

Les racines historiques du contrôle de constitutionnalité en France*

VIDA AZIMI**

La multiplication des Cours constitutionnelles en Europe, après la chute du mur de Berlin et dans le monde, en particulier sous la houlette de spécialistes français reconnus, participant à «l'ingénierie» de ces instances, laisserait penser à la nouveauté d'un contrôle né avec l'accession à la démocratie de ces pays. Le contrôle de constitutionnalité est ainsi devenu un «*must*» juridique, même s'il y a beaucoup à dire sur l'effectivité et l'efficacité des pratiques. Or, trois États se trouvent aux origines historiques de ce contrôle: les États-Unis d'Amérique, la France et l'Autriche pour l'époque plus proche. L'histoire a longtemps identifié la justice constitutionnelle avec la Cour Suprême des États-Unis. Tocqueville, dans *De la démocratie en Amérique*, se fait le laudateur du système américain:

Aucune des nations européennes n'a encore pensé que toute question judiciaire, quelle qu'en fut l'origine, pût être abandonnée aux juges de droit commun. En Amérique, on a mis cette théorie en pratique. La Cour suprême des États-Unis est le seul et unique tribunal de la nation.

Les pères fondateurs, notamment Hamilton dans le *Federalist*, en avaient donné les raisons et la décision de 1803, *Marbury v. Madison*, consacre la Cour Suprême, juge de la constitutionnalité des lois fédérales, avec pour fonction majeure l'interprétation de la Constitution. L'ensemble du continent américain suivit, avec plus ou moins de bonheur, l'influence américaine¹. Quant à l'Europe, «enfin Kelsen vint...», comme l'écrit Guillaume Drago. La République d'Autriche, se substituant à l'Empire austro-hongrois, donne l'opportunité au grand juriste Hans Kelsen de fonder les principes du «modèle kelsenien» de justice constitutionnelle, à l'origine de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (1920) (Drago 2001, pp.122 ss.),

* En 2006, l'Italie commémorait le cinquantenaire de la première décision de sa Cour constitutionnelle (Convegno «La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive», Università ROMA TRE, Roma, 14 et 15 juin 2006), ce qui fut pour moi l'occasion de présenter un «impromptu» sur les origines du contrôle de la constitutionnalité en France, brèves remarques servant de base à la présente contribution.

** CNRS/CERSA - Université Paris II.

imitée par la Tchékoslovaquie (1920) et par l'Espagne (1921), autant d'expériences mises en sommeil avec la montée du fascisme et du national-socialisme, remises à jour après la Seconde guerre mondiale. Entre ces deux grands archétypes, la France a aussi su manifester son originalité.

Les similitudes ne doivent point occulter les dissemblances des contextes culturels. La modernité ne doit point faire oublier l'ancienneté de ce type de contrôle. Aussi importe-t-il de retracer pour le modèle français, qui nous retient, les différentes étapes: 1° la première susceptible d'être qualifiée d'archéologique remontant à une époque sans constitution écrite; 2° la seconde moderne, datant de la Révolution française où le culte de la loi et le légicentrisme donnent lieu paradoxalement à des théories de contrôle de constitutionnalité des lois, annonçant déjà les débats ultérieurs sur la nécessité du contrôle et l'existence d'un organe spécialisé; 3° la troisième plus contemporaine, se situant entre négation et acceptation du contrôle de constitutionnalité, dans une dynamique de majoration du rôle du Conseil constitutionnel.

1. *L'archéologie du contrôle de constitutionnalité en France*

Certes, il ne s'agit point d'une «exception française». Le Professeur Mario Ascheri, dissertant sur les «précédents historiques» en Italie s'est référé à la période antérieure aux constitutions écrites, à la période médiévale qui a donné cours à la dialectique entre deux grandes sources du droit: le droit romain et le droit canonique, ce qui a soulevé la question de la conformi-

té de la législation à l'utilité publique et ultérieurement, au XVII^e siècle, suscité la défiance des politiques et des législateurs à l'égard des juges. Les mêmes phénomènes ont été observés en France.

Dans deux excellents articles, l'historien du droit François Saint-Bonnet commence à s'interroger sur «un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel», puis disserte sur le «parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle)» (Saint-Bonnet 2000; 2001).

1.1 Pour certains historiens du droit français, en l'absence du terme «constitution» dans notre vocabulaire politique, les questions constitutionnelles ne peuvent être étudiées qu'à partir des années 1750 et surtout à partir du «constitutionnalisme révolutionnaire». Seuls les Anglais, en raison de la spécificité de leur culture juridique peuvent s'estimer «héritiers d'une culture constitutionnelle médiévale» (Saint-Bonnet 2000, p. 7).

En France, l'Ancien régime, ignorant des mécanismes d'outre-manche, ne saurait être concerné. L'on s'attache certes aux lois fondamentales du royaume, sans en tirer toutes les possibilités d'approche constitutionnelle. Or la relation étroite entre la justice et l'action gouvernementale «fait la richesse du constitutionnalisme d'Ancien régime». Ainsi, Jean Bodin, tenu pour l'inventeur de la notion de la souveraineté moderne «considère que le pouvoir de faire et de casser la loi est la première prérogative du souverain», mais ce dernier «ne saurait se soustraire aux lois divines et naturelles».

Si Bodin, dans les *Six Livres de la République*, écarte l'idée d'une soumission du roi



Première séance de Louis XIV en son Parlement (18 de mai 1643), où il déclare la reine Anne d'Autriche, sa mère, Régent du Royaume (Paris, Bibliothèque Nationale).

à des procédures de consultation et de consentement des sujets et refuse qu'un corps puisse se prononcer, pire annuler ou casser la loi du souverain pour motif de non-conformité aux lois divines et naturelles, il reconnaît néanmoins qu'en matière de loi, rien ne vaut «un sage conseil», sagesse émanée de la justice et de la loyauté, autrement dit des vertus que nous prêtons de nos jours aux gardiens de la constitution. Bodin détecte ainsi, chez le roi, une «con-science» du bien profitable à la communauté. A ce titre, il appelle de ses vœux «le soutien de la justice», c'est-à-dire des magistrats. C'est par là que la monarchie diverge de la tyrannie:

Le roi doit obéir aux lois de la nature, c'est-à-dire gouverner ses sujets et guider ses actions par la justice naturelle, qui se voit et fait connaître aussi claire et luisante que la splendeur du soleil. C'est donc

la vraie marque de la monarchie royale quand le prince se rend doux, et ployable aux lois de nature qu'il désire ses sujets lui être obéissants.

[citations, *ibidem*, pp. 11-15].

Les conflits surgissent, à la mort de Louis XIV, qui traitait les parlements, cours souveraines, de cours «supérieures» pour bien signifier leur place dans la hiérarchie non écrite des normes. A partir de 1787, les cours parleront d'inconstitutionnalité et d'anticonstitutionnalité des lois royales, assoyant leurs remontrances sur «la raison» et non sur la seule conscience du roi, engageant un bras de fer, les faisant apparaître comme des contre-pouvoirs légitimes. Ainsi, «ils ont favorisé une conception de la constitution comme acte de volonté d'un souverain collectif, la nation, capable seul de dire, sur une base contractuelle, ce que sont les droits naturels qui

ne sauraient être aliénés ou prescrits à l'état social».

Et François Saint-Bonnet souligne, avec sagacité, l'hétérogénéité du droit constitutionnel fondée soit sur la conscience du roi, soit sur le droit politique. Il rappelle par là même l'évolution actuelle du contrôle de la constitutionnalité comme réponse à la crise de la représentativité. Son appréciation tombe, *in fine*, avec la rigueur d'un syllogisme: le droit constitutionnel a bien existé avant le droit constitutionnel énoncé et proclamé; sans un «avant», il ne pourrait y avoir un «après» ni «un futur», sauf à penser cette discipline comme «en voie de disparition» (Saint-Bonnet 2000, pp. 19 ss.).

1.2 Cette démonstration amène le même auteur à s'interroger sur la qualité de juge constitutionnel, du Parlement d'Ancien Régime du XVI^e au XVIII^e siècle. Les *Maximes du droit public* français de 1775 ont partagé les commentateurs. François Olivier-Martin est sceptique sur la vérification libre des Cours et leur participation à la puissance souveraine. Pour lui la doctrine des *Maximes* attribue aux Cours «un droit de veto absolu, ce qui, pour un constitutionnaliste moderne pourrait signifier une participation au pouvoir législatif»². Plus récemment, Jean-Louis Mestre évoque, quant à lui, sur le même texte, l'idée d'un contrôle de constitutionnalité³. La question qui se pose en l'occurrence est de savoir, s'il s'agit là d'un contre-pouvoir politique ou d'un organe réellement juridictionnel, apte à exercer, selon Montesquieu, «la faculté de statuer». Certes, il y eut un âpre conflit politique où les Parlements démontrèrent avant tout l'illégitimité de leurs préten-

tions. Néanmoins – F. Saint-Bonnet le rappelle avec finesse – il a existé sous l'Ancien Régime une «logique interne du gouvernement monarchique, et partant de la place qu'occupe la justice comme fonction et comme organe dans un État».

Pour comprendre les enjeux, il faut d'une part définir l'étendue du contrôle sur les Lettres relatives aux affaires d'État, dès le XIV^e siècle d'autre part sa systématisation au XVIII^e siècle, sans négliger le long règne personnel de Louis XIV. L'intérêt de l'étude ne relève pas d'un exercice d'érudition. Les techniques employées par les Cours souveraines pour «découvrir» des droits, l'extension de leur contrôle sur l'opportunité des actes royaux rappellent les développements actuels de la jurisprudence constitutionnelle au nom des «progrès de l'État de droit» et «de la démocratie». Il ne s'agit plus d'archéologie mais de prospective, révélant un juge en constant dépassement, créant la surprise pour nos gouvernants actuels⁴.

La Révolution française va à la fois mettre chacun à sa place et ouvrir des pistes de réflexion pour l'avenir.

2. La Révolution française: une prégnante généalogie

A priori, la Révolution française qui sacralise la loi ne pourrait nous apporter un éclairage pertinent sur l'objet qui nous occupe. Or pour l'historien du droit, Jean-Louis Mestre, le droit de veto royal peut se considérer comme une manière particulière de contrôle de constitutionnalité, le roi étant de par la constitution de 1791 l'un des représentants de la nation, au même titre

que le Corps législatif. Bien plus, le fameux «référé législatif» – dont le grand expert italien est l'historien constitutionnaliste du droit, Paolo Alvazzi del Frate, professeur à l'université ROMA TRE – pourrait laisser à penser que le monopole de l'interprétation de la loi étant réservé au législateur lui-même, l'interprète attitré pourrait, à l'occasion, s'ériger en «juge» de la constitutionnalité. Rappelons aussi la défiance du législateur à l'égard du pouvoir judiciaire et de ses velléités de sortir de son rôle, *stricto sensu*. La question mérite d'être posée, à défaut d'être dûment étayée.

La parenthèse sanglante de la Terreur et du Gouvernement révolutionnaire ne permet point de s'attarder à ces questions hautement techniques, juridiques et doctrinales. Advient alors le Directoire en 1795, année où pour la première fois l'on s'interroge franchement et publiquement sur la pertinence du contrôle de constitutionnalité. Le promoteur en est l'abbé Siéyès, le célébrité auteur de *Qu'est-ce que le Tiers-état?* (1789), ce constructeur «dément» de constitutions, selon l'appréciation de l'anglais Edmund Burke, inventeur d'une «jurie constitutionnaire». L'idée pourtant discutable ne manquera pas d'influencer l'Italie, notamment lors du «*triennio giacobino* 1796-1799».

2.1 Siéyès, l'ancêtre des cours constitutionnelles modernes? Le projet de Siéyès, présenté à la Convention nationale, en Thermidor an III, lors de l'élaboration de la constitution de 1795, préfigure, pour la plupart des auteurs les instances actuelles de contrôle de constitutionnalité. Souvent qualifié de «chimérique», le génie de Siéyès semble incontesté, mais au moment où il présente ce projet

si particulier, même ses plus grands amis et admirateurs «paraissent avoir baissé les bras, saisis par la perplexité. Il est manifeste que la cohérence du système d'attributions prêté à la nouvelle institution leur a échappé» (Gauchet 1995, p. 178).

Siéyès est en avance sur son temps, mais comme le rappelle Michel Troper⁵, il n'est ni «l'inventeur de cette institution», existant déjà sous une autre appellation aux États-Unis, ni «le premier à avoir eu l'idée de l'adapter en France». L'inspiration vient de la constitution de Pennsylvanie, bien antérieure à la Révolution française.

Les précédents le sont aussi: en 1792, en France cette fois, le député Kersaint, proche des Girondins et relayé par Siéyès lui-même, propose la création d'un «tribunal de censeurs» chargés «de conserver les formes et les règles du gouvernement, avec le droit d'en appeler au peuple, si les pouvoirs délégués» sortaient de «leurs limites». L'accent est déjà napoléonien voire gaullien et rappelle ce fameux pouvoir reconnu par certains constitutionnalistes du XIX^e siècle comme «le pouvoir électoral» que nous avons appelé dans la doctrine d'un constitutionnaliste tombé dans l'oubli, Joseph Ortolan⁶. Dans le projet de Condorcet, l'action populaire réclamant l'abrogation d'une loi était qualifiée de «censure du peuple». Dans l'esprit des constituants de l'an III, le bicamérisme offre les garanties nécessaires pour la sauvegarde de la constitution, d'où la défaite du projet de «jurie» de Siéyès.

Revenons en quelques mots sur ce jury de Siéyès qui découle naturellement de sa conception de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. La définition de cette institution se décline en trois propositions: 1^o Le jury, même fran-

cisé «jury», n'est pas une juridiction constitutionnelle. Il rend des décisions semblables à des arrêts d'un tribunal de cassation sur les atteintes faites à la constitution. D'ailleurs ce «jury de cassation» n'englobe pas toutes les violations possibles de la constitution. 2° C'est aussi un «jury de proposition», à des fins de révision constitutionnelle. 3° Enfin, c'est un «jury d'équité naturelle», inspiré de la *Common Law* britannique, en conséquence aux antipodes des postulats de base révolutionnaires. D'où l'insuccès du projet et le refus des Constituants de l'an III. Sieyès reformulera ses idées sous le Consulat et l'Empire. Entre-temps, il a participé à la naissance de l'idée moderne de contrôle de constitutionnalité en Italie.

2.2 *Naissance ou co-naissance de la théorie moderne du contrôle de constitutionnalité en Italie*⁷. La constitution thermidorienne de l'an III (1795) a eu une influence déterminante pour la politisation des élites italiennes, grâce à des juristes et historiens italiens qui ont analysé le «*triennio giacobino 1796-1799*», mais surtout à la faveur de l'application de cette constitution à des cadres territoriaux tels que Bologne, les Républiques cispadane, cisalpine, romaine, napolitaine et de Lucques. C'est le produit le plus raffiné et le plus problématique du «constructivisme révolutionnaire» français qui se trouve ainsi introduit en Italie. Carlo Ghisalberti, historien du droit à l'Université La Sapienza de Rome, a été un des rares à se pencher sur ce sujet complexe, en particulier sur *La Costituzione «giacobina» (1796-1799)*, en dirigeant l'attention des juristes italiens sur une originalité de la réflexion constitutionnelle ita-

lienne au temps du Directoire, à savoir le projet d'Éphorat conçu par Pagano pour la constitution napolitaine de 1797, projet retrouvé et évoqué par l'historien-philosophe français, Marcel Gauchet.

Pagano considérait les Ephores comme des «gardes» de la constitution, un peu «juges», mais dans une logique héritée de l'Antiquité, plutôt comme «une magistrature de sages», bien plus qu'une cour constitutionnelle moderne. A ce titre, il rivalise avec l'abbé Siéyès, en acolyte italien, précurseur d'une institution de «garde» de la constitution et d'une technique inédite de garanties des droits constitutionnels. Siéyès et Pagano échouent, à l'instar de tous les utopistes.

Si les racines du contrôle de constitutionnalité sont lointaines, l'enracinement met longtemps à se désirer et à se réaliser, sur un terrain toujours mouvant. En France, il faut attendre la V^{ème} République pour voir la création d'un organe propre destiné à cet effet, et la décision du 16 juillet 1971 (Liberté d'association) qui constituerait pour notre pays une espèce de l'arrêt *Marbury V. Madison*, donnant la véritable impulsion à la vie constitutionnelle française. «Un contrôle impossible: avant 1958», telle est l'opinion du constitutionnaliste Didier Maus⁸. L'expérience des deux Empires napoléoniens dont les constitutions ont accordé au Sénat conservateur des compétences en matière de contrôle de constitutionnalité ont été assez désastreuses, par la servilité des dits Sénats, pour ne pas servir de précédents probants. Les Républiques qui ont suivi sont restées circonspectes sur cette matière délicate et la jurisprudence judiciaire et administrative s'est refusé à ce type d'examen. La question revient au devant de la

scène après la Seconde guerre mondiale avec la création d'un très «pâle» et «inefficace» comité constitutionnel par la constitution de 1946. La constante est la défiance envers ce type de justice et la question récurrente celle de savoir: Qui gardera les gardiens?

Didier Maus résume la situation «de 1789 à 1958» comme «une montée en puissance régulière et progressive, certes très lente», mais faisant à la longue du Conseil constitutionnel l'interprète-créditeur du droit (Maus 2003, pp. 744 ss.). Reste que la création de juridictions spéciales à vocation générale et aux décisions supérieures aux décisions nationales, par l'Union européenne et la Convention des droits de l'homme, rétrécit indubitablement la marge de manœuvre du juge constitutionnel interne. Pour reprendre la formule de Guillaume Drago, «aux yeux du justiciable, le juge constitutionnel n'est plus l'unique et ultime référence. Le gardien des droits fondamentaux est à Strasbourg ou à Luxembourg» (Drago 2001, p. 128), plutôt qu'à Paris, Rue Montpensier. Dans la même ligne de pensée, le réalisme en moins, se fait jour chez le constitutionnaliste Dominique Rousseau, la «notion d'un patrimoine constitutionnel européen» (Rousseau 1999). Il constate la convergence des constitutions européennes et à partir de là soulève l'hypothèse d'un héritage, «bric-à-brac» selon lui, philosophiquement contesté, soumis à des variations culturelles, et pourtant adhérent à un même thème musical commun, celui des droits de l'homme, avec pour motif fédérateur en majeur des droits fondamentaux démocratiques (et des élections libres et pluralistes). En dépit des divergences, il croit à ce «patrimoine constitutionnel

commun», comme le creuset de l'identité européenne, une espèce de toit juridique pour une famille européenne retrouvée et réunie. Pauvre Sieyès! Dire qu'on le trouvait chimérique!

Que le scepticisme soit permis à un esprit mal-pensant. A l'heure où l'Europe des pères fondateurs prend eau de toutes parts, au moment où l'ingénierie constitutionnelle – un barbarisme en soi – ne saurait contenir les forts attachements nationaux et encore moins servir de philosophie politique, il me prend de songer à Paul Valéry, dans un texte publié en 1928, dans le «New York Herald Tribune» où cherchant à sensibiliser les Américains à l'idée d'Europe, il parlait de son propre cheminement intellectuel: «Je n'avais jamais songé jusqu'alors qu'il existât véritablement une Europe. Ce nom ne m'était qu'un nom purement géographique, sans aucune signification pour ma sensibilité. Je me sentais français, je me sentais humain, je ne me trouvais aucun sentiment intermédiaire» (Valéry 1945). Et le même de mettre en garde nos «intellectuels», dans le même ouvrage: «Être *ancillae scientiae* ne vaut pas mieux [...] que d'être *ancillae theologiae*». A bon entendeur salut, sauf à ceux qui aimeraient se perdre en *Rêveries politiques*, à la façon peu fructueuse d'un Louis-Napoléon.

Les donnees ont changé en Europe comme en France. L'élargissement européen ne pourrait faire abstraction de profonds attachements nationaux, signes manifestes de constitutions non plus politiques mais «sociales», fruits de l'histoire, expliquant les réticences à se fondre dans une fratrie – fraticide? – européenne. Paradoxalement, l'impuissance des politiques de tous les États européens, désarmés, a contribué à une majoration du rôle

des Cours constitutionnelles appelées à dire et à affirmer ce que les gouvernements et les parlements omettent de formuler, à s'ériger en arbitres des tensions et des passions. Ce dessaisissement volontaire et pragmatique au profit des contrôleurs remet à l'ordre du jour la sempiternelle question de la légitimité toujours discutée des juges constitutionnels. Il se révèle aussi, à nos yeux, comme un délitement démocratique et représentatif.

En France, le refus sans appel du peuple français du traité constitutionnel européen, par référendum, n'est pas qu'un signe de quelque «mal français» mal diagnostiqué mais celui d'un malaise continental beaucoup plus profond. Par ailleurs, la configuration de l'actuel Conseil constitutionnel et surtout celle qui sera sienne, après les élections présidentielles de printemps 2007, laissent place à l'inconnu et aux surprises. Pour la première fois, deux ex-présidents de la République seront membres de droit du Conseil. Siègeront-ils ou non? C'est leur droit, mais s'ils demeurent présents sur la scène du contrôle de constitutionnalité et compte tenu de leurs grandes expériences respectives, l'on peut s'attendre à des changements. De même que la féminisation du Conseil en a transformé la physionomie. Le futur nous dira peut-être si l'esprit de «cour» constitutionnelle l'emportera sur

le «cours» des esprits. Quant aux racines, gare aux dépotements mal conçus...

Bibliografia

- Aux origines du contrôle de la constitutionnalité*, sous la dir. de D. Chagnollaud, Paris, Panthéon-Assas, 2003;
 Drago (G.), *Justice constitutionnelle*, «Droits», 34, 2001, p. 119-120;
 Gauchet (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995;
 Mannoni (S.), *L'influence de la Constitution de l'an III en Italie*, in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, EUD, 1998, pp. 393-395;
 Maus (D.), *La naissance du contrôle de constitutionnalité en France*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 713 ss.;
Mélanges Pierre Avril. La République, Paris, Montchrestien, 2001;
 Rousseau (D.), *La notion d'un patrimoine constitutionnel européen*, in *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 27 ss;
 Saint-Bonnet (F.), *Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel?*, «Droits», 32, 2000, pp. 7 ss;
 — *Le Parlement, juge constitutionnel (XVIIe-XVIIIe siècle)*, «Droits», 34, 2001, pp. 177 ss.;
 Troper (M.), *Sieyès et le jury constitutionnaire*, in *Mélanges Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 265 ss.;
 Valéry (P.), *Regards sur le Monde actuel et autres essais*, 37^a ed., Paris, Gallimard, 1945;
 Zoller (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2001.

¹ Drago 2001, pp. 119 ss. Sur les États-Unis, voir aussi Zoller 2001.

² F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, rééd. Loysel, 1988, pp. 308-309, cité par Saint-Bonnet 2001, p. 177.

³ J.-L. Mestre, «L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775)», in *État et pouvoir*.

L'idée européenne, PU d'Aix-Marseille, 1992, pp. 21 ss. Cité *ibidem*, p. 177.

⁴ Pour l'analyse détaillée de ces questions, voir Saint-Bonnet 2001.

⁵ Sur le jury constitutionnaire de Sieyès proprement dit, voir en particulier les développements sagaces de Troper 2001, pp. 265 ss.

⁶ Voir mon article sur Ortolan, in *Mélanges Pierre Avril*, pp. 143-166. C'est moi qui souligne.

⁷ Voir à ce propos, Mannoni 1998, pp. 393 ss.

⁸ Maus 2003. Il s'agit du travail le plus complet sur l'historique, l'actualité et les doctrines du contrôle de constitutionnalité en France.