

N° anonymat :  <b>N° 1 2 3 6</b>	SESSION : <u>2023</u> ÉPREUVE : <u>Dissertation</u>  Nombre total d'intercalaires : <span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">3</span> <small>(ne pas compter cette copie)</small>
Note sur 20 :  Coefficient :  Note définitive :	<u>Sujet</u> : l'examen juridictionnel de la loi
Ne rien inscrire dans cet emplacement	<p>À la suite de deux décisions du Conseil Constitutionnel intervenues en 2020 (notamment <u>CC, 2020, Association Force 5</u>), le Conseil d'État est venu préciser les modalités du contrôle juridictionnel des ordonnances prises par le gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution : s'il reste compétent pour connaître du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance non ratifiée après l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions d'une telle ordonnance entrant dans le domaine de la loi ne peuvent être contestées au regard des droits et libertés protégés par la Constitution qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1 de la Constitution).</p> <p>Tirant les conséquences de cette jurisprudence, le Conseil d'État a récemment jugé que lorsque le Conseil Constitutionnel déclarait inconstitutionnelles de telles dispositions sans moduler l'entrée en vigueur de cette déclaration et en la rendant applicable à toutes les affaires non encore jugées, le Conseil d'État, saisi de conclusions en ce sens, devait prononcer l'annulation des dispositions de l'ordonnance non ratifiée.</p>

soumise à son contrôle, ainsi déclarées inconstitutionnelles. Le cheminement jurisprudentiel exposé ici montre toute la complexité de l'organisation de l'examen juridictionnel de dispositions de nature législative, entendu comme le contrôle opéré par les juges de la juridiction de la validité de normes (en l'occurrence, la loi).

Sous la V<sup>e</sup> République, la loi peut être définie de manière organique comme le texte voté par le Parlement (art. 24 de la Constitution). D'un point de vue matériel, la loi est le texte qui intervient dans l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution (libertés publiques, création d'une catégorie d'établissement public, etc.). De multiples normes de nature législative existent en réalité : loi constitutionnelle, loi organique, loi référendaire, loi ordinaire, loi de pays de la Nouvelle-Calédonie, ordonnances ratifiées de l'article 38 de la Constitution, etc.

Plus simplement, à la révolution française, la loi se voulait être l'expression de la volonté générale. À ce titre, elle était la norme suprême et la séparation des pouvoirs commandait aux juges d'être de simples "bouches" de la loi.

(Montesquieu), et d'appliquer, sans interroger, cette volonté générale telle qu'elle est exprimée par les représentants de la Nation. Tout regard critique du juge sur la loi était proscrit : ainsi, dès 1836, le Conseil d'État exprima l'impossibilité pour le juge de contrôler la conformité d'un acte administratif pris en application d'une loi à la Constitution car cela reviendrait indirectement à apprécier la conformité de la loi elle-même à cette norme (Ct, 1836, bien Arrighi). Notons cependant que si l'examen juridictionnel des lois est donc, à ce moment, inexistant, le juge administratif n'ignore pas la loi puisqu'il se doit de l'examiner et de l'interpréter en tant que juge de la légalité des actes administratifs (il doit par exemple relever d'office le moyen tiré de la violation du champ d'application de la loi).

À l'inverse, des examens non juridictionnels de la loi, compris ainsi comme non opérés par un juge, pouvaient exister : par exemple, en amont, le Conseil d'État a toujours pu être consulté pour rendre un avis en légalité et en opportunité à propos d'un projet de loi.

Au fil du temps, la suprématie et "l'immuabilité" de la loi ont été ébranlées.

D'une part, la V<sup>e</sup> République a entériné l'infériorité de la loi aux traités et conventions internationaux régulièrement incorporés dans l'ordre juridique français et appliqués de manière réciproques (art. 55 de la Constitution). Par ailleurs, elle a institué le Conseil Constitutionnel, juge de la Constitution et acteur d'un contrôle de constitutionnalité a priori des lois. Le phénomène de constitutionnalisation du droit et l'essor des normes internationales ont contribué

à insérer la loi au centre d'un réseau et non plus au sommet d'une hiérarchie.

D'autre part, la qualité de la loi s'est dégradée avec l'augmentation de lois incantatoires, dépourvues de toute portée normative, ou encore de lois "fleurées". Symboliquement, son autorité s'en est trouvée amoindrie, facilitant sa remise en question.

La "chute" de la loi a ainsi ouvert la voie au développement d'un examen juridictionnel de celle-ci : si les actes administratifs sont soumis à un contrôle de légalité exercé par le juge administratif, la loi serait soumise à un contrôle de juridicité opéré par des juges analysant sa conformité aux normes qui lui sont supérieures.

L'essor de l'examen juridictionnel de la loi interroge toutefois la séparation des pouvoirs : des critiques relatives au "gouvernement des juges" ont émergé puisque ceux-ci peuvent censurer ou écarter l'application d'une loi votée par les élus de la Nation en raison de son incompatibilité avec des normes, certes, juridiquement supérieures, mais "ne jouissant pas" de la même légitimité politique.

L'examen juridictionnel de la loi constitue cependant une composante fondamentale de l'État de droit et une garantie contre l'arbitraire de l'action des pouvoirs publics et contre les violations potentielles des droits et libertés fondamentaux.

L'examen juridictionnel de la loi, nécessité démocratique, s'est donc développé afin d'assurer l'exercice effectif des droits des citoyens tout en connaissant des limites inhérentes au statut et à l'office des juges divers intervenant dans le processus.

La construction naturelle d'un examen juridictionnel de la loi opéré par les juges constitutionnel et supra-nationaux (I) s'est accompagnée du développement extraordinaire d'un examen juridictionnel de la loi assuré par les juges nationaux ordinaires, en particulier par le juge administratif (II).

### I. La construction naturelle d'un examen juridictionnel de la loi opéré par les juges constitutionnel et supra-nationaux

L'affirmation de l'infériorité de la loi à la Constitution et aux textes internationaux a logiquement conduit à confier aux juges naturels de ces normes un contrôle de la conformité de la loi à ces dernières. Toutefois, si le contrôle de constitutionnalité de la loi opéré par le Conseil Constitutionnel s'est renforcé et approfondi tout au long de la IV<sup>e</sup> République (A), le contrôle de conventionnalité assuré par la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) et par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est resté plus limité en raison des pouvoirs et de l'office de ces deux juridictions (B).

## Ⓐ Le contrôle de constitutionnalité approfondi opéré par le Conseil Constitutionnel

Sous la V<sup>e</sup> République, le Conseil Constitutionnel joue le rôle de juge de la constitutionnalité de la loi.

Historiquement, son examen juridictionnel est réalisé "a priori", c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Dans ce cadre, le Conseil Constitutionnel n'a eu de cesse d'approfondir son contrôle. Tout d'abord, il a augmenté le nombre de ses normes de référence en consacrant la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution, composé de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (1789), du préambule de la Constitution de 1946, et, depuis 2005, de la Charte de l'Environnement (DC, 1971, liberté d'association). Il n'est donc plus seulement juge de la régularité de la procédure législative au regard du texte du 4 octobre 1958, mais également de la conformité du contenu des lois aux droits et libertés inscrits dans les textes riches du préambule et, au-delà, aux principes et objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par sa jurisprudence (par exemple, le principe à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement dégagé en 2021). Ensuite, l'efficacité de son contrôle a priori a été renforcée par l'ouverture de son accès : depuis 1974, 60 députés ou sénateurs peuvent le saisir afin qu'il exerce son contrôle, saisine auparavant réservée au président de la République, au premier ministre et aux présidents des deux assemblées. Enfin, on peut noter que le Conseil jouit de pouvoirs étendus : il peut certes rejeter la saisine ou déclarer l'inconstitutionnalité de la loi, mais il peut également prononcer une non-conformité partielle ou une conformité sous réserve

d'interprétations. Le Conseil Constitutionnel n'est donc pas qu'une simple "gomme" mais également un "crayon" (G. Vedel).

Par ailleurs, le contrôle a priori du Conseil s'est récemment doublé par un contrôle "a posteriori". La révision constitutionnelle de 2008 a créé un article 61-1 instituant la question prioritaire de constitutionnalité. Tout justiciable peut désormais contester, dans un mémoire distinct au cours d'un procès, la constitutionnalité d'une loi applicable au litige auquel il est partie ou qui constitue la fondement des poursuites. La question prioritaire de constitutionnalité ainsi soulevée est susceptible d'être transmise au Conseil Constitutionnel (sous réserve de traverser les "filtres" que nous développerons plus tard) qui pourra ainsi déclarer inconstitutionnelle une loi déjà promulguée. Un tel examen judiciaire de la loi en aval certes, compromet la sécurité juridique mais garantit la protection des droits et libertés des justiciables et renforce ainsi l'État de droit. Notons que le Conseil peut moduler les effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité afin de prévenir tout vide juridique.

En 2022, le Conseil a adopté et publié un règlement de procédure relatif à son contrôle a priori, ce qu'il avait fait des années plus tôt pour son contrôle a posteriori, améliorant ainsi la transparence de son examen judiciaire de la loi.

Le contrôle de constitutionnalité du Conseil n'est cependant pas absolu : il s'interdit par exemple le contrôle des lois référendaires, expression directe de la volonté du peuple (DL, 1962, Élection du président de la République au suffrage universel).

(4) au regard des droits et libertés protégés par la constitution.

face au contrôle fort de la loi opéré par le Conseil Constitutionnel, le contrôle de conventionnalité opéré par les juridictions supra-nationales apparaît plus restreint mais non moins efficace.

### (B) Le contrôle de conventionnalité restreint opéré par les juridictions supra-nationales

Les contrôles de conventionnalité opérés par les juridictions supra-nationales sur la loi française peuvent apparaître limités indirects. Cependant, du fait de leur supériorité institutionnelle, les effets de leur examen judiciaire restent forts.

D'une part, la Cour de justice de l'Union Européenne est seule compétente pour interpréter le droit de l'Union et apprécier la validité d'un acte par rapport à celui-ci. Elle peut donc être saisie par les juridictions des États membres (et même doit l'être en l'absence de voies de recours) de questions préjudicielles concernant la conformité d'un acte, notamment la loi, au droit de l'Union Européenne. Dans ce cadre, son examen judiciaire est abstrait en ce qu'elle ne prononcera pas <sup>directement</sup> l'inconventionnalité de la loi au droit communautaire. Toutefois, les juridictions ayant initié la question préjudicielle devront tirer toutes les conséquences de sa réponse et écarter l'application de la loi inconventionnelle en droit interne, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union Européenne (CJCE, 1976, Simmenthal). Renforçant l'effectivité de ce mécanisme entre juridictions, la CJUE a jugé qu'un juge ne pouvait faire l'objet de poursuites disciplinaires



pour avoir décidé de renvoyer une question préjudicielle à la Cour (CJUE, 2022, Consorzio Italia).

D'autre part, du côté du droit européen, la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par des particuliers en cas de violation grave par les États membres du Conseil de l'Europe des droits et libertés qu'ils tiennent de la Convention. Cette violation peut notamment découler d'une loi en vigueur. Ainsi, la CEDH sera conduite à apprécier la compatibilité de la loi aux droits et libertés de la Convention. Si elle estime qu'une violation est constituée, elle ne pourra cependant que prononcer une condamnation pécuniaire de l'État concerné. Toutefois, une telle condamnation pourra entraîner un changement de la loi : si l'État souhaite prévenir toute condamnation ultérieure qui serait prononcée très facilement par l'application de la procédure de "l'arrêt-pilote".

Ainsi, malgré des pouvoirs limités, dans le sens où elles ne peuvent remettre directement en cause les lois nationales, les juridictions supra-nationales peuvent, au travers de leur exécution juridictionnelle de la loi, initier des changements de législations qui apparaîtraient contraires aux normes internationales.

\* \* \*

Les juges constitutionnel et supra-nationaux opèrent donc un contrôle naturel et efficace de la conformité de la loi au regard de leurs normes de référence. Il apparaît ainsi plus extraordinaire que les juges ordinaires français, à savoir le juge judiciaire et le juge administratif, jouent également un rôle dans l'examen juridictionnel de la loi alors que l'office du dernier, par exemple, est en principe limité au contrôle de légalité des actes administratifs. Et pourtant, le développement de ce contrôle extraordinaire est nécessaire à l'efficacité de l'examen juridictionnel de la loi et, a fortiori, à l'effectivité de l'État de droit.

\*

\*

\*

## II. Le développement extraordinaire d'un examen juridictionnel de la loi assuré par les juges ordinaires

Juge judiciaire et juge administratif ont tous deux peu à peu affirmé leur participation à l'examen juridictionnel de la loi française, aussi bien au regard de la Constitution (A) que des normes internationales (B).

### (A) Le contrôle de constitutionnalité indirect et marginal opéré par les juges ordinaires

Très tôt, le Conseil d'État a affirmé la théorie de la loi-écran interdisant au juge administratif de contrôler la constitutionnalité de la loi (CE, 1936, Sieur Arrighi). Le contexte

a cependant évolué depuis cette décision et l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité a intégré de manière marginale les juges ordinaires dans le processus du contrôle de constitutionnalité a posteriori.

En effet, le justiciable qui soulève un tel moyen doit le faire devant la juridiction devant laquelle son instance est en cours. Celle-ci devra alors étudier sa recevabilité et la réunion de certaines conditions avant de décider de sa transmission au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, dans le cas des juridictions relevant de ces derniers, ou au Conseil Constitutionnel, dans le cas du Conseil d'État et de la Cour de Cassation. Les juges ordinaires jouent ainsi le rôle de filtre : la question prioritaire de constitutionnalité ne pourra notamment aboutir que si elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux (devant les juridictions relevant du Conseil d'État et de la Cour de Cassation) ou si elle présente un caractère sérieux ou nouveau (devant le Conseil d'État et la Cour de Cassation). Les juges ordinaires peuvent être ainsi qualifiés de juges constitutionnels négatifs lorsqu'ils estiment qu'une question ne mérite pas d'être transmise en raison de ces critères : implicitement, ils estiment que la loi est conforme aux droits et libertés constitutionnels invoqués par le justiciable.

La contribution des juges ordinaires à l'examen juridictionnel au fond de la loi reste cependant marginal. Ils sont plus souvent amenés à tirer les conséquences du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil Constitutionnel. Pour le juge administratif, ah

ce traduira par l'annulation des dispositions législatives d'une ordonnance non ratifiée déclarées inconstitutionnelles (CE, 2022, UNSA Fonction publique) ou à engager la responsabilité de l'État du fait d'une loi déclarée inconstitutionnelle (CE, 2019, Société Paris Eiffel Suffren).

Le rôle des juges ordinaires dans le cadre du contrôle de conventionnalité de la loi, par comparaison, plus important.

## (B) Le contrôle de conventionnalité substantiel opéré par les juges ordinaires

Juges judiciaires et administratifs garantissent la supériorité des normes internationales sur la loi française en participant pleinement à son contrôle.

Ils sont les juges de droit commun de du droit de l'Union Européenne (CE, Ass., 2009, Mme Perraux) et, à ce titre, opère un contrôle de conventionnalité de la loi (Cass., 1975, Goff Jacques Vabre; CE, Ass., 1989, Nicolo). Le juge administratif accepte même d'assurer ce contrôle dans le cadre du référé-liberté (CE, 2016, Gonzalez-Gomes). En cas de difficulté sérieuse, ils peuvent saisir la CJUE d'une question préjudicielle : ce sont donc eux qui initient l'examen ensuite réalisé par les juges de l'Union Européenne.

Le juge administratif contribue également à la construction de l'examen juridictionnel de la loi en précisant l'articulation qu'il doit opérer lorsqu'il est soumis une question prioritaire de constitutionnalité

N° 1 2 3 6

et qu'il souhaite, dans le même temps, saisir la CSUE d'une question préjudicielle (CE, 2010, Rujovic).

Le juge administratif peut, par ailleurs, être saisi de conclusions tendant à engager la responsabilité de l'État du fait de lois inconstitutionnelles (CE, 2007, Gardien). Il contrôlera ainsi la conventionnalité de la loi afin de déterminer si le requérant a droit ou non à réparation (sous réserve de l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité). L'État de droit en sort renforcé, la responsabilité devenant le pendant de la légalité.

Ainsi, alors qu'historiquement le juge administratif n'était pas juge de la loi, les évolutions juridiques l'ont conduit à renouveler son office dans une certaine mesure afin de garantir de manière toujours plus efficace les droits et libertés des citoyens.