
L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS ET LA DOCTRINE DU CONSEIL D'ETAT

LAURENT SEUROT
DOCTORANT CONTRACTUEL À L'IRENÉE
NANCY UNIVERSITÉ

En 1937, dans sa note sous l'arrêt *Arrighi*, Achille Mestre a écrit que, sur la question de l'exception d'inconstitutionnalité des lois devant le Conseil d'Etat, « *tout a déjà été dit* »¹. Mais, si tout a été dit, ça l'a été presque exclusivement par la doctrine universitaire. En effet, depuis un siècle, on ne compte, sous la plume des membres du Conseil d'Etat, que très peu de contributions. Et s'il s'est prononcé à plusieurs reprises sur cette question au contentieux, opposant un refus constant, il ne s'est guère montré prolix sur ses motivations². Au total, les membres du Conseil d'Etat à s'être prononcés sont peu nombreux. Jusqu'à la fin des années 1980, on ne comptait que Teissier, Latournerie, Blum, Maspétiol, Donnedieu de Vabres, Odent et Questiaux³. L'introduction du contrôle de conventionalité des lois a renouvelé le débat et suscité, ces dernières années, de plus substantielles contributions, notamment celles de Patrick Frydman, Guy Braibant, Bruno Genevois, Jacques-Henri Stahl ou encore Jean-Marc Sauvé⁴. Cette

¹ S. 1937, III, p. 33.

² CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, Lebon, p. 966.

³ G. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, Répertoire Béquet, 1906, p. 15 ; R. Latournerie, conclusions sur CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, S. 1937, III, p. 34 ; *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, t. 3, p. 130 ; J. Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'Homme par les juridictions administratives en France », EDCE 1949, p. 30 ; R. Maspétiol, « Problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », EDCE 1949, p. 50 ; R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, Dalloz, 2007, p. 236 ; L. Blum, *L'œuvre de Léon Blum, naissance de la IV^e République, La vie du parti et de la doctrine socialiste, 1945-1947*, Albin Michel, 1958, p. 147 ; N. Questiaux, conclusions sur CE Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, AJDA 1968, II, p. 235. Nous excluons de nos développements l'article de Pierre Laroque sur « Les juges français et la loi » (RDP 1926, p. 730), car, au moment où il écrit cet article à la demande d'Achille Mestre, il n'est qu'en première année de licence et donc encore loin du Palais Royal.

⁴ P. Frydman, conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1999, p. 813 ; G. Braibant, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 185 ; B. Genevois, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitutions », RFDA 2000, p. 715 ; « Le Conseil d'Etat et l'application de la Constitution », in *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 31 ; J.-H. Stahl, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 993 ; J.-M. Sauvé, « Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République », 2007 ; « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat par le CRDC de l'Université de Paris I, 2011.

discrétion tranche avec l'abondance des contributions provenant des facultés de droit. Pas un seul des grands maîtres du droit public n'a manqué d'évoquer cette question⁵.

Comment interpréter cette relative discrétion ? Peut-on la mettre sur le compte d'une certaine réserve à laquelle s'obligerait les membres du Conseil ? Assurément non. L'histoire montre que les membres du Conseil d'Etat n'ont jamais hésité à participer aux grandes querelles doctrinales, allant jusqu'à constituer la deuxième voix du « *chœur de la doctrine* »⁶. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher et sans doute dans le malaise, l'embarras qu'ont longtemps éprouvés les membres du Conseil à s'interroger sur cette question. Si ce malaise existe, c'est parce que la question posée n'est pas banale : elle interroge le Conseil d'Etat sur sa fonction même, sur les rapports qu'il doit entretenir avec les autres institutions, d'abord et surtout le Parlement, puis, ensuite, le Conseil constitutionnel. Dès lors, la question ne peut pas se poser dans les mêmes termes pour la doctrine universitaire et pour les membres du Conseil d'Etat.

Le risque d'un tel sujet serait d'opposer artificiellement doctrine universitaire et doctrine du Conseil d'Etat⁷. La plupart du temps, une telle opposition n'a guère de sens, car elle implique trois conditions dont la réunion est exceptionnelle : qu'il y ait une unité de vue au sein de la doctrine universitaire (ce qui est, fort heureusement, rarement le cas), une unité de vue au sein du Conseil d'Etat (ce qui n'est pas toujours le cas), et que ces deux points de vue s'opposent. Cependant, la question de l'exception d'inconstitutionnalité fait figure d'exception.

En effet, sans pour autant exagérer l'opposition, il nous semble que, sur la question de l'exception d'inconstitutionnalité, deux tendances opposées se dégagent. D'un côté, à part quelques voix dissidentes qui s'éteignent peu à peu sans être remplacées (Esmein, Larnaude, Carré de Malberg), l'ensemble de la doctrine universitaire se montre favorable à l'exception d'inconstitutionnalité, estimant même qu'en l'état actuel des textes, le contrôle est possible, en plus d'être souhaitable. A l'inverse, du côté de la doctrine du Conseil d'Etat, jusque récemment, tous ceux qui se prononcent manifestent une certaine hostilité. L'intérêt de l'étude que nous nous proposons de mener est de montrer l'originalité de la position des membres du Conseil et de tenter d'en déceler les raisons.

⁵ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^e éd., 1903, p. 374 et s. ; F. Larnaude, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », RPP 1926, p. 181 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 266 et s. ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, p. 659 et s. ; G. Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », RDP 1924, p. 399 ; Ch. Eisenmann, note sous CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, D. 1938, III, p. 1. ; R. Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », RPP 1927, p. 339 ; H. Berthélémy, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », RPP 1927, p. 183 ; P. Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 213.

⁶ François Burdeau parle du « *chœur à deux voix de la doctrine* », conséquence de « *l'apparition d'une doctrine organique* », in Fr. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Thémis, Puf, 1995, p. 469 et s.

⁷ Sur le développement de la doctrine au sein du Conseil d'Etat, voir thèse Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, LGDJ, 1972, p. 150 et s.

Dans une analyse récente, Jean-Marc Sauvé, actuel vice-président du Conseil d'Etat, résumait l'état d'esprit qui a animé le Conseil d'Etat. Selon lui, c'est « *la conscience qu'a le juge de sa propre légitimité* » qui justifie ce refus, conscience qui « *n'a jamais cessé d'être au cœur de l'approche, par celui-ci, de l'examen de la constitutionnalité des lois* »⁸. A cela s'ajoute « *la volonté de respecter l'équilibre des institutions et des pouvoirs* ». Ces remarques sont tout à fait exactes et valent depuis que la question s'est posée devant le Conseil d'Etat. Mais elles méritent d'être précisées. En effet, selon les périodes, selon les changements constitutionnels et les innovations jurisprudentielles, les justifications du refus ont évolué, certaines venant s'ajouter à d'autres, ou, au contraire, disparaître.

De ce point de vue, nous devons distinguer trois étapes. Dans un premier temps, c'est essentiellement la crainte d'entrer en conflit avec le Parlement qui a servi de fondement au refus de contrôler la constitutionnalité des lois (I). L'institution d'organes spécialement créés pour contrôler la constitutionnalité des lois a marqué le début d'un second temps : interprétée comme excluant l'exception d'inconstitutionnalité, elle permettait d'évacuer rapidement la question (II). Enfin, l'introduction d'un contrôle de conventionalité a radicalement modifié les termes du débat. Pour la première fois, au sein du Conseil, les positions divergent, entre ceux pour qui le contrôle de conventionalité rend l'exception d'inconstitutionnalité inutile et ceux pour qui il la rend au contraire nécessaire (III).

I. LA CRAINTE D'ENTRER EN CONFLIT AVEC LE PARLEMENT

Initialement, ce refus ne repose pas sur des arguments proprement juridiques (A). En tout cas, ce ne sont pas ces arguments qui sont décisifs. Il repose essentiellement sur des justifications pratiques et politiques tirées du refus d'entrer en conflit avec le Parlement (B).

A. L'ABSENCE D'ARGUMENT JURIDIQUE SOLIDE

Au sein des facultés de droit, de plus en plus rares ont été les auteurs à militer contre le contrôle de constitutionnalité. Au soutien de ce refus, ils invoquent des arguments juridiques. Tout d'abord le principe de séparation des pouvoirs qui, tel qu'interprété en France, interdirait au pouvoir judiciaire d'apprécier la validité des lois⁹. Est ensuite avancée l'idée que la Constitution de 1875, parce qu'elle n'a pas établi de véritable différence entre la norme constitutionnelle et la

⁸ J.-M. Sauvé, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », *précité*.

⁹ A. Esmein, *ouvrage précité*, p. 376 ; F. Larnaude, *article précité*, p. 193.

norme législative, a exclu toute possibilité de contrôler la loi¹⁰. Est enfin alléguée l'idée que la loi est une manifestation de la souveraineté nationale et qu'à ce titre, sauf à rompre avec cette tradition par un changement constitutionnel, elle doit être soustraite à tout contrôle¹¹.

Certains membres du Conseil d'Etat ont tenté de se fonder sur ces arguments, notamment sur celui de la souveraineté de loi. Georges Teissier écrit que « *les pouvoirs du Parlement, dans notre droit public, étant sans limites, les lois qu'il a votées ne sont susceptibles, quand elles ont été régulièrement promulguées, d'aucune espèce de recours, même pour violation de la Constitution ; elles sont donc, au premier chef, des actes de souveraineté* »¹². On trouve une argumentation similaire, un peu plus tard, chez Donnedieu de Vabres, pour qui « *le Conseil d'Etat ne peut connaître de la constitutionnalité des lois parce que ce serait porter atteinte à la souveraineté du législateur* »¹³.

Le commissaire du gouvernement Latournerie, dans ses conclusions sur l'arrêt *Arrighi*, ne tire pas tout à fait les mêmes conséquences de ces arguments. Il commence par peser les arguments juridiques, à la fois ceux qui militent pour le contrôle et ceux qui tendent à l'empêcher. En faveur du contrôle, Latournerie évoque d'abord l'idée que « *le juge de l'action est le juge de l'exception* ». Autrement dit, rien n'empêche le juge administratif de connaître d'une exception, quelle qu'elle soit. Ensuite, il réduit le litige à un simple conflit entre une loi supérieure et une loi inférieure, « *qui ne diffère guère par nature d'autres conflits qui se présentent devant lui entre lois égales* ». Et si le juge n'opérait pas ce contrôle, « *ne renverserait-il d'ailleurs pas l'ordre de la hiérarchie légale en permettant à la loi inférieure d'offusquer la loi supérieure [...] ?* ». Cette argumentation en faveur du contrôle de constitutionnalité, il la qualifie de « *logique pure* ».

De l'autre côté, en faveur de l'exclusion du contrôle, il invoque la signification spéciale qu'a le principe de séparation des pouvoirs en France, estimant que cette conception est « *entièrement dominée par la souveraineté de la loi* ». De ce point de vue, le contrôle de constitutionnalité est perçu comme un « *scandale* ». Il nuance ensuite l'actualité de cette conception. D'abord, il constate la collaboration de plus en plus importante entre le juge et le législateur. Il dresse ensuite un parallèle entre le contrôle de constitutionnalité des lois et le contrôle qu'opère le Conseil d'Etat sur les décrets-lois et les décrets coloniaux. Il évoque enfin le déclin de la « *conception quasi-oraculaire* » de la loi.

A ce stade, comme le notera Charles Eisenmann, la démonstration de Latournerie donne l'impression que « *les deux plateaux sont, par leur charge juridique, si près de l'équilibre que c'est un*

¹⁰ R. Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », précité. Sur la conception de Carré de Malberg, voir E. Maulin, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de Carré de Malberg », RFDC 1995, p. 79.

¹¹ R. Carré de Malberg, *article précité*.

¹² G. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique*, précité.

¹³ J. Donnedieu de Vabres, *précité*, p. 44.

supplément de poids d'une autre nature qui décide de la victoire du « contre »¹⁴. Ce « *supplément de poids d'une autre nature* », Latournerie va le trouver dans les conséquences qu'aurait le contrôle sur l'équilibre des institutions et l'avenir du droit administratif.

B. LA CRAINTE DES CONSÉQUENCES PRATIQUES ET POLITIQUES DU CONTRÔLE

Ce sont ces considérations qui semblent l'emporter et faire basculer la balance. Cependant, il faut faire une distinction capitale. Au delà du refus ou de l'acceptation du principe du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat, la question essentielle est celle des normes de référence à l'appui du contrôle. En effet, les conséquences sont très différentes selon que les normes de contrôle se limitent aux dispositions expresses des lois constitutionnelles de 1875 ou qu'elles contiennent également d'autres principes. Toute la question est finalement celle de la valeur constitutionnelle ou non des déclarations des droits. Dans les deux cas, le refus du contrôle trouve un fondement pratique. Mais c'est un fondement différent. Dans le premier cas, le contrôle serait quasiment inutile. Dans le second, il serait dangereux.

Alors que toute une partie de la doctrine universitaire leur confère une valeur constitutionnelle, la plupart des membres du Conseil d'Etat nient toute valeur juridique aux déclarations des droits. Latournerie suggère de les « *écarter* »¹⁵. Un peu plus tard, dans le contexte de la IV^e République, le président Maspétiol juge que la rédaction de la Constitution de 1946 « *implique l'exclusion des dispositions du Préambule de la Constitution relatif à la déclaration des droits et des libertés de l'homme et du citoyen* »¹⁶. Dans ce cas, si l'on exclut les déclarations des droits, le contrôle n'a qu'une faible portée. Latournerie relève qu'il « *ne reste guère, dans nos textes constitutionnels, que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers* ». Cependant, comme le montre l'arrêt *Arrighi* lui-même et comme le relève le commissaire du gouvernement, cela peut être utile notamment pour apprécier la constitutionnalité des délégations du pouvoir législatif par le Parlement au profit du pouvoir exécutif. Le contrôle concernerait seulement les relations entre les organes constitutionnels en matière de répartition des compétences.

Mais les plus vives critiques concernent la seconde hypothèse, celle dans laquelle les déclarations des droits feraient partie des normes de contrôle. Car, dans ce cas, loin d'être d'une portée limitée, le contrôle pourrait conduire le Conseil d'Etat à entrer en conflit avec le Parlement, entraînant deux conséquences. Le premier danger, souvent négligé par la doctrine

¹⁴ Ch. Eisenmann, *note précitée*, p. 6.

¹⁵ R. Latournerie, *conclusions précitées*, p. 36.

¹⁶ R. Maspétiol, *article précité*, p. 62.

universitaire, serait de risquer la remise en cause par le Parlement des nombreux acquis de la jurisprudence administrative. En effet, depuis le début du XX^e siècle, le juge administratif a développé une jurisprudence audacieuse dans le sens du contrôle de l'administration et en faveur de la protection des droits des administrés. Cela s'est manifesté en particulier par le développement du recours pour excès de pouvoir¹⁷ et par celui de la responsabilité de l'administration¹⁸. Dans tous ces domaines, le législateur a laissé au juge toute la marge de manœuvre lui permettant d'assurer un contrôle effectif de l'administration alors qu'il aurait pu légiférer et contrecarrer ces progrès, en limitant par exemple les hypothèses d'engagement de la responsabilité de l'administration. En quelque sorte, la liberté ainsi laissée au juge administratif par le législateur doit trouver sa contrepartie dans la liberté que le juge laisse, en retour, au législateur. Latournerie résume ainsi : « *Si, d'autre part, malgré les progrès qu'il a faits dans l'étendue de son contrôle, le juge et, en particulier, le juge de l'excès de pouvoir a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l'époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l'engager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence* »¹⁹. Cette inquiétude ancienne est demeurée, comme en témoigne le commissaire du gouvernement Frydman qui, s'adressant au Conseil d'Etat dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, évoque une « *philosophie jurisprudentielle [...] selon laquelle le contrôle que vous exercerez sur l'action administrative pourra s'avérer d'autant plus efficace que vous parviendrez, parallèlement, à éviter tout conflit avec le législateur* »²⁰.

La seconde crainte, c'est celle, plus connue, du gouvernement des juges. C'est une critique classique que l'on trouve déjà chez Esmein²¹, mais qui va connaître un regain d'intensité avec la parution de l'étude d'Edouard Lambert sur le système américain, dans laquelle l'auteur met en évidence le caractère conservateur du contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême, notamment en matière d'interventionnisme économique et de protection sociale²². Cette crainte du gouvernement des juges va même inciter Gaston Jèze à se montrer nettement plus prudent sur cette question, lui qui fut l'un des premiers, dès 1895, à militer en faveur du contrôle de constitutionnalité²³. Cette prudence ne le conduira cependant pas à renoncer au principe du contrôle mais à le limiter aux seules lois constitutionnelles de 1875²⁴.

Parmi les membres du Conseil d'Etat, c'est sans doute Léon Blum qui exprime le plus clairement cette critique. Il écrit : « *Serait considérée comme inconstitutionnelle, par exemple, toute loi qui*

¹⁷ Sur ces évolutions, voir G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, p. 261 et suiv.

¹⁸ CE, 3 février 1911, *Anguet* ; CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*.

¹⁹ R. Latournerie, *conclusions précitées*, p. 36.

²⁰ P. Frydman, *conclusions précitées*, p. 815.

²¹ A. Esmein, *ouvrage précité*, p. 433.

²² E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

²³ G. Jèze, « Du contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », RGA 1895, II, p. 411.

²⁴ G. Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *précité*, p. 416 et s.

violerait le principe de liberté de pensée, ou le principe de l'égalité naturelle entre les hommes... Quelque chose me choque, quant à moi, dans cette institution. Je me représente mal la loi soumise à des juges, si hauts placés qu'ils soient ». Il conclut : « *je vois beaucoup d'objections, peut-être de grands inconvénients, et peu d'avantages* »²⁵. Donnedieu de Vabres reprend, quant à lui, l'argumentation libérale développée jadis par Esmein, estimant, au sujet de la Constitution de 1946, que « *le meilleur juge est encore le Parlement lui-même, avec le concours du Comité constitutionnel et sous le contrôle politique de l'opinion* »²⁶.

Il faut tout de même réserver le cas particulier de Georges Teissier que nous avons cité plus haut et qui semblait se montrer extrêmement réticent à l'égard de l'exception d'inconstitutionnalité en invoquant la souveraineté du Parlement. S'exprimant au sein de l'Académie des sciences morales et politiques, en 1925, à l'occasion de la célèbre affaire Ratier, le journaliste rapporte qu'il aurait approuvé la thèse de l'exception d'inconstitutionnalité²⁷. Mais, il faut prendre ce témoignage avec beaucoup de précaution. D'abord, il semble que ce soudain revirement soit essentiellement motivé par le contexte dans lequel il intervient, à savoir en réponse à une proposition émise par certains députés socialistes d'imposer des lois qui ne seraient votées que par l'une des deux chambres. Ensuite, dans la situation décrite par Teissier, la loi serait tout simplement inexistante et n'importe quelle juridiction pourrait la tenir comme telle. Cela ne remet donc pas fondamentalement en cause l'hostilité dont il avait fait preuve jusque là.

Toutes ces craintes se rapportent finalement au rôle que doit jouer le Conseil d'Etat, à sa place parmi les institutions. Il a affirmé et gagné sa place de contrôleur de l'exécutif. Cela lui demanda parfois beaucoup d'audace. Il doit maintenant trouver sa place par rapport au législateur. Et c'est à un strict respect de celui-ci qu'il décide de se ranger. A cette première raison, essentielle, va s'ajouter une seconde, juridique celle-là, avec la création par la Constitution de 1946, et surtout celle de 1958, d'organes spécialement chargés de l'examen de la constitutionnalité des lois.

II. LE REFUS DE CONCURRENCER LES INSTITUTIONS SPÉCIALISÉES DANS LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Ce qui a changé par rapport à la période précédente, c'est que les membres du Conseil d'Etat ont trouvé directement dans les Constitutions de 1946 et 1958 un fondement juridique justifiant le refus du contrôle de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Les arguments pratiques demeurent mais passent au second plan. L'institution d'un organe spécialement chargé de

²⁵ L. Blum, *ouvrage précité*, p. 147. La position de Léon Blum est d'autant plus intéressante qu'il a successivement joué le rôle des deux protagonistes, démissionnant du Conseil d'Etat pour rejoindre l'Assemblée nationale.

²⁶ J. Donnedieu de Vabres, *article précité*, p. 44.

²⁷ *Le Temps*, 8 décembre 1925, p. 4. Voir, sur ce point, l'article de M. Milet, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », RFSP, vol. 49, n°6, décembre 1999, p. 783-801.

contrôler la constitutionnalité des lois suffit à elle seule à justifier l'exclusion du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

Cette argumentation repose tout entière sur une interprétation de la Constitution qui crée une institution spécialisée dans le contrôle de constitutionnalité. Les membres du Conseil d'Etat interprètent cette création comme excluant implicitement mais nécessairement la compétence du juge administratif pour examiner la constitutionnalité des lois (A). Il n'est donc plus besoin de justifier ce refus par des arguments pratiques et politiques. Il suffit de s'appuyer sur la Constitution elle-même. Cependant, cette interprétation est discutable (B).

A. UN FONDEMENT CONSTITUTIONNEL IMPLICITE

Cet argument de l'exclusion implicite par la Constitution est invoqué dès la Constitution de 1946, alors que pourtant la compétence du Comité constitutionnel est très restreinte et son usage très limité. Le président Maspétiol l'évoque à demi-mots dès 1949. Dans un passage consacré à « *la vérification de la constitutionnalité des lois* », il ne mentionne que les possibilités nouvellement offertes par la Constitution, estimant que, par la modestie de ces innovations, la Constitution a pris « *parti pour le mouvement qui est la loi profonde et vitale de l'Etat* »²⁸. Il sous-entend par là que le constituant a ainsi exclu toute autre forme de contrôle de constitutionnalité. Plus tard, mais toujours au sujet de la Constitution de 1946, le président Odent, dans son célèbre *Cours de contentieux administratif*, écrit que l'impossibilité d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi devant le Conseil d'Etat est une solution « *incontestable depuis l'entrée en vigueur des Constitutions de 1946 et 1958* ». Cependant, son argumentation est un peu différente. Il ne s'appuie pas sur la thèse de l'exclusion implicite par la création d'une institution spécialisée. Il considère que le contrôle institué par la Constitution de 1946 n'en est pas vraiment un et il déduit des travaux préparatoires que les constituants ont entendu exclure toute forme de contrôle²⁹.

L'affirmation est encore plus nette à partir de la Constitution de 1958 et la création du Conseil constitutionnel. On la trouve dès les discussions de la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat chargée, en 1958, d'examiner le projet de Constitution. L'affirmation de Roger Latournerie, ancien commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Arrighi*, désormais président de la section sociale, est particulièrement nette : « *la Constitution a institué un organisme pour apprécier la constitutionnalité ; cet organisme a le monopole et le privilège de cette appréciation* ». Il ajoute un peu plus loin : « *le contrôle de constitutionnalité des lois par de simples juridictions ou des autorités administratives, en France, cela n'est pas conforme aux pratiques du droit public ; il n'y a aucun intérêt à innover au moment où, pour la*

²⁸ R. Maspétiol, « Problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *précité*, p. 62.

²⁹ R. Odent, *ouvrage précité*, p. 236.

première fois, on instaure une autorité qui a pleins pouvoirs pour cela»³⁰. Pour le président Odent, l'attribution au Conseil constitutionnel du contrôle de constitutionnalité « *exclut, conformément à la tradition française, un contrôle parallèle du juge* »³¹. C'est une opinion unanimement partagée par la doctrine du Conseil d'Etat, certains commissaires du gouvernement n'hésitant pas à y faire référence dans leurs conclusions. Ainsi, pour Nicole Questiaux, « *la Constitution a précisément traité du contrôle de constitutionnalité des lois pour en retenir une conception limitée et le confier au Conseil constitutionnel* ». Ce faisant, « *elle n'a pas jugé bon de définir d'une nouvelle manière les pouvoirs du juge* », dont la mission « *reste celle, subordonnée, d'appliquer la loi* »³². On trouve exactement le même raisonnement dans les conclusions de Patrick Frydman sur l'arrêt *Nicolo*³³. Plus récemment encore, le président Genevois estimait qu'il « *était difficile de ne pas voir dans les modalités de contrôle prévues par le pouvoir constituant des mécanismes exclusifs d'autres procédures* »³⁴.

C'est d'ailleurs ce fondement que le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, avait explicitement adopté en 2005 : « *il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application* »³⁵.

B. UN FONDEMENT CONTESTABLE

Ce qui frappe, c'est la certitude avec laquelle les membres du Conseil d'Etat s'appuient sur ce fondement. Elle tranche avec les doutes que semble susciter une telle affirmation pour une partie de la doctrine universitaire. Pour les membres du Conseil d'Etat, cet argument tiré de l'exclusion par la constitution elle-même est considéré comme « *incontestable* »³⁶. Dès lors, il n'est plus besoin d'invoquer les anciens arguments, dont certains membres du Conseil d'Etat avaient eux-mêmes dénoncé les fragilités. Ces arguments passent au second plan. Ils servent simplement de renforts, permettant d'approuver la solution prévue par la Constitution, comme en témoigne la formule du président Odent qui juge la solution « *conforme à la tradition française* ».

³⁰ in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, t. 3, p. 133 et 135.

³¹ R. Odent, *ouvrage précité*, p. 237.

³² N. Questiaux, *conclusions précitées*, p. 238.

³³ P. Frydman, *conclusions précitées*, p. 815.

³⁴ B. Genevois, « Le Conseil d'Etat et l'application de la Constitution », *précité*, p. 54. Voir également, sous la plume du conseiller d'Etat Jean Arrighi de Casanova : « La Constitution de 1958 a donné au Conseil constitutionnel, et à lui seul, le pouvoir de déclarer une loi contraire à la Constitution », in « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'Etat », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n°30, 2011, p. 23.

³⁵ CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, Lebon, p. 1 ; JCP A 2005, concl. Chauvaux ; AJDA 2005, p. 845, note Burgogue-Larsen ; RFDA 2005, p. 56, note Bonnet ; RTDE 2006, p. 184, note Ondoua.

³⁶ R. Odent, *ouvrage précité*, p. 236.

Mais il faut bien reconnaître que ce fondement est discutable. Il n'a d'ailleurs pas manqué d'être discuté. C'est au doyen François Génay que l'on doit la première charge contre cette interprétation de la Constitution, dans un article paru en 1947 : les dispositions relatives aux compétences du Comité constitutionnel « ne peuvent entraver l'intervention éventuelle du pouvoir judiciaire suivant le droit commun, pour sanctionner l'inconstitutionnalité reconnue par lui en des cas particuliers »³⁷. Ce qu'il conteste, c'est la thèse du caractère implicite de l'interdiction de l'exception d'inconstitutionnalité. Pour le doyen Génay, il eût fallu que « l'Assemblée constituante manifestât formellement son intention en ce sens ». Il en conclut donc que l'institution du Comité constitutionnel « laisse subsister la possibilité de l'inconstitutionnalité avec ses sanctions de droit commun ».

Plus récemment, le professeur Mathieu énonçait les différentes critiques que l'on pouvait adresser à la thèse du Conseil d'Etat³⁸. Et ce n'est pas un hasard s'il l'a fait à l'occasion des mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, poursuivant ainsi le dialogue entamé il y a près d'un siècle entre la doctrine universitaire et celle du Conseil d'Etat. La critique principale et la plus convaincante est tirée de l'idée que le contrôle de constitutionnalité organisé par la Constitution de 1958 n'interdit pas nécessairement tout contrôle par un autre juge. Cela s'explique par le fait que le contrôle organisé par la Constitution répond à des modalités particulières. C'est un contrôle *a priori*, par voie d'action. Or, rien ne permet de déduire de l'institution d'un recours par voie d'action l'incompétence d'un autre juge par voie d'exception³⁹. L'auteur compare cette situation avec celle du contrôle de la constitutionnalité des traités et constate que l'institution d'un contrôle *a priori* par le Conseil constitutionnel « n'interdit pas au juge de faire prévaloir une disposition constitutionnelle sur une disposition conventionnelle »⁴⁰.

III. LES DIVERGENCES SUR LES CONSÉQUENCES À TIRER DU CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ

La consécration, par l'arrêt *Nicolo*, du contrôle de conventionalité de la loi a radicalement changé les termes du débat. D'une part, la loi, volonté du législateur, n'est plus incontestable devant le juge administratif. Elle peut faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Cela ruine, d'une certaine manière, les arguments initiaux tirés du refus d'entrer en conflit avec le législateur. En effet, dès lors que le Conseil d'Etat accepte de contrôler la loi au regard des normes internationales, il encourt les deux risques énoncés plus haut : la remise en cause de

³⁷ F. Génay, « De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la quatrième république française », JCP 1947, I, p. 613.

³⁸ B. Mathieu, « Le Conseil d'Etat, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 753.

³⁹ Voir également, O. Gohin, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de constitutionnalité de la loi », RFDA 2000, p. 1175.

⁴⁰ Sur la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne, CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Lebon, p. 369.

l'acquis jurisprudentiel et le gouvernement des juges. D'autre part, la protection des droits et libertés, qui était devenue l'enjeu essentiel du contrôle de constitutionnalité, est désormais assurée, même si c'est par un autre moyen que le contrôle de constitutionnalité.

Face à ces deux conséquences, la doctrine du Conseil d'Etat s'est trouvée divisée entre deux attitudes. Ces deux attitudes dépendent de l'importance respective donnée à chacune des deux conséquences du contrôle de conventionalité. La première, la plus prudente, consiste à prendre acte que, par le biais du contrôle de conventionalité, le Conseil d'Etat est à même de protéger les droits et libertés aussi bien qu'il le ferait dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Cela rend ainsi l'exception d'inconstitutionnalité inutile (A). La seconde consiste au contraire à tirer toutes les conséquences du fait que la loi n'est plus incontestable devant le juge administratif et à admettre ainsi qu'elle puisse être contrôlée également au regard de la constitution (B).

A. UN CONTRÔLE RENDU INUTILE

Ce qui rend, pour certains auteurs, le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception inutile, c'est l'idée que le contrôle de conventionalité qu'opère le juge administratif est équivalent, voire identique. C'est la thèse que défend notamment Guy Braibant : « *il s'agit, en pareille matière, d'un véritable contrôle de constitutionnalité* »⁴¹. Le conseiller d'Etat va même très loin puisque, à plusieurs occasions, il utilise carrément l'expression « *contrôle de constitutionnalité* » pour évoquer en réalité le contrôle de conventionalité. Il parle ainsi d'un « *contrôle contentieux de la constitutionnalité par le biais de ce qu'on dénomme désormais le contrôle de conventionalité* »⁴². Si bien que sur l'opportunité d'introduire un contrôle de constitutionnalité au sens propre du terme devant le Conseil d'Etat, il considère qu'il serait « *plus raisonnable de se borner, pour l'instant à tirer les conséquences de ces acquis et de ne pas ajouter trop vite de nouvelles complexités et de nouvelles causes de conflits* »⁴³. On retrouve la même idée chez le président Genevois qui conclut en estimant que « *le Conseil d'Etat doit résister au courant doctrinal qui voudrait en faire un juge de l'exception d'inconstitutionnalité* »⁴⁴.

B. UN CONTRÔLE RENDU NÉCESSAIRE

Pour d'autres membres du Conseil d'Etat, au contraire, le contrôle de conventionalité rend le contrôle de constitutionnalité nécessaire. Le raisonnement est fondé sur l'idée que, désormais, la

⁴¹ G. Braibant, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 191.

⁴² G. Braibant, *article précité*, p. 185.

⁴³ G. Braibant, *article précité*, p. 192.

⁴⁴ B. Genevois, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *précité*, p. 724.

loi n'est plus incontestable devant le juge administratif. Pour Jacques-Henri Stahl, la loi promulguée « *n'est plus la référence indépassable des horizons contentieux* »⁴⁵. A partir du moment où il est admis que la loi n'est plus incontestable, la question se réduit finalement aux normes de référence du contrôle de la loi. Doit-on se contenter des engagements internationaux ou bien est-il souhaitable d'étendre ce contrôle aux normes constitutionnelles ? Deux arguments militent en faveur de la seconde solution.

Le premier est un argument théorique, tiré de la hiérarchie des normes. Il y aurait en effet une « *forme de paradoxe normatif* »⁴⁶ à ce que « *le traité se trouve alors mieux protégé que la Constitution elle-même* »⁴⁷. Le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, considère, à ce titre, qu'il est « *difficile d'accepter que la supériorité des traités sur les lois soit mieux protégée que la primauté de la Constitution elle-même dans l'ordre interne* »⁴⁸. Cela conduit donc à une « *suprématie théorique de la Constitution* » et une « *supériorité pratique et effective des traités et des autres règles de droit international* »⁴⁹. Le second argument résulte de ce que l'étendue du contrôle de conventionalité ne couvrirait pas exactement celui du contrôle de constitutionnalité, en ce sens que, selon Jean-Marc Sauvé, « *il existe des principes constitutionnels qui ne sont pas entièrement protégés par des traités* »⁵⁰, comme notamment « *le principe de laïcité, le droit de grève, la continuité des services publics* ».

Pour ces deux raisons, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception leur paraît souhaitable. Reste une dernière question importante qui découle de l'existence du Conseil constitutionnel : celle du rôle que doit jouer le Conseil d'Etat dans ce contrôle. Doit-il seulement transmettre les questions préjudicielles au Conseil constitutionnel auquel cas il ne ferait figure que de courroie de transmission ? Ou doit-il lui-même trancher les conflits entre la loi et la Constitution et exercer ainsi un véritable contrôle de constitutionnalité ?⁵¹

Le choix opéré par le constituant est respectueux de la tradition puisque le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne peuvent pas accueillir d'eux-mêmes un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi. Soit ils rejettent le moyen, soit ils transmettent la question au Conseil constitutionnel.

⁴⁵ J.-H. Stahl, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », *précité*, p. 998.

⁴⁶ L'expression est de J.-H. Stahl, *article précité*, p. 998.

⁴⁷ P. Frydman, *conclusions précitées*, p. 817.

⁴⁸ J.-M. Sauvé, « Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République », *précité*.

⁴⁹ J.-H. Stahl, *article précité*, p. 998.

⁵⁰ J.-M. Sauvé, « Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République », *précité*.

⁵¹ La question peut être posée de savoir si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, alors même que leur rôle se limiterait à celui de filtre, exerceraient un véritable contrôle de constitutionnalité. C'est l'opinion généralement admise. Elle nous semble excessive. D'abord, les deux hautes juridictions n'ont pas le pouvoir de censurer la loi ; ils détiennent, au mieux, celui d'en éviter la censure, ce qui est très différent. Ensuite, le renvoi au Conseil constitutionnel ne constitue en rien un pré-jugement, le Conseil constitutionnel, et la pratique le montre, ne se sentant aucunement lié par la décision de renvoi. Enfin, en sens inverse, le refus de transmettre la question ne vaut pas certificat de constitutionnalité ; il signifie seulement que, dans la présente affaire, les requérants n'ont pas réussi à convaincre le juge du caractère sérieux de leur argument.

En revanche, les propositions formulées par le vice-président Sauvé étaient particulièrement audacieuses puisqu'il estimait que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation devraient pouvoir accueillir de leur propre chef un moyen d'inconstitutionnalité. Ce n'est alors qu'en cas de difficulté sérieuse qu'ils devraient saisir le Conseil constitutionnel⁵².

Si la proposition de Jean-Marc Sauvé est restée isolée, elle témoigne cependant du chemin parcouru par certains membres du Conseil d'Etat depuis le refus initial exprimé par le commissaire du gouvernement Latournerie. Elle montre, ensuite et surtout, l'influence décisive qu'a eue l'introduction du contrôle de conventionalité sur la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité. Elle aurait pu la rendre inutile. Mais, au contraire, l'idée que la loi pouvait être désormais contrôlée par le juge administratif au regard des traités a rendu acceptable le fait qu'elle puisse être contrôlée également au regard de la Constitution.

⁵² J.-M. Sauvé, « Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République », *précité*.