

# La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français?

Jean-Louis Halpérin

► **To cite this version:**

Jean-Louis Halpérin. La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français?. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, Conseil constitutionnel, 2010, p. 31-34. <hal-00560040>

**HAL Id: hal-00560040**

**<https://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00560040>**

Submitted on 27 Jan 2011

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ?

Jean-Louis Halpérin, professeur à l'École normale supérieure, UMR 7074 CNRS « Centre de Théorie et d'Analyse du Droit »

La notion de révolution juridique répond à un incontestable besoin pour l'histoire du droit. Si cette discipline a pour objet l'étude diachronique des processus de changement du droit, elle ne doit pas manquer de s'interroger sur les périodes de rupture caractérisées par des transformations profondes dans un ou plusieurs ordres juridiques. En s'éloignant des modèles évolutionnistes qui ont longtemps prévalu, sous prétexte de justifier le recours à l'histoire par l'idée que le droit d'aujourd'hui ne serait pas compréhensible sans être relié par une généalogie linéaire aux droits d'hier, il faut laisser une place aux révolutions qui peuvent faire table rase, sinon de la totalité d'un ordre juridique, du moins de règles jusque-là considérées comme fondamentales.

De ce point de vue, l'institution d'une question prioritaire de constitutionnalité par la révision constitutionnelle de juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 peut apparaître comme une création *ex nihilo* \_ elle ne remplace pas une institution comparable existant préalablement dans l'ordre juridique français \_, intervenue de manière contingente \_ beaucoup d'observateurs ne l'attendaient plus et cet élément a été ajouté tardivement dans le débat sur la révision \_, à la suite d'un vote du Congrès dont l'issue était incertaine. Voilà peut-être un bel exemple de norme qui n'aurait pas d'histoire juridique ! Les études réunies dans ce volume prétendent, au contraire, qu'il y a un sens à combiner l'histoire et l'analyse du droit constitutionnel le plus contemporain. Pour la méthodologie de l'histoire du droit, c'est l'occasion de rappeler l'importance de la dualité, défendue par les positivistes, entre droit et science du droit. Si cette question prioritaire n'a pas de véritable précédent dans l'histoire du droit positif français, l'innovation peut être reliée à une

lente maturation des cultures juridiques françaises.

### *I. Une création sans précédents dans le droit positif français ?*

L'histoire des révolutions procède toujours par rétrodiction en cherchant dans le passé les phénomènes susceptibles d'annoncer la rupture et d'en manifester les causes. Cet exercice comporte ses risques \_ une fois la révolution advenue, il est facile de prétendre qu'elle était préparée \_, mais il est possible de les assumer, notamment en procédant à un « retour en arrière » pour essayer d'identifier, dans les stratifications successives du droit constitutionnel français, des phénomènes qui pourraient ressembler au nouveau mécanisme créé en 2008-2009.

#### *1. Rejet ou admission de l'exception d'inconstitutionnalité ?*

Il ne paraît guère contestable que le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a été précédé de plus de trente ans par le contrôle dit de conventionnalité, donnant lieu lui aussi à une exception devant le juge judiciaire, depuis le célèbre arrêt des cafés *Jacques Vabre* (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975), puis devant le juge administratif, depuis le non moins célèbre arrêt *Nicolo* (CE, Ass., 20 octobre 1989). Ces arrêts peuvent être qualifiés de « révolutionnaires » dans la mesure où ils rompent avec une jurisprudence (à vrai dire assez peu fournie) sur la supériorité de la loi postérieure par rapport à l'engagement international antérieur<sup>1</sup>. S'ils sont indubitablement liés à la création du Conseil constitutionnel en 1958 et surtout à ses décisions de 1971 (71-44 DC) sur la liberté d'association et de 1975 (74-54 DC) sur l'IVG, ils sont profondément innovants sur les pouvoirs du juge judiciaire et du juge administratif par rapport à la loi française. Personne ne doute qu'ils marquent un changement par rapport à une attitude antérieure caractérisée par un refus des juridictions des deux ordres de discuter de la validité de la loi.

Nous disposons de deux repères commodes dans l'entre-deux-guerres : le

---

<sup>1</sup> Pour une analyse en termes de rupture, Cayla (O.), « Le coup d'État de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108-133.

fameux arrêt *Arrighi* du Conseil d'État (6 novembre 1936)<sup>2</sup> et la conclusion donnée par la Cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation à l'affaire « Ratier » dans laquelle le vice-président du Sénat contestait la constitutionnalité de la loi du 23 mars 1914 sur les commissions d'enquête parlementaires<sup>3</sup>. Dans les deux cas, les juridictions administratives et judiciaires se refusaient à examiner l'exception d'inconstitutionnalité soulevée. Il ne fait pas de doute que cette jurisprudence consacrait le droit positif français sous la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République : à supposer, ce qui n'est pas impossible, que des juridictions du fond aient parfois admis des exceptions d'inconstitutionnalité, les cours suprêmes s'étaient expressément prononcées en faveur de l'incompétence des juges.

La situation est paradoxalement plus complexe si l'on remonte dans le temps. Jean-Louis Mestre a attiré l'attention sur différentes manifestations d'un contrôle de constitutionnalité dans l'histoire de la Cour de cassation, notamment sur deux arrêts de la Chambre criminelle du 15 mars et du 17 novembre 1851<sup>4</sup>. Des accusés, poursuivis pour leur participation à des troubles pendant l'état de siège en 1850, arguaient de l'inconstitutionnalité de la loi du 9 août 1849 sur la compétence des juridictions militaires à l'égard des non militaires. En relevant que cette loi avait été votée en application de l'article 106 de la Constitution, lui-même adopté à la suite de la répression des journées de juin 1848 qui avait donné lieu par l'Assemblée constituante à une « interprétation émanée d'elle-même » des conséquences de l'état de siège, la Cour de cassation considérait que l'Assemblée législative s'était « bornée à remplir le devoir que lui imposait

---

<sup>2</sup> *Dalloz périodique*, 1938, III.1, note Charles Eisenmann.

<sup>3</sup> Paris 27 mai 1925 et Cass. crim. 11 juin 1925, *Dalloz périodique*, 1926, I. 378 ; Milet (M.), « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, 1999, 49/6, p. 783-802.

<sup>4</sup> Mestre (J.-L.), « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la II<sup>e</sup> République », dans *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 291-310.

cet article 106 de la constitution pris dans son sens véritable »<sup>5</sup>. Ces arrêts admettent incontestablement la légitimité d'une exception d'inconstitutionnalité présentée devant le juge judiciaire. Le problème est qu'il s'agit d'arrêts de rejet et qu'ils sont restés isolés dans l'histoire juridique française du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup> : ils n'ont donc pu ancrer l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit positif français, comme l'a fait *Marbury v. Madison* aux États-Unis, pour des raisons liées à l'autoritarisme du Second Empire.

## 2. *Interprétation ou suspension de la loi ?*

En continuant notre démarche rétrospective, nous ne sommes pas en mesure de trouver, de l'Ancien Régime jusqu'en 1851, des précédents plus concluants à la reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité. En revanche, en cherchant des procédures qui peuvent en être rapprochées, il faut relever le fonctionnement de l'exception d'illégalité et le contrôle de l'inconstitutionnalité des actes émanant du Gouvernement. L'exception d'illégalité a été, d'abord, une création jurisprudentielle de la Cour de cassation en 1810 pour permettre aux juges pénaux d'écarter les sanctions prévues par des arrêtés municipaux ou préfectoraux illégaux, en l'occurrence des textes qui interdisaient tout travail le dimanche<sup>7</sup>. Elle a été, ensuite, consacrée par la loi du 28 avril 1832 et la rédaction de l'article 471-15<sup>o</sup> du Code pénal. Selon le même mécanisme, appliqué cette fois à des décrets impériaux et surtout à des ordonnances royales, les juges judiciaires ont pu écarter, à partir de la Restauration, des actes du Gouvernement qu'ils estimaient contraires à la « légalité constitutionnelle ». Si ces décisions concernent en majorité l'emploi des ordonnances de l'article 14 de la Charte, avec l'exemple fameux de l'ordonnance du 25 juillet 1830 sur la presse écartée comme « contraire à la Charte » par le

---

<sup>5</sup> Dalloz, 1851, I, 142.

<sup>6</sup> Saint-Bonnet (Fr.), « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum*, 2009, n° 2, p. 13.

<sup>7</sup> Cass. crim. 4 mai et 3 août 1810.

Tribunal de commerce de Paris<sup>8</sup>, d'autres s'appliquent à des décrets du Premier Empire suspectés d'avoir usurpé la compétence législative. La Cour de cassation s'est montrée prudente sur le contrôle de la constitutionnalité des lois antérieures à 1814 au regard de l'article 68 de la Charte maintenant les lois existantes « qui ne sont pas contraires à la présente Charte »<sup>9</sup>.

Si le contrôle de constitutionnalité est caractérisé par le pouvoir d'arrêter l'application d'un texte légal, il est possible de remonter à des décisions encore plus nombreuses de la Cour de cassation et des juridictions judiciaires. L'essor de la jurisprudence relative aux matières traitées dans le Code civil, sensible dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, est allée dans certains cas jusqu'à des interprétations *contra legem*, du moins contre le sens grammatical de la loi. C'est le cas des décisions, des Cours d'appel à partir des années 1840, puis plus tard de la Cour de cassation, qui admettent la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent de leurs parents contre la lettre de l'article 331 du Code Napoléon<sup>10</sup>. L'on dira que les juges judiciaires s'interdisaient d'écarter une loi sous prétexte qu'elle était contraire à des dispositions constitutionnelles dont ils n'avaient pas à se soucier. C'est faire bon marché des visas qui invoquent les dispositions constitutionnelles, dès les premières décisions du Tribunal de cassation en 1791, et donner beaucoup d'importance à une décision du même tribunal rendue le 18 fructidor an V (4 septembre 1797) et souvent citée par la suite. Cassant pour excès de pouvoir le jugement du tribunal de la Dyle qui avait refusé d'appliquer la loi sur les cultes du 7 vendémiaire an IV \_ au motif qu'elle n'avait pas été régulièrement introduite dans ce département belge

---

<sup>8</sup> Mestre (J.-L. ), « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *Revue française de droit constitutionnel*, 15, 1993, p. 451-461.

<sup>9</sup> Mestre (J.-L. ), « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité. Données historiques », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 49.

<sup>10</sup> Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, coll. « Quadrige », p. 100.

par le Directoire et non qu'elle était inconstitutionnelle –, les membres du Tribunal de cassation se contentèrent, le jour même d'un coup d'État, de rappeler l'interdiction faite aux juges d'usurper le pouvoir législatif « en jugeant le mérite d'une loi » publiée par une autorité compétente<sup>11</sup>. Il paraît bien hasardeux de conclure que cette décision rejetait toute forme d'exception d'inconstitutionnalité.

Si l'on voulait prolonger cette plongée historique à la recherche des origines de l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit positif français, on ne trouverait rien d'équivalent sous l'Ancien Régime au *Bonham's case* en Angleterre, mais des points de contact avec la jurisprudence des parlements contournant la législation royale ou refusant de procéder à son enregistrement en utilisant, dans les dernières années de la monarchie absolue, les qualificatifs « inconstitutionnel » ou « anti-constitutionnel »<sup>12</sup>.

## II. *Un produit de la maturation des cultures juridiques françaises ?*

Nous procéderons, en sens inverse, pour identifier les jalons d'une acculturation progressive de l'idée du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en allant des écrits de l'Ancien Régime jusqu'aux modes de pensée de nos contemporains, en passant par l'action de la doctrine, développée sur ce terrain depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

### 1. *Maintien ou oubli d'une tradition de puissance judiciaire ?*

Sans avoir le caractère de règles de droit positif, des textes de la fin de l'Ancien Régime évoquent l'idée d'une vérification des lois ordinaires par les juges au regard de lois constitutionnelles coutumières, qu'il s'agisse des remontrances des parlements nourries d'une idéologie de l'interprétation judiciaire puisant ses sources au Moyen Âge<sup>13</sup>, des écrits des juristes

---

<sup>11</sup> *Bulletin des jugements du Tribunal de cassation*, an V, n° 422.

<sup>12</sup> Vergne (A.), *La notion de constitution d'après les Cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, De Boccard, 2006, p. 427-445.

<sup>13</sup> Krynen (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne. L'État de justice. France XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle. I*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 2009, p. 139-150, 172, 264-265.

jansénistes opposés au chancelier Maupeou<sup>14</sup> ou des opuscules de Mercier de La Rivière<sup>15</sup>. Il y a lieu de s'interroger sur la diffusion de ces projets et sur leur impact pendant et après la Révolution. Nous pensons que le discrédit dont ont été victimes les parlements, puis la méconnaissance de cette littérature par des juristes formés uniquement à l'apprentissage de la codification napoléonienne après 1804, ont fait largement tomber dans l'oubli ces doctrines au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.

S'il ne faut pas exagérer, comme l'ont fait des publicistes de la Troisième République, l'hostilité des révolutionnaires à toutes les formes d'indépendance judiciaire, il n'est pas possible de nier le poids du légicentrisme à partir de 1789. Nous en voulons notamment pour preuve la fonction confiée à la juridiction de cassation, consistant à faire respecter par les juges les nouvelles lois votées, et le caractère bien peu juridictionnel des institutions imaginées par Sieyès (et rejetées par pratiquement tous les Thermidoriens) pour contrôler la constitutionnalité des lois.

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, les progrès de la jurisprudence judiciaire, plus que ceux de la jurisprudence administrative, ont pu progressivement rallier des juristes à la cause d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le culte du Code civil n'était pas contradictoire avec un souci de protection contre les abus de majorité dans la production de lois nouvelles : Toullier entendait soumettre les lois civiles au respect de la Charte, Guizot s'inquiétait de l'utilisation des lois pénales par le parti ultra, Laboulaye empruntait à Savigny une méfiance à l'égard du législateur qui « peut tout à coup de lois ». Cette attitude peut expliquer que des publicistes comme Foucart, Serrigny ou Dufour aient soutenu les décisions des cours écartant l'application des ordonnances inconstitutionnelles. Les premiers spécialistes du droit public ont entretenu l'idée de l'exception d'inconstitutionnalité dont les écrits de Tocqueville avaient vanté les

---

<sup>14</sup> Mestre (J.-L.), « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "Maximes du droit public français" (1775) » dans *État et Pouvoir. L'idée européenne*, PUAM, 1992, p. 21-36.

<sup>15</sup> Gojosso (É), « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle : une autre approche », *Giornale di storia costituzionale*, n° 4, 2002, p. 145.



mérites aux États-Unis.

## *II. Le long cheminement des thèses doctrinales depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*

Le prétendu « fétichisme de la loi » est, au moins pour une part, une invention des novateurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment de Gény qui évoquait en 1899 l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges. Désireux de disqualifier les tenants de l'Exégèse, les artisans du renouvellement doctrinal alors à l'œuvre en France, étaient souvent animés de craintes conservatrices à l'égard des majorités parlementaires présentes ou à venir sous la III<sup>e</sup> République. Un mouvement général de critique du législateur<sup>16</sup> peut expliquer la floraison, à partir des premiers écrits de Jèze en 1895 (à ce moment-là favorable à l'exception d'inconstitutionnalité), de prises de position des plus grands auteurs de la doctrine publiciste française (Esmein, Larnaude, Duguit, Hauriou, Berthélemy, Duez, Carré de Malberg) sur la question d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges judiciaires ou administratifs. Une meilleure connaissance de l'action de la Cour suprême des États-Unis \_ avec une communication de Larnaude à la Société de législation comparée en 1902, la publication du *Gouvernement des juges* d'Édouard Lambert (1921), puis les travaux de Roger Pinto \_ et la montée des peurs à l'égard de l'État interventionniste après la Première Guerre mondiale peuvent expliquer l'essor de ce débat.

Il est bien connu que l'année 1925 a été particulièrement fertile en ce domaine, avec les joutes judiciaires liées à l'affaire Ratier (son défenseur Paul Reynaud plaidant pour l'exception d'inconstitutionnalité avait cité comme témoin le doyen de la Faculté de droit de Paris, Henri Berthélemy) et une série d'entretiens réalisés par Georges Suarez pour le journal *Le Temps* auprès de Duguit, Hauriou, Rolland, Mestre et Berthélemy. La majorité des professeurs de droit, qui sont intervenus, l'ont fait alors en faveur du pouvoir des juges (qui d'après certains existait déjà dans le droit positif !) d'écarter les lois inconstitutionnelles. Seuls quelques publicistes de l'école d'Esmein, que ses sentiments républicains éloignaient d'une telle défiance à l'égard de la loi parlementaire, émettent des réserves, à l'instar

---

<sup>16</sup> Redor (M. J. ), *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Économica, 1992, p. 158 et s.

de Larnaude. Politiquement, en pleine effervescence autour de la politique du cartel des gauches, les plus progressistes se retrouvent apparemment en accord avec les conservateurs pour préférer l'action des juges aux excès du Parlement. Ce débat est aussi l'occasion de développer une analyse plus nuancée de la conception française de la séparation des pouvoirs depuis 1789<sup>17</sup>.

Ces discussions, qui n'ont rien changé au droit positif, rebondissent en 1928-1929 à l'occasion d'une communication remarquée faite par Kelsen à Paris dans le cadre de l'Institut international de droit public. Le texte de Kelsen est publié avec la réplique de Carré de Malberg qui juge l'exception de constitutionnalité en opposition avec le principe de la « loi, expression de la volonté générale », élevé par lui au rang de *Grundnorm* du droit français en 1933<sup>18</sup>. En 1929 également la publication de la contribution de Paul Duez aux *Mélanges Hauriou*<sup>19</sup> paraît marquer le reflux des avancées doctrinales dans la direction de la reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité. Il nous paraît significatif que ces auteurs, comme Charles Eisenmann dans sa note sous l'arrêt *Arrighi*, considèrent tous que les « bonnes raisons juridiques » en faveur de cette institution doivent céder devant des considérations de science politique (l'équilibre traditionnel des pouvoirs) et la prise en compte de la « mentalité du peuple français » ou de « l'esprit public ». Repli stratégique (permettant pour certains de cacher leur scepticisme derrière un pragmatisme de bon aloi) d'une doctrine qui n'est pas parvenue à infléchir le droit positif ni même à faire le lien avec les revendications de certains politiques en faveur du contrôle de constitutionnalité ? Nous y verrions plutôt, chez les plus clairvoyants comme Eisenmann, la prise de conscience qu'un « mouvement d'école » ne suffit pas à transformer le droit.

---

<sup>17</sup> Pinon (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V<sup>e</sup> République*, Paris, LGDJ, 2003, p. 180.

<sup>18</sup> Maulin (É.), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, « Léviathan », 2003, p. 262-271.

<sup>19</sup> Duez (P.), «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France», *Mélanges Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 211-249.

Les lecteurs qui ont suivi les débats renouvelés dans les années 1980 et 1990 n'auront pas de mal à suivre la progression, au-delà du cercle des professeurs de droit et en direction des politiques, des positions favorables à la fin de ce qui a été présenté, peut-être sans nuances, comme une « exception française ». Les uns y verront l'acculturation, dans des groupes professionnels, voire dans la population des profanes, d'une idée défendue de longtemps par les plus grands noms de la doctrine universitaire. D'autres pourront s'émerveiller qu'une opinion en décalage avec le droit positif pendant plus de deux siècles soit devenue, par la grâce d'un vote « providentiel » acquis à une courte majorité, un élément de l'ordre juridique français. Il faudra attendre encore l'application de ces nouvelles normes pour dire s'il s'agit vraiment d'une révolution.