l’aune de la définition de la loi souveraine: ni le pouvoir exécutif (après le fiasco du veto suspensif reconnu au roi), ni le pouvoir judiciaire ne peuvent rappeler au législateur l’obligation de respecter la constitution.

Sous la Convention (1792-1795), les constitutions girondine et montagnarde prévoient de donner aux citoyens un pouvoir de contrôle sur l’organe législatif (*a posteriori* pour la constitution girondine, *a priori* pour la constitution montagnarde). La constitution de l’an III, adoptée par la Convention thermidorienne, écarte un tel mécanisme. Ses rédacteurs écartent aussi la proposition de Sieyès qui vise à confier le contrôle de constitutionnalité des lois à un organe politique, un “jury constitutionnaire” composé d’anciens députés, chargé d’annuler les lois contraires à la constitution. Ils placent leurs espoirs dans l’instauration d’un corps législatif bicaméral (le Conseil des Anciens devant un exercer un contrôle sur les textes votés par le Conseil des Cinq Cents).

### 1.1.3 Du Consulat au Second Empire

Le coup d’État de Brumaire an VIII offre à Sieyès l’occasion d’introduire le contrôle de constitutionnalité des lois dans la constitution de la République. Cette tâche est confiée à une assemblée politique, le Sénat conservateur, qui est chargé d’annuler les actes du Corps législatif qui seraient contraires à la Constitution (il peut aussi annuler les actes de l’Exécutif). Cependant, le mécanisme imaginé par Sieyès reste lettre morte, car le Sénat – qui ne peut agir qu’à la demande du Tribunat – n’est jamais saisi. Au lieu d’établir la supériorité de la constitution, le Consulat conduit à son affaiblissement (ses dispositions sont violées par des décrets impériaux sans que le Sénat intervienne pour les annuler).

Sous la Restauration (1814-1830), la Charte constitutionnelle ne prévoit aucun mécanisme permettant de vérifier que la loi est bien conforme à ses dispositions. La même absence de contrôle de constitutionnalité des lois se retrouve dans la Charte de 1830 et dans la constitution de 1848. Sous la Monarchie de Juillet (1830-1848), la Cour de cassation considère que la séparation des pouvoirs interdit aux juges de se prononcer sur l’exception d’inconstitutionnalité invoquée par un justiciable. Elle consent seulement à vérifier que la loi a été adoptée “dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte”. La question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois donne lieu à de vifs débats au sein du camp libéral. Alors qu’Alexis de Tocqueville s’y montre hostile, Édouard de Laboulaye plaide en faveur de l’instauration d’un contrôle exercé par les juges, en prenant pour modèle le

<sup>7</sup> Si la constitution ne prévoit aucun mécanisme de contrôle, la pratique est hésitante: sous le régime de la Législative (octobre 1791-septembre 1792), la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ou la constitution sont parfois invoquées pour s’opposer à l’adoption ou à l’application d’une loi (cf. ANSELME, Isabelle. *L’invocation de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen dans les débats de l’Assemblée législative*. Thèse droit. Université Aix-Marseille, 2007; HALPERIN, Jean-Louis. *La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux*. La première Constitution française. Paris: Economica, 1993, p. 369-381).

système qui s'est développé aux États-Unis d'Amérique. La Cour de cassation semble se rallier à cette position sous la Seconde République, la Chambre criminelle jugeant recevable le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi appliquée (mais concluant à l'absence de violation de la constitution dans les affaires jugées)<sup>8</sup>.

La constitution de 1852 renoue avec le contrôle de constitutionnalité confié à un organe politique. Faisant du Sénat "le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques", elle lui reconnaît le pouvoir de bloquer la promulgation des lois inconstitutionnelles et celui d'annuler les actes inconstitutionnels déférés par le Gouvernement ou par les citoyens. Ce rétablissement du système imaginé par Sieyès en l'an VIII (mais resté sans effet) permet de neutraliser les velléités des partisans d'un contrôle de nature juridictionnelle. En effet, le rôle dévolu au Sénat par la constitution prive de légitimité un contrôle exercé par les juges. En pratique, le Sénat du Second Empire ne semble pas avoir été beaucoup plus actif que son prédécesseur<sup>9</sup>. Il perd d'ailleurs son rôle de gardien de la constitution dans le cadre des révisions constitutionnelles de 1869 et 1870, qui tendent à le transformer en seconde chambre législative. L'avènement de la Troisième République confirme l'échec du contrôle de constitutionnalité des lois et le triomphe du légicentrisme.

## 1.2 Le triomphe du légicentrisme sous la Troisième République

Les lois constitutionnelles de 1875 ne prévoient aucun contrôle de constitutionnalité des lois (contre le vœu d'Édouard de Laboulaye ou de Louis Blanc). Comme en 1795, les constituants s'en remettent au bicamérisme pour modérer le pouvoir législatif. Si l'absence du contrôle de constitutionnalité n'est pas une nouveauté, l'absence de référence à la garantie des droits en est une : pour la première fois depuis 1791, la constitution française n'est pas précédée d'une déclaration de droits et ne contient pas de dispositions consacrées aux droits et libertés des citoyens. Dans le silence de la constitution, c'est donc au Parlement qu'il revient de définir la liste et le régime des libertés publiques (tel est l'objet des "grandes lois" consacrant la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté syndicale, la liberté d'association, la liberté de conscience). Le législateur, secondé par le juge judiciaire ou administratif, libère ainsi les citoyens du pouvoir arbitraire de l'administration. Cependant, dans ce système dominé par la souveraineté du Parlement, une question revient : qui protège les citoyens contre l'arbitraire du législateur?

Face à la toute-puissance de la majorité parlementaire, les oppositions politiques réclament l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Certains parlementaires, comme une partie de la doctrine publiciste, préconisent de reconnaître valeur constitutionnelle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de confier le contrôle de la constitutionnalité des lois soit à un organe spécialisé ("Cour suprême"), soit aux juridictions ordinaires. Cependant, ces idées sont rejetées à la fois par les parlementaires et par les juges. La Cour de cassation et le Conseil d'État font une application rigoureuse du

<sup>8</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 15 mars 1851, *Gauthier*; Cour de cassation, chambre criminelle, 17 novembre 1851, *Gent* (cf. MESTRE, Jean-Louis. *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République*. Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Paris: Dalloz, 2007, p. 291-310).

<sup>9</sup> Cf. ASHWORTH, Antoinette. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 110, janvier/février-1994, p. 45-102. Selon Benoît Habert, le rôle joué par le Sénat du Second Empire a été sous-estimé (*La garantie des libertés (1852-1870)*, La Mémoire du Droit, 2022).



principe de séparation des pouvoirs, qui conduit à sacraliser l'acte législatif : tandis que le juge judiciaire refuse d'examiner les moyens tirés d'une irrégularité dans la procédure d'adoption de la loi (Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 1903), le juge administratif a recours à la théorie de la loi-écran pour écarter l'exception d'inconstitutionnalité d'un acte administratif reposant sur le caractère inconstitutionnel de la loi sur laquelle cet acte est fondé (Conseil d'État, *Arrighi*, 6 novembre 1936).

Le principe qui prévaut est donc celui de la souveraineté du Parlement : aucun organe politique ou juridictionnel ne détient une légitimité suffisante pour contrôler l'expression de la volonté générale par les représentants de la nation. Le respect de la constitution relève de la conscience des parlementaires, "seul tribunal de la constitutionnalité des lois" selon Raymond Carré de Malberg. La sanction de la violation de la constitution par le législateur ne peut donc être que de nature politique (lorsque les parlementaires se présentent devant les électeurs), une loi pouvant abroger ou modifier une loi précédente. Confier à des juges le pouvoir d'apprécier si le législateur a respecté le cadre que lui assigne la constitution apparaît à beaucoup comme une voie hasardeuse. À cet égard, le développement du droit comparé ne plaide pas en faveur de la justice constitutionnelle.

En effet, les débats sur le contrôle de la constitutionnalité des lois interviennent alors que les États-Unis connaissent une période d'activisme judiciaire intense. Durant l'ère Lochner, la Cour suprême fédérale développe une jurisprudence très inventive pour découvrir dans la constitution des principes permettant de déclarer inconstitutionnelles les lois protectrices des salariés (la Cour Suprême incorpore dans la prohibition adressée par le 14<sup>e</sup> amendement aux États fédérés les atteintes à la liberté contractuelle). Ce parti-pris idéologique de la Cour suprême est dénoncé par Édouard Lambert, qui critique le "gouvernement des juges"<sup>10</sup>. Le système états-unien, régulièrement invoqué comme exemple à suivre par les partisans du contrôle de constitutionnalité, permet ainsi aux juges de remplacer la "constitution populaire" par une "constitution judiciaire" conforme à leurs valeurs et à leurs intérêts.

Après un siècle d'expériences constitutionnelles, la République parlementaire fait ainsi du juge judiciaire ou administratif le gardien des libertés des citoyens, mais en lui déniant le pouvoir d'écarter une loi au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité ne s'exerce que sur les actes administratifs ou sur les décisions de justice. Les lois adoptées par la représentation nationale bénéficient d'une présomption absolue de conformité à la constitution. Les limites d'un tel système sont à nouveau dénoncées après la Première guerre mondiale, faisant apparaître l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois comme une réforme nécessaire au cours de la décennie 1930. La réforme reste toutefois à l'état de projet, pendant les dernières années de la Troisième République, comme sous le régime de Vichy.

Le chantier constitutionnel entamé à la Libération (1945-1946) ouvre la voie à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, la méfiance du personnel politique français à l'égard du gouvernement des juges perdure, faisant obstacle à

<sup>10</sup> L'expression, traduite de l'anglais, est utilisée par Édouard Lambert pour qualifier la résistance de la Cour suprême des États-Unis à la législation sociale pendant l'ère Lochner (LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris:Giard, 1921). Les juristes français s'intéressent peu au système de justice constitutionnelle instauré par la constitution autrichienne de 1920 (sous l'influence de Hans Kelsen), auquel Charles Eisenmann consacre pourtant sa thèse en 1928 (cf. MAULIN, Éric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. In: GREWE; JOUANJAN; MAULIN; WACHSMANN, *op. cit.* p. 150).

l'introduction d'un contrôle de nature juridictionnelle. La conversion de la France à la justice constitutionnelle est donc un phénomène tardif, qui doit plus à la pression extérieure<sup>11</sup> qu'à une adhésion sincère.

## 2 UNE CONVERSION TARDIVE A LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, les partisans du contrôle de constitutionnalité sont loin de tous considérer qu'il faut confier cette tâche à une juridiction. L'hostilité au gouvernement des juges conduit ainsi à l'instauration du contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle (2.1). L'émergence de la justice constitutionnelle sous la Cinquième République procède d'une rupture avec l'esprit de la constitution de 1958. Initiée par le Conseil constitutionnel, cette évolution a ensuite été confirmée par la révision de la constitution, consacrant l'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle par les institutions françaises (2.2).

### 2.1 Le contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle

#### 2.1.1 La Quatrième République

La période qui s'ouvre après la Seconde guerre mondiale offre un contexte favorable au développement de la justice constitutionnelle. Au plan international, l'inscription de la promotion et de la protection des droits de l'homme parmi les missions de l'ONU semble annoncer la transposition à l'échelle mondiale des principes et des mécanismes du constitutionnalisme (adoption d'un catalogue de droits et instauration de mécanismes de garantie). Sur le plan régional, la peur de la subversion des démocraties occidentales par le totalitarisme communiste stimule le zèle des partisans d'une Europe unie. La préservation de la "démocratie véritable", héritage commun des nations européennes, passe par l'instauration d'un cadre normatif et institutionnel: une charte des droits de l'homme et une cour des droits de l'homme. En France, l'élaboration d'une nouvelle constitution permet d'envisager la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. La majorité des projets constitutionnels de la Résistance préconisent son adoption, car "dans la rédaction des lois ordinaires, le législateur doit se soumettre aux lois fondamentales qu'il a édictées et les tribunaux ne peuvent être tenus de violer ces lois essentielles"<sup>12</sup>. Le contrôle de constitutionnalité des lois fait donc partie de l'héritage de la Résistance, mais tel n'est pas le cas de la justice constitutionnelle. En effet, la majorité des projets prévoyant un contrôle de constitutionnalité considèrent qu'une telle procédure "ne saurait être effectuée par un organisme judiciaire", car "la souveraineté appartient au peuple et non pas aux juges; c'est

<sup>11</sup> À partir du moment où la France a reconnu le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme (1981), les lois françaises ont été soumises au contrôle d'une juridiction extérieure, alors qu'un tel pouvoir de contrôle était refusé aux juridictions nationales.

<sup>12</sup> Projet constitutionnel de Félix Gouin (édité par CALLON, Jean-Éric. *Les projets constitutionnels de la Résistance*. Paris: La Documentation Française, 1998, p. 178).



donc le peuple lui-même qui doit effectuer son contrôle”<sup>13</sup>. Le contrôle des lois par référendum paraît préférable, à la fois par rejet de la souveraineté parlementaire et par méfiance à l’égard des institutions judiciaires. L’hostilité au gouvernement des juges fait donc encore obstacle à l’instauration d’un contrôle juridictionnel.

La commission de constitution de la première assemblée constituante (novembre 1945-juin 1946) adopte le principe du recours au référendum, avant de l’abandonner (le fait que la déclaration des droits fasse partie de la constitution rend le contrôle de constitutionnalité trop dangereux, les principes posés par cette déclaration pouvant donner lieu à des interprétations incontrôlables)<sup>14</sup>. Devant la commission de constitution de la seconde assemblée constituante (juin 1946-novembre 1946), le contrôle de constitutionnalité réapparaît, sous la forme du recours au référendum. Finalement, la constitution prévoit un Comité constitutionnel au rôle limité : vérifier si une loi votée par l’Assemblée nationale “suppose une révision de la Constitution” (art. 90). L’assemblée constituante a pris la précaution de restreindre le champ de cette vérification aux titres I à X de la Constitution, excluant ainsi le contenu du préambule<sup>15</sup>. En effet, dans le projet de la seconde constituante, le catalogue des droits est réduit à un “préambule-croupion” qui renvoie à la Déclaration de 1789, complétée par la référence aux “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” et par l’énumération des “principes particulièrement nécessaires à notre temps”.

### 2.1.2 La Cinquième République

Ce n’est qu’avec le retour du général de Gaulle et l’instauration de la Cinquième République que le contrôle de constitutionnalité des lois s’impose véritablement, mais avec une finalité précise : faire respecter la répartition des domaines respectifs de la loi et du règlement. Le Conseil constitutionnel n’est pas un organe juridictionnel, il n’a pas vocation à contrôler le respect de la constitution en faisant référence au contenu du préambule, il n’est donc pas le “gardien des libertés”. Le contrôle de constitutionnalité ne peut s’exercer qu’avant l’entrée en vigueur de la loi et son initiative est réservée à quatre autorités politiques (le Président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat et le président de l’Assemblée nationale). Le mécanisme établi par la constitution de 1958 ne vise pas à instaurer une justice constitutionnelle servant de rempart à la démocratie et à l’État de droit (à cet égard, la compétence confiée au Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral se rattache plus nettement à cet objectif).

La mutation du Conseil constitutionnel débute après le départ du général De Gaulle, sous la présidence de Georges Pompidou. Par la décision du 16 juillet 1971, le Conseil accepte de vérifier la conformité d’une loi à un principe mentionné dans le préambule de la Constitution (de manière implicite, puisqu’il s’agit d’un des “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”). Cette décision est consécutive à la saisine du Conseil

<sup>13</sup> PHILIP, André. Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution. *Les Cahiers politiques*, août/septembre-1945, p. 321 (texte reproduit dans CALLON, *op. cit.*, p. 233).

<sup>14</sup> Les craintes qui conduisent à écarter le contrôle de constitutionnalité portent sur la liberté de l’enseignement et le statut de la propriété.

<sup>15</sup> Sur le Comité constitutionnel de la Quatrième République, cf. CHARPY, Manon. Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République. *Jus Politicum*, n°16. Disponible en: <http://juspoliticum.com/article/Le-Comite-constitutionnel-de-la-Constitution-de-la-IVe-Republique-1099.html>.

par le président du Sénat, le centriste Alain Poher, (qui est également à l'origine de la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la France, lorsqu'il exerce la présidence de la République par intérim en 1974)<sup>16</sup>. Véritable révolution juridique et politique, la décision *Liberté d'association* correspond à la "seconde naissance" du Conseil constitutionnel (selon la formule de Pierre Avril). Après l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire (60 députés ou 60 sénateurs) par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, le contrôle de constitutionnalité prend un sens radicalement nouveau.

## 2.2 L'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle

La mutation du contrôle de constitutionnalité est soutenue par une partie de la doctrine publiciste, qui y voit l'occasion d'émanciper le droit constitutionnel de la science politique, en lui assignant comme objet l'étude d'une véritable jurisprudence (comme le droit administratif)<sup>17</sup>. La juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité devient d'autant plus urgente que le Conseil constitutionnel risque d'être éclipsé par le développement du contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire (depuis 1975), puis par le juge administratif (depuis 1990)<sup>18</sup>, et surtout par l'essor de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>19</sup>. La réforme de 2008, en permettant aux justiciables de soumettre au Conseil constitutionnel une "question prioritaire de constitutionnalité"<sup>20</sup>, confirme la mutation du contrôle de constitutionnalité engagée en 1971.

La France se rapproche ainsi de standards de la "démocratie par le droit" définis par le Conseil de l'Europe<sup>21</sup>, parmi lesquels la justice constitutionnelle occupe une place fondamentale. En effet, le juge constitutionnel fait partie des remparts de l'État de droit dont la mission est de veiller au respect de la démocratie et des droits de l'homme. Placée dans une situation de plus en plus marginale, la France a donc dû réformer ses institutions pour se doter d'un mécanisme de justice constitutionnelle conforme aux nouveaux standards européens. Aujourd'hui, le président du Conseil constitutionnel ne fait plus figure d'intrus au sein de la Conférence européenne des cours constitutionnelles, comme à l'époque où Robert Badinter rejoignait ce club, à la fin des années 1980<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Sur le rôle joué par Alain Poher dans la subversion du système institutionnel conçu par le général De Gaulle, cf. TEYSSIER, Arnaud. *De Gaulle, 1969: L'autre révolution*. Paris: Perrin, 2019, p. 170-171.

<sup>17</sup> Les rôles principaux sont tenus par Georges Vedel et par Louis Favoreu. Selon le doyen Vedel, la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. (Conseil constitutionnel, décision du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*).

<sup>18</sup> Le Conseil constitutionnel ayant refusé de se livrer au contrôle de la conformité de la loi aux dispositions d'un traité (décision du 15 janvier 1975, *IVG*). Sur l'importance relative du contrôle de constitutionnalité des lois dans un contexte de « déclin de la loi », cf. MAULIN, *op. cit.*, p. 156.

<sup>19</sup> Au cours des années 1970 et 1980, la Cour de Strasbourg connaît une mutation assez comparable à celle du Conseil constitutionnel, en s'attribuant un rôle radicalement différent de celui qui lui avait été confié par les pères fondateurs du Conseil de l'Europe (cf. BATES, Ed. *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford university Press, 2010).

<sup>20</sup> Cette réforme aboutit en 2008, après deux tentatives infructueuses, en 1990 et en 1993.

<sup>21</sup> La Commission de Venise (Commission du Conseil de l'Europe pour la démocratie par le droit), créée en 1990, est l'organe chargé de définir les critères de conformité d'un système politico-juridique aux valeurs du Conseil de l'Europe.

<sup>22</sup> Partisan convaincu et artisan inlassable de la transformation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle, Robert Badinter (président du Conseil constitutionnel de 1986 à 1995) fait adhérer l'institution française à la Conférence européenne

La conversion de la France à la justice constitutionnelle est donc acquise. Pour autant, les séquelles de l'histoire politique font encore obstacle à l'achèvement du processus de mutation. La transformation du Conseil constitutionnel en véritable juridiction constitutionnelle soulève encore des objections et alimente régulièrement les débats. Il ne s'agit pas de contester l'existence d'un mécanisme de justice constitutionnelle. Les interrogations et les doutes portent sur la qualité de cette justice et sur sa conformité avec les critères définis par le Conseil de l'Europe. Outre les problèmes découlant de la dissociation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, la justice constitutionnelle française présente deux faiblesses majeures qui trouvent toutes deux leur source dans le fait que la constitution de la Cinquième République n'a pas été conçue pour servir de cadre à un contrôle juridictionnel de la conformité des lois à la constitution.

Le premier défaut, et le plus souvent dénoncé, concerne l'institution du Conseil constitutionnel. En effet, les réformes constitutionnelles successives ont transformé substantiellement le rôle dévolu au Conseil au titre du contrôle de constitutionnalité, mais elles n'ont pas substantiellement modifié sa composition, ni le statut de ses membres<sup>23</sup>. Le maintien des anciens présidents de la République comme membres de droit du Conseil constitutionnel rappelle l'origine politique et non juridictionnelle de l'institution créée en 1958. Les modalités de désignation des autres membres du Conseil constitutionnel soulèvent également des critiques, en raison du caractère éminemment politique des nominations (et de la faiblesse du contrôle parlementaire). En résumé, le Conseil constitutionnel n'est pas encore un collège de juristes éminents ayant été choisis pour leur maîtrise des questions constitutionnelles. De la même manière, les modalités de fonctionnement du Conseil restent encore éloignées de celles des cours constitutionnelles. À cet égard, le refus du gouvernement de rebaptiser le Conseil " Cour constitutionnelle " à l'occasion de la réforme de 2008 trahit la volonté de ne pas rompre complètement avec la nature originellement politique de l'institution.

La même absence de clarté affecte le corpus normatif qui sert de référence au Conseil constitutionnel pour la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. Ce second défaut, moins fréquemment souligné que le précédent, concerne le catalogue des droits que le Conseil doit faire respecter. Depuis la Révolution de 1789, la liste des droits garantis aux citoyens a d'abord pris la forme d'une déclaration placée en tête de la constitution, puis d'une série d'articles insérés dans le corps de la constitution, voire d'une simple référence aux " principes de 1789 ". Les lois constitutionnelles de 1875 n'ayant pas fait référence à la garantie des droits, les constituants de la Quatrième République ont souhaité renouer avec la tradition des déclarations de droits. Le rejet du projet de constitution d'avril 1946 (contenant une nouvelle Déclaration des droits de l'homme) conduit à l'adoption d'une solution de compromis : le préambule de la constitution d'octobre 1946 se contente de renvoyer à la Déclaration de 1789 et aux " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ",

---

des cours constitutionnelles dès 1987. Cf. son témoignage à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire du Conseil constitutionnel: BADINTER, Robert. Une longue marche – Du Conseil à la Cour constitutionnelle. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, novembre, 2008. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>.

<sup>23</sup> Cf. la tribune publiée par LEMAIRE, Elina. Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel. *Libération*, 21, février, 2019. Disponible en: [https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel\\_1710795](https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel_1710795). Le débat sur l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel a été relancé en octobre 2020, à propos de privilèges fiscaux et de rémunérations additionnelles dont bénéficient les membres du Conseil constitutionnel en vertu de décisions réglementaires (ce qui constitue une violation de la constitution, qui prévoit que les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel sont déterminées par une loi organique).

auxquels est adjointe une liste de nouveaux principes (qui résument les “ droits économiques et sociaux ” du projet d'avril). L'éclectisme de ce préambule permet de ne pas trancher les conflits opposant les membres de l'assemblée constituante sur la portée de certains droits et libertés. Le préambule étant expressément privé de valeur constitutionnelle, le soin d'arbitrer ces conflits est laissé au législateur.

En renvoyant au préambule de 1946, la constitution de 1958 ne visait aucunement, à l'origine, à donner une valeur constitutionnelle aux textes auquel ce préambule renvoie lui-même, ni aux principes qu'il énonce, comme “ particulièrement nécessaires ”. La décision de 1971, en fondant le contrôle de constitutionnalité sur le visa du préambule de la constitution, invente ainsi un catalogue de droits que les constituants de 1946 et de 1958 avaient expressément écarté du champ des normes constitutionnelles. Ce procédé devrait susciter une certaine méfiance ou, à tout le moins, une certaine prudence. Cependant, la fin justifiant les moyens, l'incohérence du corpus normatif mobilisé par le Conseil constitutionnel suscite moins de critiques que ses défauts d'ordre institutionnel<sup>24</sup>. Pourtant les deux problèmes sont étroitement liés : une institution à la légitimité imparfaite se trouve, en effet, investie du pouvoir de déterminer la liste et le contenu des droits constitutionnels des Français.

Près de cinquante ans après le début du processus d'émancipation du Conseil constitutionnel, la France s'est dotée d'une institution cherchant à correspondre au “ modèle européen ” de justice constitutionnelle. Cependant, dans la quête de la justice constitutionnelle, il reste encore une étape à franchir pour que le contrôle de constitutionnalité soit exercé par une juridiction composée de vrais juges, faisant respecter des principes clairement énoncés. Dans le cas contraire, la France risque de voir renaître l'hostilité au gouvernement des juges qui a si longtemps empêché l'avènement de la justice constitutionnelle.

## BIBLIOGRAPHIE

ANSELME, Isabelle. L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les débats de l'Assemblée législative. Thèse droit. Université Aix-Marseille, 2007.

ASHWORTH, Antoinette. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 110, janvier/février, 1994.

BADINTER, Robert. Une longue marche – Du Conseil à la Cour constitutionnelle. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, novembre, 2008. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>.

---

<sup>24</sup> Le rapport au Président de la République rédigé par la commission de réflexion présidée par Simone Veil en 2008 conclut ainsi qu'il n'est pas souhaitable d'ajouter de nouveaux droits au préambule de la constitution, mais qu'il est préférable de laisser le Conseil constitutionnel dégager les principes constitutionnels à partir de la mosaïque de textes qui forment le bloc de constitutionnalité (VEIL, Simone. *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*. Paris: La Documentation française, 2008. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/rapport/30242-redecouvrir-le-preambule-de-la-constitution-rapport-du-comite-preside>).

BATES, Ed. The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights. Oxford: Oxford university Press, 2010.

CALLON, Jean-Éric. Les projets constitutionnels de la Résistance. Paris: La Documentation Française, 1998.

CHARPY, Manon. Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IVe République. Jus Politicum, n°16. Disponible en: <http://juspoliticum.com/article/Le-Comite-constitutionnel-de-la-Constitution-de-la-IVe-Republique-1099.html>.

FOIX, Jean-Christophe. Le constitutionnalisme en Bretagne au XVIIIe siècle. Ambitions et désillusions d'une expérience politique et juridique. Thèse droit. Université de Rennes, 1, 2018.

GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. La notion de justice constitutionnelle. Paris: Dalloz, 2005.

HALPERIN, Jean-Louis. La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux. La première Constitution française. Paris: Economica, 1993.

LAMBERT, Édouard. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. Paris: Giard, 1921.

LEMAIRE, Elina. Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel. Libération, 21, février, 2019. Disponible en: [https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel\\_1710795](https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel_1710795).

MAULIN, Éric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. In: GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. La notion de justice constitutionnelle. Paris: Dalloz, 2005.

MESTRE, Jean-Louis. Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République. Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Paris: Dalloz, 2007.

MITTERRAND, François. Le coup d'État permanent. Paris: Plon, 1964.

PHILIP, André. Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution. Les Cahiers politiques, août/septembre, 1945.

TEYSSIER, Arnaud. De Gaulle, 1969: L'autre révolution. Paris: Perrin, 2019.

VEIL, Simone. Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Paris: La Documentation française, 2008. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/rapport/30242-redecouvrir-le-preambule-de-la-constitution-rapport-du-comite-preside>.

VERGNE, Arnaud. La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789). Paris: De Boccard, 2006.