

N° anonymat :

N° 1 1 7 5

SESSION : 2022-23

ÉPREUVE : Dissertation

Nombre total d'intercalaires :
(ne pas compter cette copie)

2

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

L'examen judiciaire de la loi.

"Les juges ne doivent être que les bouches de la loi"¹ affirmait le baron et juriste Montesquieu. Les Parlements de l'Ancien régime ont marqué les esprits des révolutionnaires qui ont hissé la loi, "expression de la volonté générale"² tel qu'ils l'ont affirmé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sur un piédestal.
C'est le début du règne de la Loi qui prenait alors une majuscule.

Depuis, deux conceptions de la loi coexistent ; l'une, la loi désigne toute règle de droit, toute norme relevant du bloc de légalité. Stricto sensu, in abstracto, la loi ordinaire désigne toute norme adoptée par le Parlement et intercalée entre les actes réglementaires et la Constitution de 1958 au sein de la hiérarchie Kelsenienne des normes. Pour autant, il existe d'autres types de lois telles que les lois constitutionnelles, organiques, de programmation etc, qui ont des valeurs juridiques différentes. Afin de s'assurer que cette pyramide de normes "tienne toujours debout" selon l'expression du juriste Michel Troper,

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

des contrôles de conformité ou de compatibilité de la norme inférieure à la norme supérieure sont exigées et réalisées par des juges. Pour autant, cet examen de la loi, ie, ce contrôle de validité par rapport à une norme de référence ou un attendu, peut n'être pas effectué par des juridictions. En effet, il peut exister un examen politique, médiatique voire administratif de la loi par d'autres instances. Il en est ainsi de la Cour des comptes et l'égard des lois de finances. Il en est également ainsi par le Conseil d'Etat à l'occasion de ses avis rendus sur des projets ou propositions de loi. Un examen judiciaire est apparu comme une nécessité afin d'assurer la cohérence du système juridique dès lors que ces juridictions ont la faculté d'annuler leur examen d'une sanction ayant une portée erga omnes (censure) ou inter partes (mise à l'écart).

De plus, ces examens judiciaires se sont accrus avec le mouvement de constitutionnalisation et de conventionnalisation du droit, id est (ie), de réchauffement à un échelon supérieur de nombreuses normes. Ainsi, inéluctablement, le législativisme volontariste a été suppléant par un constitutionnalisme qui a entraîné, quoiqu'il en soit, une désactivation de la loi et une banalisation de son contrôle. À cet égard, le récent rapport de la mission d'information du Sénat sur la Judiciarisation de la vie publique est tout à fait

éloquent et met en exergue un sentiment des parlementaires ^{d'affaiblissement} rôle leur pensée face, notamment, aux recours constants à la voie juridictionnelle-administrative, constitutionnelle et européenne.

Ainsi, dans quelles mesures cet approfondissement et cet approfondissement de l'examen juridictionnel de la loi, garantissant l'expression de la volonté générale, s'est fait afin d'affermir l'état de droit (entendu comme la situation dans laquelle les droits de chacun et de tous sont au mieux garantis et conciliés)?

L'examen juridictionnel de la loi a été indéniablement élargi et approfondi afin de garantir, in fine, l'état de droit (I). Toutefois, ces systèmes de contrôle juridictionnel, au vu de leur maturation, doivent surmonter les critiques tenant notamment à un déséquilibre des pouvoirs (II).

I) Un élargissement et un approfondissement constant de l'examen juridictionnel de la loi afin de garantir l'état de droit

Si ab initio la Constitution de 1958 n'avait institué qu'un contrôle de constitutionnalité de la loi ; celui-ci, en même temps qu'il s'est affiné (A) a été doublé d'un examen juridictionnel de la conventionnalité de la loi (B).

A) L'élargissement et l'affinement constant du contrôle de constitutionnalité de la loi

Le rôle de contrôler la constitutionnalité de la

la renvoie par nature au Conseil constitutionnel (article 61 de la Constitution), inscrite par ailleurs à cette fin en 1958 dans le cadre d'une saisie a priori.

Cependant, et alors même que la saisie du Conseil avait été ouverte à 60 députés ou sénateurs en 1976, le contrôle effectif était essentiellement formel quant à la régularité de la procédure suivie dans l'adoption de la loi. En effet, ce contrôle n'est devenu véritablement substantiel qu'en 1971 à la suite de la création des "Sec. de constitutionnalité" selon l'expression de L. Favoreu (DC, CC, 19 juillet 1971, Liberté d'association).

Depuis lors, l'examen de la conformité des lois est examiné au regard de l'ensemble des règles et principes à valeur constitutionnelle contenus dans la Déclaration de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, la Charte de l'Environnement, les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les Objets, à valeur constitutionnelle.

De la sorte, le juge constitutionnel peut être porté à contrôler la qualité de la loi dans sa rédaction (DC, CC, 1989, sur l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi) ; l'intégrité de la même et l'absence de cavaliers ou de neutrons législatifs (notamment dans les lois de finances ou les lois de programmation). Plus encore, le Conseil veille à l'absence de méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence définie à l'article 34 (DC, CC, 1975, sur péage des formations à caractère ou matière pénale).

Outre ce contrôle a priori, le constituant de 2008 a offert à chaque justiciable un outil puissant de contrôle de constitutionnalité des lois, a posteriori, dans le cadre de leur litige, en posant une question préalable de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution). Ce mécanisme, destiné d'abord à

N° 1175

rapprocher la Constitution des citoyens, permet en outre au Conseil de censurer une disposition législative qui, in concreto, méconnaîtrait un droit ou liberté constitutionnellement garanti. Le faisant, le Conseil constitutionnel affirme lui-même que la "loi respecte la volonté générale que dans le respect de la Constitution" (CC, 28 2012, notamment). A cette fin, le Conseil constitutionnel s'est doté des atouts d'une juridiction qui ne lui étaient pas nécessairement destinés par les textes (formation collégiale, formalisme de la décision, motivation, publicité des audiences, structure de l'audience avec avocats des deux parties etc...).

Enfin, bien que les juridictions administratives et judiciaires ne soient pas destinées, initialement à exercer ce contrôle de constitutionnalité, et se réfugient dès lors derrière la théorie de la loi éternelle pour le Conseil d'Etat peu justifié de leur incompétence, la mécanique de question prioritaire de constitutionnalité continue à faire d'eux, encore, des juges contrôlant la constitutionnalité et une loi lorsqu'ils émettent une question comme dépourvue de nouveauté ou de caractère sérieux.

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité de la loi connaît aujourd'hui un sursaut - dû en outre à son rapide développement sous l'acton du Conseil constitutionnel, en consacrant des droits et libertés au sens de l'article 81-1 par exemple - qui permet in fine, d'amener le respect de l'Etat de droit. Plus encore, ce contrôle s'est doublé d'un examen judiciaire de la constitutionnalité de la loi (13).

3) d'ouverture et la garantie d'un contrôle de conventionnalité de la loi efficace

À mesure que le nombre d'engagements internationaux de la France s'accroissait, un contrôle de conventionnalité de la loi devenait de plus en plus nécessaire.

C'est d'abord, il n'y a lieu de réaliser ce contrôle que tant que la loi est effectivement contrainte de respecter ces normes de droit international, qu'une fois qu'elle est été intégrée au système juridique français en vertu des articles 54 et 55 de la Constitution. Ensuite, ces normes ne peuvent être appliquées et interprétées que tant qu'elles ont un effet direct ie, qu'elles sont régulièrement insérées dans l'ordre interne, n'ont pas pour objet de régir exclusivement les relations entre États et ont pour objet de régler des droits individuels et précis aux particuliers (CE 1912, GISTI). De ce fait les justiciables peuvent s'en prévaloir, une éventuelle incompatibilité avec une loi nationale doit être constatée. Cet impératif est encore plus prégnant à l'égard du droit de l'Union européenne qui s'impose sa primauté et son effet direct (CJCE, 1964, Costa c. ENEL ; CJCE, 1966, Van Gend & Loos ; CJCE 1976, Van Duyn).

À cet égard, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent (DC CC, 1978, Gravier dite "IVG"). Aussi, la Cour de cassation et le Conseil d'État se sont successivement reconnus compétents afin d'effectuer ce contrôle de conventionnalité (CE cassation, 1978 France ; CE 1989, Nicola). Le judiciaire peut ainsi souligner l'inconventionnalité d'une loi devant les préteurs des juges de droit commun du droit de l'Union européenne (CJCE, 1978, Simmenthal). Toutefois, la Cour de

Justice de l'Union européenne conserve le monopole de l'interprétation des traités ; les juridictions peuvent et doivent donc lui renvoyer une question préjudicielle en présence d'une difficulté sérieuse (article 267 TFEU) ; sauf acte clair (CE, 1982, Société des Pétales Shell, Sive).
De même, les juridictions ont la faculté de formuler des demandes d'aide auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme afin d'apprécier la conventionnalité de la loi, selon un rapport de compatibilité (Protocole No. 16, EA: auis Tammenon 2018)

Sous l'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, les Etats sont conduits à faire évoluer leur législation. En effet, le JF administratif, notamment, sanctionne la méconnaissance, la transposition incomplète des directives, européennes ou avec retard (CE 1992, Stijnema Tobacco Product ; CE 2010 Bleitrock à propos du retard à mettre en œuvre une loi de transposition). De même, désormais les lois dites de validation sont encadrées (CE 2014, 2015, Zilinski et Prada c. France). Ainsi, bien que la Constitution ayant un régime dualiste (deux ordres juridiques) les JF français assurent la compatibilité de la loi avec les engagements internationaux de la loi (ex affaire de Grande Synthèse, à l'égard de l'Accord de Paris).

Il résulte de l'exercice de ces 2 contrôles, de constater la conventionnalité et de conventionnalité de la loi qui ont été étendus et adaptés selon les nécessités que le respect de l'Etat de droit, et savoir la garantie des droits collectifs et individuels dans une société, par son Etat, est assurée. Estimer que la censure de la loi pour la lutte contre la haine en ligne sous plus de cinq motifs d'inconstitutionnalité (2021). Toutefois, ce recours coïncidant avec juridictions double

d'un avancement de leurs pouvoirs et d'un perfectionnement de leurs outils de contrôle fait connaître, à certaines occasions, un déséquilibre entre le pouvoir législatif et les autorités judiciaires (II).

II) La maturation des mécanismes de contrôle judiciaire de la loi source de fiction et soulevant la critique du "gouvernement des juges"

L'emprunt de ces voies de contrôle judiciaire de la loi a amplement contribué à un renforcement et une garantie des droits et libertés mais n'est pas exempté de la critique d'un "gouvernement des juges" pour reprendre l'expression d'Edouard Lambert (1821, aux États-Unis) (A). En outre, la disparition et la disparition de ces différentes voies de recours peut entraîner certaines fictions (B).

A) L'examen judiciaire des lois sous le principe de la critique d'un "gouvernement des juges"

Il a pu arriver que le juge administratif se prononce contra legem lorsqu'il fait application de la loi. Et ce fut ainsi lors de la consécration du recours en cas de pouvoir (CE 1950, Dame Lamotte) ou dans le cadre de son contrôle de proportionnalité effective en matière d'incrimination post-mortem (CE, 2016, Gonzalez-Gomez). En outre, certaines pratiques d'interprétation audacieuses des juges, notamment lors d'une interprétation neutralisante ou constructive de la loi par le juge administratif ou par les révisions d'interprétation du Conseil constitutionnel, peuvent susciter les critiques d'un juge qui ne serait pas que la bouche de la loi.

Pourtant, ces juges n'apparaissent pas naturellement dans leur office. En effet, conformément à la prohibition des amitiés de règlement (art 5 du Code civil), ils ne statuent que sur des litiges d'espèce. En effet, le législateur peut toujours revenir sur un précédent de principe ou même une jurisprudence (affaire Pennane 2001 - Loi Kouchner 2002) (régime du juge administratif). Le juge constitutionnel a pu valider successivement les lois de nationalisation en 1982 puis celles de privatisation en 1986. Enfin, ces juges ne peuvent pas s'autoriser et sans limites, le cas échéant, au cadre de leur saisième ; ne pouvant statuer ni infra petita, ni ultra petita.

En outre, le juge veille à ne pas dénigrer l'action du législateur lorsqu'il conclut à l'inconstitutionnalité (CE 2019, Sté Paris (Lidly)) ou l'incanvenientialité d'une loi (CE 2007, Gaudedieu) en engageant la responsabilité de l'État sur un fondement qui γενεϊς qui n'est pas la responsabilité sans faute, (sauf régime du droit de l'Union européenne - CE 1992, Sté Tuzon Tobacco Product) si la responsabilité sans faute qui ne serait pas socialement acceptée.

Pour toutes ces raisons, et alors même que le recours au juge devient une caractéristique de notre société qui se "judicialise", il apparaît, pour reprendre les mots de R. Badinter que "s'il y a tout à craindre d'un gouvernement des juges, il y a davantage à craindre d'un gouvernement sans juge ?" Ce faisant, la nécessité d'un examen juridictionnel de la loi apparaît évident. Toutefois, le développement et l'usage des voies de recours ouvertes peut être source de friction (B).

B) La mise à l'épreuve des mécanismes d'accès judiciaire de la loi ; victimes de leurs succès

L'impact de ces voies de recours par les justicielles exige tout d'abord une réorganisation interne des juridictions ; en témoignent l'émergence de l'enjeu d'une "bonne administration de la justice". Ainsi, cette réorganisation a pu se traduire par un examen plus strict des conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité avant sa transmission au Conseil constitutionnel. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a mis en place des formations de premier plus restreintes depuis 1997 afin de faire face à l'afflux de contentieux (la formation plénière étant de principe). Cette réorganisation se manifeste également par la pratique des circuits pilotes pour faire face à des questions en série (CEOH, 2006, *Prograwski c. Pologne*).

En outre, l'ouverture concurrente de la question préjudicielle de constitutionnalité et de la question préjudicielle, alors même que la Constitution est affirmée être au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne (CE 1992, *Savon*) et que le droit de l'Union européenne est régi par les principes de primauté et d'effectivité, est source de friction dans l'hypothèse d'un doute quant à la constitutionnalité et la conventionnalité. La Cour de cassation a ainsi posé une question préjudicielle à la CJUE (CCO, 2010, *Relki et Abdeli*), à laquelle celle-ci a répondu en s'appuyant sur l'articulation posée par le Conseil d'Etat (CE 2010 *Rujovic*) et le Conseil constitutionnel (CC 2010, *de relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux en ligne et de hasard*). Ainsi, la juge du fond doit

transmettre sans délai la question précise de constitutionnalité ; toutefois en cas de violation d'un droit garanti par la Constitution, il lui appartient de formuler une question juridictionnelle, simultanément le cas échéant (en dérogation au principe selon lequel il doit recevoir sa solution pendant 3 mois, s'il y a lieu). La friction entre les deux mécanismes d'examen juridictionnel de la loi est donc désormais résolue dans cette articulation.

Enfin, le principe de légalité, au fondement de ces contrôles de constitutionnalité et de conformité de la loi, doit parfois être concilié avec d'autres, notamment le principe de sécurité juridique (CE 2006, KPTG). Ce faisant, il peut arriver que le Conseil constitutionnel diffère les effets d'une décision de censure afin que le législateur adopte des mesures transitoires (ex: en cas de censure d'une taxe votée). Le cas échéant, le Conseil d'Etat, différenciera également les effets de sa décision.

* * *

Il apparaît donc que le contrôle approfondi que peuvent effectuer les différents juges, au sein des juridictions, est propre à assurer la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi ; le juge administratif, en outre, exerce son plein effet dans l'application et l'interprétation qui en sont données. Il apparaît ainsi, s'agissant du juge administratif, comme le "ministre fidèle de la loi" selon l'expression du vice-président du Conseil d'Etat, M. Didier Roland Gouteau.