

La controverse des validations législatives en France, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire

Émilie Déal

Volume 36, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027108ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027108ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Déal, É. (2006). La controverse des validations législatives en France, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire. *Revue générale de droit*, 36(2), 157–188. <https://doi.org/10.7202/1027108ar>

Article abstract

The French judicial judge is under the authority, as ordinary judge, of the Constitutional Council and, as judge responsible for the respect of International Treaties, of the European Court of Human Rights. In 1999, he suddenly found himself in the middle of a controversy when the European Court sanctioned France for a legislative validation in a *Zielinski* decision of October 28th 1999. Even though the validation was considered to be in conformity with the French Constitution, the European Court felt the judicial judge should have set it aside. By doing so, the European Court invited the judges to deviate from their submission to the Constitutional Council. Even though the potentiality of the *Zielinski* sanction appears considerable for the French Vth Republic's institutional and normative stability, the author considers that, on the other hand, the "Cour de Cassation" demonstrated a measured and constructive practice: it chose in fact not to put its conventional competence to the service of the European Convention of 1950 but rather to respect and promote the legal system of which it directly proceeds.

**La controverse des validations
législatives en France,
vecteur de constitutionnalisation
du contentieux judiciaire¹**

ÉMILIE DÉAL

ATER à l'Université de Bretagne Sud, Vannes

RÉSUMÉ

Soumis en tant que juge ordinaire, au Conseil constitutionnel et en tant que juge du respect des traités internationaux, à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le juge judiciaire français fut plongé au cœur de la controverse des validations législatives : dans un arrêt Zielinski du 28 octobre 1999, la Cour européenne sanctionna la France pour une validation législative pourtant jugée conforme à la Constitution française, que le juge judiciaire aurait dû écarter. La Cour européenne incite

ABSTRACT

The French judicial judge is under the authority, as ordinary judge, of the Constitutional Council and, as judge responsible for the respect of International Treaties, of the European Court of Human Rights. In 1999, he suddenly found himself in the middle of a controversy when the European Court sanctioned France for a legislative validation in a Zielinski decision of October 28th 1999. Even though the validation was considered to be in conformity with the French Constitution, the European

1. Contribution au colloque organisé à l'occasion du bicentenaire du Code civil français par l'École doctorale des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Paul Cézanne — Aix-Marseille III : Voir « L'article 2 du Code civil français, vecteur de constitutionnalisation du contentieux judiciaire — La controverse des validations législatives », dans J.-M. PONTIER (dir.), *Droit civil et Droits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 193-210.

donc celui-ci à infléchir son obédience envers le Conseil constitutionnel. Si la potentialité de la sanction Zielinski est considérable pour l'équilibre institutionnel et normatif de la V^e République française, la Cour de cassation fait preuve d'une pratique mesurée et constructive : elle choisit d'exercer la compétence conventionnelle non pas au service de la Convention européenne de 1950 mais dans le respect et pour la promotion du système juridique dont elle procède directement.

Court felt the judicial judge should have set it aside. By doing so, the European Court invited the judges to deviate from their submission to the Constitutional Council. Even though the potentiality of the Zielinski sanction appears considerable for the French Vth Republic's institutional and normative stability, the author considers that, on the other hand, the « Cour de Cassation » demonstrated a measured and constructive practice : it chose in fact not to put it's conventional competence to the service of the European Convention of 1950 but rather to respect and promote the legal system of which it directly proceeds.

SOMMAIRE

| | | |
|-----|--|-----|
| I. | La potentialité de la constitutionnalisation du contentieux judiciaire des validations législatives..... | 166 |
| A. | La compréhension progressive de la sanction européenne de l'incompétence négative du juge judiciaire | 166 |
| B. | La portée du contrôle de conventionnalité sur la hiérarchie des normes et des juridictions françaises | 169 |
| II. | La pratique mesurée et constructive de la constitutionnalisation du contentieux judiciaire des validations législatives..... | 174 |
| A. | La sobriété de la Cour de cassation envers le juge constitutionnel... | 176 |
| B. | La portée de la sobriété de la Cour de cassation pour l'approfondissement de la séparation des pouvoirs | 181 |

| | |
|------------------|-----|
| Conclusion | 186 |
| Annexe | 187 |

1. La célébration du bicentenaire du Code civil français fut l'occasion de mesurer la transcendance d'une œuvre législative dont de nombreuses dispositions figurent encore à l'état original. Parmi celles-ci, le livre préliminaire en constitue certainement le plus vif témoignage. Les principes fondateurs du droit civil demeurent au point que leur teneur a pu se diffuser dans d'autres branches du droit : au sein du livre préliminaire du *Code civil*, l'article 1^{er} pose le principe de la promulgation de la loi et de l'applicabilité territoriale de cette dernière; l'article 2 concerne la mise en œuvre temporelle de la loi; l'article 3 consacre implicitement l'égalité des personnes résidant en France, quelle que soit leur nationalité; l'article 4 interdit le déni de justice; l'article 5 prohibe les arrêts de règlements et l'article 6 impose le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs².

2. Chacune de ces dispositions trouve aujourd'hui un prolongement constitutionnel, que ce soit dans le texte même de la *Constitution du 4 octobre 1958* comme pour la promulgation de la loi prévue en son article 10 ou, dans les autres éléments de valeur constitutionnelle que la doctrine française regroupe au sein de ce qu'elle appelle le bloc de constitutionnalité³.

2. Le texte de ces dispositions, ainsi que l'ensemble de la jurisprudence française citée, même inédite, sont disponibles en ligne *via* le site Internet officiel du service public de la diffusion du droit : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

3. La doctrine constitutionnelle française a développé la notion de « bloc de constitutionnalité » pour signifier que les normes constitutionnelles ne sont pas uniquement contenues au sein du texte de la Constitution de 1958. En effet, depuis sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* (Rec., p. 29; RJC, p. I-24), le Conseil constitutionnel français se considère compétent pour garantir « la Constitution et notamment son Préambule ». En conférant valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958 (préambule de 1958), non-seulement le Conseil rompt avec la doctrine dominante déniait toute valeur juridique à tout élément ne figurant pas dans le corps du texte lui-même, mais surtout il attribue valeur constitutionnelle aux éléments cités par le préambule de 1958, soit la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* et le préambule de la Constitution de 1946, dont l'intérêt est de contenir des droits fondamentaux. Cette décision de 1971, certes annoncée discrètement par le visa de la décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité des Communautés européennes* (Rec., p. 15; RJC, p. I-21), opère donc un revirement de jurisprudence fondateur pour la justice constitutionnelle française, qui ne sera plus désormais cantonnée à des questions procédurales. L'utilisation d'une expression originale permet alors de marquer la différence qualitative du fondement du contrôle de constitutionnalité en France.

Notamment, l'article 5 du *Code civil* énonce la portée du principe de la séparation des pouvoirs⁴ de l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (DDHC), principe que le juge judiciaire est tenu de respecter.

3. La plupart de ces normes ne posent guère de difficultés de compréhension et leur mise en œuvre aux deux échelons, constitutionnel et législatif, semble unanime. Néanmoins certaines ont connu une actualité toute singulière sous l'influence grandissante des traités et accords internationaux et tout particulièrement par l'entremise du juge européen de Strasbourg. Notamment, l'article 2 du *Code civil*, en ce qu'il établit que la « loi ne dispose que pour l'avenir [et] n'a point d'effet rétroactif », se trouve directement concerné par la sanction européenne des validations législatives françaises de l'affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*⁵.

4. En effet, cette disposition d'ordre public⁶ fonde la compétence du juge judiciaire pour vérifier la bonne application de la loi dans le temps : la « règle écrite, générale et permanente, élaborée par le Parlement »⁷ ne peut avoir de conséquence sur des faits survenus antérieurement à sa promulgation.

Ce principe connaît toutefois des exceptions. En premier lieu, le législateur peut prévoir qu'une loi entrera en vigueur avant sa promulgation; dans ce cas, le juge judiciaire, incompétent pour contrôler le pouvoir législatif, devra s'y soumettre tout en vérifiant le caractère explicite de cette prescription⁸. En deuxième lieu, le législateur peut être amené à préciser la signification d'une disposition préexistante; une telle loi est alors « nécessairement rétroactive car elle s'incorpore à la loi interprétée »⁹. Enfin, en troisième lieu, les lois de validation

4. Voir H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », (1958), *Dalloz*, chron., p. 85-88, spéc. p. 85 et p. 88.

5. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, *Rec.* 1999-VII.

6. Voir par exemple : Cass. 2^e civ., 24 novembre 1955, *Bull. II*, n. 533, p. 325, *JCP* 1955, IV, 181; Cass. 3^e civ., 21 janvier 1971, *JCP* 1971, II, 16776, note Lavel.

7. R. GUILLIEN, J. VINCENT (dir.), *Lexique des Termes juridiques*, 10^e édition, Paris, Dalloz, 1995, p. 341.

8. Voir par exemple : Cass. 2^e civ., 5 mai 1955, *Gaz. Pal.* 1955, 1, 400.

9. G. GEST, « L'application de la loi fiscale dans le temps : les différentes formes de rétroactivité », (1996), numéro hors série, *Droit fiscal*, p. 10-12, p. 11. Voir également la position similaire de la Cour de cassation, 3^e civ., 1^{er} février 1984, *Bull. III*, n. 25, p. 21.

constituent une catégorie de lois rétroactives particulière : ayant pour objet de protéger un acte administratif de certaines causes de nullité révélées par une procédure juridictionnelle commencée ou aboutie, elles permettent au législateur de négliger l'existence du pouvoir du juge et de son autorité de chose jugée. Si dans certains cas — prenons l'hypothèse d'un concours de la fonction publique annulé des années après l'intégration des personnes intéressées — il semble légitime de valider l'acte administratif en cause, les lois de validation sont tout de même susceptibles de porter atteinte non seulement à la séparation des pouvoirs (pourtant condition *sine qua non* de l'article 16 de la DDHC et par ricochet de l'article 5 du *Code civil*), à la sécurité juridique des citoyens, mais encore au droit au recours ou, si ce dernier est préservé, à l'égalité des armes devant la justice.

5. Néanmoins, seul le Conseil constitutionnel français est habilité à censurer une loi¹⁰, qu'elle soit rétroactive, interprétative ou de validation. Si l'interdiction de la rétroactivité est quasi absolue en matière pénale¹¹, il n'en va pas de même dans tous les domaines. Notamment, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif »¹². Le juge constitutionnel précise toutefois que « si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹³.

10. L'article 61 de la Constitution française réserve implicitement la compétence du contrôle de constitutionnalité au seul Conseil constitutionnel.

11. Voir l'article 8 de la DDHC : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Sous réserve des dispositions de l'article L 112-1 *in fine* du *Code pénal* : « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes » (principe de la rétroactivité *in mitius*).

12. Cons. constit., déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec. p. 94; *RJC*, p. I-212.

13. Cons. constit., déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *LFSS pour 1999*, Rec., p. 315.

L'appréciation de la suffisance de l'intérêt général s'effectue au regard de l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi la lutte contre l'évasion fiscale et la volonté d'empêcher le contribuable de modifier sa situation par anticipation justifient-elles que la mise en œuvre de la *Loi portant réforme des retraites* soit prévue à la date de prise de connaissance du public du projet de loi¹⁴. En fait, le juge constitutionnel français ne se contente plus de reprendre à son compte les arguments du législateur : il n'hésite plus à censurer une loi de validation dont l'intérêt général n'est pas suffisamment caractérisé¹⁵.

6. En effet, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a renouvelé le contrôle de la justification de la loi de validation. Notamment, dans son arrêt *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*¹⁶, elle sanctionna la France pour une loi de validation non justifiée par des « motifs impérieux d'intérêt général ». Fidèle à son raisonnement en trois temps, elle s'y référa pour juger de la validation législative, à laquelle par principe elle s'oppose¹⁷: comme pour tous les droits de la Convention, on ne peut y porter atteinte que par une loi (au sens large du terme), au nom d'un but légitime et enfin au moyen d'une réponse proportionnée au but recherché. Si, la première condition était remplie, les deux dernières constituèrent le cœur de la sanction européenne des validations législatives : en adoptant une démarche subjective¹⁸, la CEDH ne

14. Cons. constit., déc. n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec., p. 430, cons. 34 à 36.

15. Cons. constit., déc. n° 2002-458 DC du 7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, Rec., p. 80. Voir L. GAY, *RFDC*, 2002, n° 50, p. 385-388.

16. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, *supra*, note 5.

17. X. PRETOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des Droits de l'Homme », (1998) 1, *RDP*, p. 11-19, p. 16 : commentant l'arrêt de la CEDH du 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis c. Grèce*, série B, n° 301, il explique que « la Cour a entendu faire obstacle par principe à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige ».

18. Voir B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. À propos des décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », (2000) 2, *RFDA*, p. 289-304, p. 291 : « Ainsi la jurisprudence française s'attache plus aux choix du mécanisme employé par le législateur qu'aux effets de ces validations sur les droits individuels. »

pouvait que trouver insuffisant le contrôle — indulgent à l'époque¹⁹ — du Conseil constitutionnel de l'existence de l'intérêt général. D'ailleurs, pour bien signifier sa position, elle chercha des termes qui ne porteraient à aucune confusion dans la transposition de système à système. Elle invoqua ainsi les « motifs impérieux d'intérêt général » dans une formule de principe loin d'être passée inaperçue : « si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »²⁰.

La loi de validation en cause ne passa pas le test du but légitime, ni a fortiori le test de la proportionnalité au but légitime. Or cette loi ayant été contrôlée par le Conseil constitutionnel²¹, la condamnation de la France ouvrait la critique de la qualité du contrôle de constitutionnalité. D'ailleurs, le juge constitutionnel français en prit acte : il modifia, environ deux mois après, sa position dans deux décisions n° 99-422 DC et n° 99-425 DC²², fondement de sa jurisprudence actuelle. Ainsi le Conseil constitutionnel — suivi par le Conseil d'État français²³ — exige-t-il depuis que l'intérêt général invoqué par le législateur soit suffisant. La question ouverte reste évidemment de savoir si l'« intérêt général suffisant » correspond

19. X. PRETOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la *Convention européenne des Droits de l'Homme* », (1998) 1, *RDP*, p. 11-19, p. 24 à propos de la « mansuétude certaine » du Conseil constitutionnel français « à l'égard des lois de validation » avant l'arrêt *Zielinski*.

20. CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, *supra*, note 5, point 57.

21. Cons. constit., déc. n° 93-332 DC du 13 janv. 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*, *Rec.* p. 21; *RJC*, p. I-567, citée par la CEDH dans son arrêt 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, *supra*, note 5, § 26 et 27.

22. Cons. constit., déc. n° 99-422 DC, 21 déc. 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, *Rec.*, p. 143 et n° 99-425 DC, 29 déc. 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, *Rec.*, p. 168.

23. CE, 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*, req. n° 202798 et 202872, *Rec.* p. 319.

aux « motifs impérieux d'intérêt général » requis par la CEDH²⁴. Toujours est-il que le progrès notoire consiste en l'introduction d'un instrument de contrôle de proportionnalité dans son appréciation des validations législatives.

7. L'affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France* précitée aura en outre une portée non négligeable sur le juge judiciaire français, puisque la Cour de cassation avait également eu à traiter de la loi de validation sanctionnée par la CEDH. D'ailleurs, celle-ci rappelle expressément la position de celle-là²⁵. Aussi le juge judiciaire, juge de la compatibilité de la norme nationale par rapport à la convention internationale — contrôle de conventionnalité — en tant que juge ordinaire français sur le fondement de l'article 55 de la Constitution²⁶, est-il directement visé par la sanction *Zielinski* : à première vue et selon la CEDH, il aurait dû écarter

24. Voir les conclusions de l'avocat général S. KEHRIG, « Loi de validation et procès équitable. Cour cass. ch. Soc., 24 avril 2001, *Association Être enfant au Chesnay c. Terki* », (2001) *Droit social*, p. 583-590, spéc. p. 587.

25. Cass. soc., 15 février 1995, 2 arrêts, pourvois n° 93-46693 et n° 94-42843, *Bull. V*, n° 58, p. 41; 2 mars 1995, 2 arrêts, pourvois n° 93-46748 et joints, Inédit et, n° 94-40727 et joints, Inédit titré, cités par la CEDH dans son arrêt 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, *supra*, note 5, § 28 et 29.

26. Dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse (IVG)*, (*Rec.*, p. 19; *RJC*, p. I-30) le Conseil constitutionnel français déclare en effet son incompétence en matière de conventionnalité et renvoie alors implicitement la fonction au juge ordinaire. Plus précisément, le juge constitutionnel considère que s'il découle du caractère abstrait et a priori du contrôle de constitutionnalité qu'il est « absolu et définitif », le contrôle de conventionnalité est « relatif et contingent ». En effet, la supériorité du traité sur la loi est limitée au champ d'application du traité. En outre, elle est subordonnée à une condition de réciprocité, dont l'appréciation dépend du comportement de la ou des partie(s) contractante(s) et peut évoluer dans le temps. Un tel contrôle conditionné par autant de considérations de fait ne peut donc être effectué par une juridiction n'intervenant éventuellement qu'une fois et a priori. Le Conseil conclut alors qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Ce raisonnement est en outre conforme au silence de l'article 55 de la Constitution : vu que la compétence du Conseil est d'attribution, il ne saurait s'auto-attribuer d'autre fonction, sans porter atteinte à sa légitimité. D'ailleurs, l'exception du droit communautaire a pu seulement exister qu'en vertu de la révision constitutionnelle, source des articles 88-1 à 88-4 de la Constitution. En refusant de s'attribuer la compétence du contrôle de conventionnalité des lois, le Conseil a implicitement renvoyé la question devant le juge ordinaire : si la Cour de cassation s'est rapidement conformée à une telle invitation, dans son arrêt du 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* (pourvoi n° 73-13556, *Bull.*, n° 4, p. 6), le Conseil d'État a attendu 20 octobre 1989, dans son arrêt d'assemblée *Nicolo* (req. n° 108243, *Rec.*, p. 190), pour accepter une telle compétence, contraire à la tradition de son obédience à la loi.

la loi de validation en cause, bien que déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

La CEDH incite ainsi le juge ordinaire à exercer son contrôle de conventionnalité, quelle que soit la position du juge constitutionnel quant à la validité de cette même norme nationale au regard des prescriptions constitutionnelles. Autrement dit, en refusant d'assimiler déclaration de conformité à la Constitution et brevet de conventionnalité, elle demande au juge ordinaire de ne pas appliquer une loi pourtant certifiée constitutionnelle. Alors que le juge ordinaire français ne peut exercer aucun contrôle sur la validité de la loi et que les décisions du Conseil constitutionnel lui sont imposables²⁷, il se retrouve enjoint d'analyser la loi et au besoin de la critiquer, même en contradiction avec les positions du juge constitutionnel. L'équilibre institutionnel, juridictionnel et normatif de la Constitution de 1958 est donc en jeu.

8. Par le biais de l'article 2 du *Code civil* lui conférant compétence pour contrôler la bonne application de la loi dans le temps, le juge judiciaire est alors projeté dans une problématique globale d'articulation des compétences constitutionnelles et conventionnelles. Le contentieux européen l'encourage à exercer pleinement une compétence révélée par l'exercice du contrôle de conventionnalité. La potentialité de la constitutionnalisation du contentieux judiciaire fondé sur l'article 2 du *Code civil* est considérable. Néanmoins, il n'est pas certain que le juge judiciaire soit prêt à remettre en cause aussi profondément le système constitutionnel français. Aussi, si chacun doit prendre conscience de l'importance d'une telle potentialité (I), il est nécessaire de s'attarder sur la pratique actuelle du juge judiciaire français pour en comprendre les réelles implications (II).

27. L'article 62 de la Constitution française prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel revêtent l'autorité absolue de chose jugée. En effet, « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. » (alinéa 1^{er}) et « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (alinéa 2^e).

I. LA POTENTIALITÉ DE LA CONSTITUTIONNALISATION DU CONTENTIEUX JUDICIAIRE DES VALIDATIONS LÉGISLATIVES

9. L'article 2 du Code civil français confère au juge judiciaire une compétence renouvelée par la jurisprudence européenne. Le contrôle de la bonne application de la loi dans le temps devient l'occasion de contrôler la loi elle-même. À défaut, le juge judiciaire n'exerce pas pleinement sa compétence de juge de la conventionnalité de la loi chargé de faire respecter la *Convention européenne des Droits de l'Homme*. Autrement dit et en faisant un parallèle avec une notion constitutionnelle inspirée du contrôle du bon exercice de la compétence législative, il fait acte « d'incompétence négative »²⁸, dont la sanction assimilée progressivement par la Cour de cassation (A) est susceptible de remettre en cause la hiérarchie des normes et des juridictions en France (B).

A. LA COMPRÉHENSION PROGRESSIVE DE LA SANCTION EUROPÉENNE DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU JUGE JUDICIAIRE

10. Jusqu'à récemment et contrairement aux juges du fond²⁹, la Cour de cassation française n'avait écarté aucune loi de validation sur le fondement de la contrariété avec l'article 6 de la *Convention européenne de Droits de l'Homme*³⁰. D'ailleurs, la

28. Dans le cadre de la réserve de loi, la doctrine constitutionnelle française qualifie d'incompétence négative le fait pour le législateur de méconnaître « l'étendue constitutionnelle de ses attributions, en déléguant une compétence à une autre autorité alors que c'est lui qui aurait dû l'exercer ». Voir par exemple : L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2003, p. 701, § 1149, 5).

29. X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », (2001) 1, *RDP*, p. 23-36, p. 28, note 16 : « La Cour d'appel de Bourges a entendu écarter, par exemple, l'application d'une loi de validation relative au régime de la durée du travail dans certains établissements sociaux et médico-sociaux à caractère privé (cf. CA Bourges, 4 juillet 2000, *Planchaud c. Association Orphelinat de Déols*, *Droit social*, 2000.1015, obs. J.-P. Lhernould) ». Voir également : TGI de Saintes, 21 février 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 521, Obs. J.P. Marguénaud, affaire dite du tableau d'amortissement, à propos de laquelle la Cour de cassation refusa finalement d'écarter la loi de validation.

30. X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *ibid.*, p. 28. La Cour de cassation, appelée directement deux fois à connaître de la question, « a, chaque fois, écarté le moyen tiré de l'incompatibilité prétendue de la loi de validation avec les stipulations de la convention de Strasbourg » : Cass., Soc., 15 février 1995, *Préfet de la région Lorraine et autre c. Monsieur Grinwald*, *AJDA*, 1995, p. 579, Obs. X. PRETOT; Cass., Ass. plén., 14 juin 1996, *Kloechner c. Direction générale des impôts*, *Bull. AP*, n° 5, p. 9.

doctrine ne manquait pas de souligner cette si faible considération des prescriptions de la Cour de Strasbourg³¹.

11. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation avait eu l'occasion, dans deux affaires *Banque Crédit Lyonnais* et *M. & Mme Lecarpentier*³², de trancher la « question récurrente »³³ de la conformité de la loi de validation de certains contrats de crédit immobilier passés avant le 31 décembre 1994 à la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

Si les conclusions de l'avocat général Sainte-Rose témoignèrent d'une certaine prise en considération de la jurisprudence européenne³⁴, elles s'attachèrent plus à éviter le conflit ultérieur qu'à apporter une solution claire. D'une part, elles rappelèrent que le Conseil constitutionnel n'avait pas invalidé la disposition³⁵. Or, la jurisprudence du Conseil avait évolué depuis, notamment suite à l'affaire *Zielinski*. Aussi était-il surprenant de vouloir tenir compte de la position de la CEDH tout en reprenant une jurisprudence constitutionnelle que la même CEDH avait condamnée. D'autre part, tout en refusant l'autorité européenne de chose jugée liant le juge judiciaire³⁶, elles analysèrent la loi de validation en cause au regard des critères européens. Toutefois, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation ne tint pas compte de cette réflexion puisqu'elle n'introduisit aucun

31. Voir par exemple, B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000 », (2000) 6, *RFDA*, p. 1201-1205, p. 1205.

32. Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, *Banque Crédit Lyonnais*, pourvoi n° 98-19319 et *M. & Mme Lecarpentier*, pourvoi n° 97-22394, *Bull.* I, n° 191, p. 123.

33. J. SAINTE-ROSE, « Le contrôle de la conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire. Conclusions sur Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 20 juin 2000 *Banque Crédit Lyonnais* (1^{re} espèce), *M. et Mme Lecarpentier* (2^e espèce) », (2000) 6, *RFDA*, p. 1189-1200.

34. *Id.*, p. 1195-1197.

35. Cons. constit., déc. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *Rec.*, p. 60; *RJC*, p. I-668, citée par J. SAINTE-ROSE, *loc. cit.*, note 33, p. 1191-1192.

36. Cass. crim., 7 novembre 2001, pourvoi n° 00-86061, inédit : « Attendu que le demandeur ne saurait faire grief à la cour d'appel d'avoir refusé de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, saisie à la suite d'un arrêt de la Cour de Cassation rendu dans le cadre de la présente procédure, dès lors que cette saisine est sans incidence sur le cours de ladite procédure ».

contrôle de proportionnalité, étape pourtant essentielle pour la CEDH. La solution finale, qui consista à ne pas écarter la loi de validation, était certainement légitime; pourtant, la première chambre civile de la Cour de cassation ne sut pas profiter de l'occasion pour formuler une réponse adéquate à la sanction *Zielinski*. Autrement dit, elle manqua « l'occasion de poser les conditions d'un véritable contrôle de conventionnalité des lois de validation »³⁷.

12. Le 24 avril 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation opéra toutefois un revirement de jurisprudence, acceptant d'exercer le contrôle de conventionnalité des lois de validation. Elle reprend notamment à son compte l'instrument européen des « motifs impérieux d'intérêt général » pour analyser l'intérêt général soulevé pour justifier la loi de validation. Ainsi énonça-t-elle « que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, résultant de l'article 6, paragraphe 1 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige »³⁸. En l'espèce, elle écarta l'application de la *Loi de validation n° 2000-37 du 19 janvier 2000*.

13. Cette jurisprudence saluée par la doctrine³⁹ emporte néanmoins quelques inquiétudes. D'une part, si, depuis 1980, le Conseil constitutionnel s'estime compétent pour traiter de la question des lois de validation⁴⁰, il attribue de ce fait un caractère constitutionnel à ce contentieux. Dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle choisi par la France, cette considération implique une compétence

37. B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000 », *loc. cit.*, note 31, p. 1205.

38. Cass. soc., 24 avril 2001, *Association Être enfant au Chesnay c. Terki*, pourvoi n° 00-44148, *Bull. V*, n° 130, p. 101. Il est intéressant de noter que cet attendu de principe est quasi identique à la formule de la CEDH dans son arrêt *Zielinski*.

39. Voir par exemple : J.-Y. FROUIN et B. MATHIEU, « Observations sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 avril 2001 *Association Être enfant au Chesnay c. Terki*, (2001), *RFDA*, p. 1055-1062, p. 1061.

40. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, *Rec.*, p. 46; *RJC*, p. I-83.

exclusive de la juridiction constitutionnelle⁴¹. D'autre part, si la chambre sociale de la Cour de cassation se reconnaît compétente pour écarter une loi de validation législative sous l'influence de la jurisprudence européenne *Zielinski*, elle confère aux validations législatives du droit français une seconde nature conventionnelle, nécessairement concurrente. Cette double nature du contentieux des validations législatives devient alors prégnante directement dans et pour l'ordre juridique hiérarchique français.

B. LA PORTÉE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ SUR LA HIÉRARCHIE DES NORMES ET DES JURIDICTIONS FRANÇAISES

14. La sanction européenne des validations législatives en France offre aux juridictions ordinaires une opportunité sans précédent. En effet, dans le cadre de leur contrôle de conventionnalité des lois de validation, elles sont encouragées par le juge de Strasbourg à contrôler la loi et ainsi pénétrer dans l'antré a priori interdit du contentieux constitutionnel français.

Si un « courant doctrinal non négligeable se déclare favorable à un examen de la constitutionnalité des lois par les juges ordinaires »⁴², il appert que le développement d'un tel contrôle de la loi est susceptible de modifier l'équilibre de

41. La France constitue l'exemple le plus pur du modèle européen de justice constitutionnelle proposé par Hans Kelsen. Le contrôle est concentré entre les mains d'une juridiction spéciale, relevant du modèle de la Cour constitutionnelle, dont la saisine restreinte est en principe limitée à certaines autorités politiques (président de la République, Premier ministre, président de l'Assemblée nationale, président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs pour la France); le juge constitutionnel exerce un contrôle abstrait et a priori, en annulant les dispositions inconstitutionnelles (effet absolu de la chose jugée). Si plusieurs États relevant de ce même modèle européen ont développé certaines procédures ouvertes aux particuliers (saisine ouverte ou semi-ouverte) opérant un contrôle concret et a posteriori des normes vis-à-vis de la Constitution — *amparo* en Espagne ou *Verfassungsbeschwerde* en Allemagne —, le modèle européen conserve son unité par le caractère concentré du contrôle de constitutionnalité; ce dernier en tire alors toute son importance. Voir L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Que sais-je?, 3^e éd., Paris, PUF, 1996, 127 p.

42. B. de LAMY, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel? », (2002) 3, *RDP*, p. 781-820, p. 804 : à la note 114, le maître de conférence cite les contributions allant dans ce sens, dont les auteurs sont les suivants : E. AGOSTINI, L. DUGUIT, M. DUVERGER, M. FROMONT, F. GÉNY, S. GUINCHARD, M. HAURIU, A. JEAMMAUD, G. JEZE, M. MIGNON, A. PELLET, D. TURPIN.

notre système de justice constitutionnelle. Certes, le phénomène de constitutionnalisation du droit est profitable⁴³. Néanmoins, le juge ordinaire ne peut s'octroyer une telle compétence sans remettre en cause la hiérarchie des normes française : d'une part, elle serait contraire à l'article 5 du *Code civil*, prohibant les arrêts de règlement⁴⁴ et plaçant du même coup le juge ordinaire sous l'autorité de la loi. D'autre part, elle constituerait surtout une atteinte à la compétence d'attribution du Conseil constitutionnel et donc aux dispositions de la Constitution française de 1958⁴⁵.

15. Il est vrai qu'il ne s'agit pas dans les deux cas du même type de contentieux : on a, d'un côté, une déclaration de conformité à la Constitution et de l'autre, un brevet de conventionnalité. Aussi, d'un point de vue strictement théorique, il n'existe pas de contradiction, puisque l'on se trouve face à deux contrôles différents opérés sur le fondement de deux normes différentes, dans le cadre de deux systèmes juridiques différents.

En outre, une inconventionnalité n'a pas pour conséquence de porter atteinte à la validité de la loi. En effet, comme l'explique Hans Kelsen, on « ne saurait contester la validité d'une norme juridique sous prétexte que son contenu est incompatible avec telle ou telle valeur morale ou politique. Une norme est une norme juridique valide parce qu'elle a été créée conformément à une règle précise »⁴⁶. Autrement dit, dans une logique positiviste, le contenu de la norme importe peu à sa validité, seul le fait qu'elle soit le résultat d'une procédure de création de norme déterminée par une autre norme qui lui est supérieure est important. La loi inconventionnelle n'en reste donc pas moins valide car

43. Voir L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », (1990) *RFDC*, p. 71-89.

44. L'article 5 du Code civil français dispose en effet : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

45. D. de BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », (1998) 2, *RFDA*, p. 225-242, p. 226.

46. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Traduit respectivement de l'anglais par B. LAROCHE et de l'allemand par V. FAURE, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997, 518 p., p. 167.

élaborée dans le respect des règles procédurales de la norme suprême du système dont elle procède.

16. Par contre, la théorie réaliste de l'interprétation est susceptible d'apporter un nouvel éclairage saisissant : selon cette théorie, la norme n'existe qu'une fois interprétée⁴⁷. Or, « si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme » ; « l'interprète dispose [alors] d'un pouvoir considérable, puisque c'est lui qui produit la norme qu'il est censé appliquer »⁴⁸. Suivant ce raisonnement, la Cour de cassation disposerait d'une compétence étendue puisqu'elle aurait la capacité de déterminer la signification de la loi, dans le cadre de son contrôle de conventionnalité — en l'espèce des lois de validation, sur le fondement de l'article 2 du *Code civil*. En outre, contrairement au Conseil constitutionnel qui ne peut intervenir qu'*a priori*, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi par le Président de la République, du fait de l'article 61 de la Constitution, elle aurait la possibilité de se prononcer plusieurs fois, d'affiner ses analyses...

Il appert toutefois que les différentes interprétations authentiques se hiérarchisent selon la qualité de leur auteur : dans ce cas, l'interprétation du Conseil constitutionnel primerait celle de la Cour de cassation, notamment en vertu de l'article 62 de la Constitution de 1958. Néanmoins, cette disposition ne concernant *a priori* que les déclarations de conformité ou de non-conformité à la Constitution, ne peut toucher le contrôle de conventionnalité, dont l'objet est différent comme l'a lui-même reconnu le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence *IVG*⁴⁹. Ces deux types de contentieux se distinguent donc clairement.

17. Seulement on ne peut ignorer les conséquences pratiques d'une telle situation sans éprouver un « léger sentiment de malaise »⁵⁰. En effet, si les normes sont de nature différente,

47. Pour une contribution récente, voir : M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », (2002) 50, *RFDC*, p. 335-353.

48. M. TROPER, « Interprétation » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Paris, Quadriga, Lamy-PUF, 2003, pour les deux citations.

49. Cons. constit., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption Volontaire de Grossesse*, *Rec.*, p. 19; *RJC*, p. 1-30. Voir *supra*, note 26.

50. D. de BÉCHILLON, *loc. cit.*, note 45, p. 226.

elles peuvent revêtir un contenu similaire, voire quasi-identique, à propos desquelles une divergence d'interprétation est mal venue : d'une part, elle véhicule une incompréhension légitime du justiciable en allant même jusqu'à mettre à mal le principe d'universalité des droits de l'homme⁵¹; d'autre part, une analyse plus approfondie des deux contentieux au sein de l'ordre constitutionnel français révèle qu'ils ne doivent pas être opposés en tous points.

Tous deux contrôlent en effet la loi sur le fondement de la Constitution de 1958 : le contrôle de constitutionnalité se fonde notamment sur l'article 61 de la Constitution, le contrôle de conventionnalité sur l'article 55 du même texte. La Constitution prévoit dans cet article 55 que la loi est hiérarchiquement inférieure au traité. Le contrôle de conventionnalité participe donc de la bonne application de la hiérarchie des normes établie par la Constitution. Denys de Béchillon considère ainsi que « toute loi violant un traité viole la Constitution »⁵². Le Conseil, ne s'étant pas estimé compétent pour exercer un tel contrôle de conventionnalité, a implicitement renvoyé la tâche au juge ordinaire notamment judiciaire⁵³.

18. D'ailleurs, la Cour de cassation a suivi cette invitation rapidement : depuis l'affaire *Société des cafés Jacques Vabre*⁵⁴, elle exerce donc en tant que mission constitutionnelle le contrôle de conventionnalité des lois. De toute façon, elle n'a jamais été ignorante du comportement constitutionnel. Michel Jeol, premier avocat général à la Cour de cassation en 1994, a même dénoncé « toute une activité de « contrebande » » et affirme sans équivoque : « nous contrôlons la constitutionnalité des lois « en douce », c'est-à-dire de manière « indirecte » ou « implicite » »⁵⁵.

51. *Id.*, p. 227.

52. *Id.*, p. 234.

53. Cons. constit., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption Volontaire de Grossesse*, *Rec.*, p. 19; *RJC*, p. I-30.

54. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Sté des cafés J. Vabre*, dans F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2000, p. 15. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se reconnaît compétente pour effectuer un contrôle de conventionnalité.

55. M. JEOL, « Les techniques de substitution » dans GERJC, *La Cour de cassation et la Constitution de la République. Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Paris, PUF, 1995, p. 69-76, p. 69.

Ainsi la Cour de cassation n'hésite-t-elle pas à dégager l'origine constitutionnelle des droits de la défense, en énonçant que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel »⁵⁶ ou encore en décidant de compléter l'interprétation de la responsabilité pénale du chef de l'État, le Conseil ne s'étant prononcé qu'à propos de la « possibilité de déférer le Président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette Cour »⁵⁷.

19. La diffusion du pouvoir de juger la loi est donc prégnante, de sorte qu'aujourd'hui, une partie de la doctrine prend conscience de la nature subversive du contrôle de conventionnalité exercé par les juges ordinaires. Si certains s'interrogent encore : « Le contrôle de conventionnalité exercé par les juges ordinaires, un second contrôle de constitutionnalité ? »⁵⁸, d'autres en assument déjà la réalité : « matériellement parlant, il faut bien se résoudre à constater qu'un équivalent de contrôle de constitutionnalité diffus a posteriori se surajoute aujourd'hui à notre système officiel de contrôle concentré *a priori* »⁵⁹.

Un tel contrôle de conventionnalité est donc susceptible de bouleverser les fondements du système de justice constitutionnelle français. Or, il n'est pas sûr que la Cour de cassation soit prête à assumer une telle responsabilité, d'autant que rien ne lui donne la légitimité de conférer une supériorité au

56. Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* n° 4, cité par B. de LAMY, *loc. cit.*, note 42, p. 799-800.

57. Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84922, *Bull. A. P.*, n° 11, p. 25 : « Mais attendu que, si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil; qu'en l'espèce, la décision du 22 janvier 1999 n'a statué que sur la possibilité de déférer le président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette Cour; qu'il appartient, dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction commise en dehors de l'exercice de ses fonctions ». Voir également le dossier de la *RFDC*, 2002, n° 49.

58. C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des Droits de l'Homme », (2002) 51, *RTDH*, p. 629-657, p. 653.

59. D. de BÉCHILLON, *loc. cit.*, note 45, p. 226.

contrôle de conventionnalité émanant d'une disposition de même valeur que celle prévoyant le contrôle de constitutionnalité. Seul le pouvoir constituant serait en mesure de répondre à ce conflit de normes constitutionnelles⁶⁰. En l'absence d'une telle prise de position, la Cour de cassation diffère, tâtonne, hésite mais ne revient pas sur son refus de donner suite aux différentes tentatives du juge du fond d'entreprendre un véritable contrôle de constitutionnalité⁶¹. Autrement dit, elle se refuse à mettre en œuvre toute la potentialité de la constitutionnalisation du contentieux des validations législatives; sa pratique reste mesurée.

II. LA PRATIQUE MESURÉE ET CONSTRUCTIVE DE LA CONSTITUTIONNALISATION DU CONTENTIEUX JUDICIAIRE DES VALIDATIONS LÉGISLATIVES

20. Depuis l'affaire *Société des cafés Jacques Vabre*⁶², la Cour de cassation est souvent considérée comme encline à introduire le droit international et notamment les dispositions de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, dans l'ordre

60. *Ibid.*

61. B. de LAMY, *loc. cit.*, note 42, p. 804 : « Le juge judiciaire, peut-il alors aller plus loin? Peut-il se livrer, de sa propre initiative, à un contrôle de constitutionnalité des lois? Rien ne semble l'en empêcher et quelques juges du fond sont allés dans ce sens. La Cour d'appel d'Amiens (CA Amiens, 22 janvier 1976, *GP* 1976, 1, p. 333, Y.M.) invoque la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1975 (Cons. constit. 23 juillet 1975, n° 75-56 DC, *RJC*, p. I-32.), qui a déclaré non conforme à la Constitution le texte visant à recourir plus largement au juge unique en matière correctionnelle, pour annuler un jugement rendu par l'un deux, pourtant antérieurement à cette décision, parce qu'il a été « rendu selon des modalités contraires à la Constitution ». Le tribunal de grande instance de Toulouse (TGI Toulouse, 30 octobre 1995, *D.* 1996, *JP*, p. 101, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING) interprète la loi pénale, en se référant expressément, quant à lui, « au principe de sauvegarde de dignité humaine récemment affirmé par le Conseil constitutionnel » (Cons. constit. n° 94-343-344, 27 juillet 1994, *RJC* I-592) pour se livrer en réalité à un véritable contrôle de la disposition applicable en l'espèce. » Voir également la note n°112, où l'auteur mentionne le jugement du « TGI Marseille, 21 janvier 1985, cité par M. Duverger, (*Pour affermir l'État de droit*, Commentaire n° 36, 1986-87, p. 709) et TGI Lyon, 24 février 1999 (*PA* 1999, n° 149, p. 21) qui juge qu'une sanction administrative fixée par l'article 1840 G ter du Code général des impôts était manifestement disproportionnée et qui la réduit de moitié au nom du principe de proportionnalité des peines. »

62. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, pourvoi n° 73-13556, *Bull.*, n° 4, p. 6.

juridique français. Aussi une première impression traduirait-elle une crainte que le juge judiciaire fasse primer les prescriptions européennes sur les logiques juridiques internes, dont l'équilibre de notre système de justice constitutionnelle fait partie. Néanmoins, la position de la Cour de cassation est plus complexe.

Tout d'abord, elle ne témoigne pas d'une obéissance absolue envers la CEDH; l'étude du droit au juge révèle même de grandes rivalités entre ces deux juridictions, auxquelles la première ne cède qu'en dernier recours. L'affaire *Poitrinol* est à ce titre exemplaire⁶³.

Ensuite, sa volonté d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois de validation clairement compatible avec la jurisprudence européenne *Zielinski* est loin d'être évidente. En effet, dans deux arrêts récents, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue sur la position que la chambre sociale avait adoptée dans l'arrêt *Association Être enfant au Chesnay c. Terki*⁶⁴: la *Loi du 13 janvier 2000* d'abord jugée contraire à l'article 6 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* est dorénavant considérée comme obéissant « à

63. Nous pouvons citer au moins trois dispositions françaises, à propos desquelles la Cour de cassation a témoigné d'une grande résistance face au juge européen. Tout d'abord, l'article 583 du *Code de procédure pénale* fut l'objet de deux condamnations de la France : le 14 décembre 1999 *Khalifaoui* (req. n° 34791/97) et le 23 mai 2000 *Van Pelt* (req. n° 31070/96). La France a fini par abroger cette disposition. Cependant, l'affaire *Papon* va certainement amener la France à une nouvelle condamnation sur ce fondement (cf. la communication de la Commission du 23 janvier 2001).

Ensuite, à propos de l'article 569 du même *Code de procédure pénale*, la Cour de cassation a fini par céder aux attaques répétées de la Cour européenne : trois condamnations, dont deux du même jour, pour intimer d'autant plus fort la juridiction récalcitrante, du 24 novembre 1993 *Poitrinol* (série A n° 277 A), du 29 juillet 1998 arrêt *Omar* et arrêt *Guérin* (req. n° 24767/94 et 25201/94). La Cour de cassation a donc fini par opérer un revirement de jurisprudence, dans un arrêt de la chambre criminelle, du 30 juin 1999, *Rebboah*, pourvoi n° 98-80923, *Bull.*, n° 167, p. 478.

Enfin, l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile fut l'objet d'une condamnation supplémentaire de la Cour européenne, dans un arrêt du 14 novembre 2000 *Annoni di Gussola et Dedordes et Omer* (req. n° 31819/96 et 33293/96). Le droit interne n'a pas été modifié suite à cette condamnation. Ainsi peut-on déduire que l'affaire de l'article 1009-1 du NCPC est loin d'être finie, surtout que la Commission européenne des Droits de l'Homme a déclaré le 14 janvier 1998 la requête n° 28845/95, *Marc Venot c. France*, recevable.

64. J.-Y. FROUIN et B. MATHIEU, « Observations sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 avril 2001 *Association Être enfant au Chesnay c. Terki* », (2001) *RFDA*, p. 1055-1062, p. 1061.

d'impérieux motifs d'intérêt général »⁶⁵. Le rapport du conseiller doyen Jean Merlin apporte de précieux indices à la compréhension de cette jurisprudence : face à une absence de cohérence des positions des différentes formations de la Cour de cassation, il était nécessaire de trouver une solution uniforme qui satisfasse à la fois les impératifs tenant à la position du juge judiciaire au sein de l'ordonnancement global du système juridictionnel français (A) et la nécessité de ne pas outrepasser sa légitimité pour éviter toute atteinte à la séparation des pouvoirs (B), le spectre du « gouvernement des juges » sévissant toujours⁶⁶.

A. LA SOBRIÉTÉ DE LA COUR DE CASSATION ENVERS LE JUGE CONSTITUTIONNEL

21. Si l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait l'ambition légitime de résoudre la discordance du contentieux judiciaire des validations législatives, sa décision finale n'emporte pas l'adhésion de la doctrine⁶⁷. En effet, au regard des exigences européennes, il semble que son raisonnement engendre plus de confusions qu'il n'en résout. Certes, l'Assemblée plénière reprend clairement l'outil européen des « motifs impérieux d'intérêt général ». Néanmoins, elle opère une « appréciation somme toute souple des exigences de la Convention européenne »⁶⁸ qui va « à contre-courant de l'évolution générale du droit positif français »⁶⁹.

65. Cass. Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 01-40967, *Bull.*, n° 2, p. 2 et pourvoi n° 04-41757, *Bull.*, n° 3, p. 4.

66. J. MERLIN, « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général — Rapport sous Cour de cassation, assemblée plénière, 24 janvier 2003 (deux arrêts) », (2003) *Droit social*, p. 373-387, respectivement, p. 375, p. 378 et p. 378.

67. J. MOULY, « Temps de travail. Heures d'équivalences. Validation législative. Convention européenne des Droits de l'Homme. Droit à un procès équitable — Observations sous Cour de cassation (Chambre sociale), 10 juin 2003 », (2003) 4, *Droit social*, p. 1017-1018; S. PARICARD-PIOUX, « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », (2003) 25, *D.*, p. 1648-1654; X. PRETOT, « Temps de travail. Equivalences. Validation législative. Convention européenne des Droits de l'Homme. — Observations sous Cour de cassation (Assemblée plénière), 24 janvier 2003 », (2003) 4, *Droit social*, p. 430-432.

68. X. PRETOT, *id.*, p. 431.

69. J. MOULY, *loc. cit.*, note 67, p. 1018.

En effet, alors que le Conseil constitutionnel, suivi du Conseil d'État, a choisi de respecter les prescriptions de la CEDH et d'encadrer strictement les validations législatives, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qualifie de « motifs impérieux d'intérêt général » « l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées ». L'effet principal de la validation était d'assurer la pérennité financière d'établissements menacés par un flot de recours de leurs salariés pour le paiement de leurs permanences de nuit, rémunérées au tarif d'heures d'équivalence, alors qu'un revirement de jurisprudence avait pour conséquence de leur donner droit à une rémunération de travail effectif⁷⁰. Un intérêt financier était donc bien en jeu, alors que la CEDH⁷¹, ainsi que le Conseil constitutionnel⁷², s'opposent à ce qu'un tel intérêt puisse obtenir le label « de motifs impérieux d'intérêt général ». Le conseiller doyen Jean Merlin semble toutefois estimer que le risque de sanction européenne n'est pas manifeste au regard des circonstances de l'espèce⁷³.

22. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en outre suivie par la chambre sociale⁷⁴, a donc choisi de se démarquer du Conseil constitutionnel, bien qu'une telle affirmation ne puisse révéler une quelconque rivalité.

70. La chambre sociale redéfinit d'abord la notion de travail effectif (notamment arrêt du 15 février 1995, *Bull.* n° 57) puis invalide les heures d'équivalence (arrêt du 29 juin 1999, *ADPEPI c. Auffrère*, *Bull.* n° 307).

71. CEDH arrêts du 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis c. Grèce*, série B, n° 301 et du 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society & Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1997, 2325.

72. Cons. constit., déc. n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996*, *Rec.*, p. 257; *RJC*, p. 1-646.

73. J. MERLIN, « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général — Rapport sous Cour de cassation, assemblée plénière, 24 janvier 2003 (deux arrêts) », (2003) *Droit social*, p. 373-387, p. 380 : au contraire de l'affaire *Zielinski*, l'intérêt financier est clairement caractérisé (3,7 milliards de francs). En outre, le législateur n'est pas intervenu tardivement.

74. Cass. soc., 10 juin 2003, 2 arrêts, pourvoi n° 01-41051 et pourvoi 01-41189, *Bull.* V, n° 194, p. 191; pourvoi n° 01-41111, inédit.

D'une part, il n'est pas certain que le Conseil n'aurait pas adopté une même appréciation de l'intérêt financier : en effet, certains ont pu considérer que le Conseil, contrairement à ses propos, ne restait pas insensible à l'argument financier⁷⁵, d'autant plus que cet argument ne fait que dissimuler les risques d'atteinte au bon fonctionnement du service public en cause.

D'autre part, le rapport du conseiller doyen Jean Merlin est très révélateur du souci de justifier sa conclusion au regard de la jurisprudence constitutionnelle et surtout de replacer la controverse du contrôle de conventionnalité au sein de son contexte global : la justice constitutionnelle⁷⁶. Conscient du problème de la légitimité du juge judiciaire pour exercer un contrôle « non sans risque et parfois paradoxal », Jean Merlin estime qu'en raison du système hiérarchique de la Constitution de 1958 et notamment de son article 55, le « juge se doit d'exercer ce contrôle de conventionnalité, certes sans crainte, mais avec mesure, rigueur et modestie »⁷⁷.

23. Ces propos sont le résultat d'une réflexion approfondie, difficilement envisageable en termes de conflit. Certes, le juge judiciaire peut témoigner de son indépendance envers le juge constitutionnel, comme expliqué précédemment⁷⁸. Néanmoins, il reste attaché à en respecter l'autorité, comme l'oblige l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, bref à respecter le système dont il procède.

La manifestation la plus éclatante en est certainement la reconnaissance de la primauté de la Constitution sur toute autre norme, y compris conventionnelle, de la jurisprudence *Delle Fraisse*⁷⁹. La Cour de cassation a en effet pris conscience de sa fonction d'« auxiliaire du Conseil constitutionnel »⁸⁰ : elle

75. D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », (1999) 1, *Droit social*, p. 47-92, p. 77.

76. J. MERLIN, « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général — Rapport sous Cour de cassation, assemblée plénière, 24 janvier 2003 (deux arrêts) », (2003) *Droit social*, p. 373-387, p. 377-378.

77. *Ibid.*, respectivement p. 377 et p. 378.

78. Voir point 19.

79. Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, *Delle Fraisse*, pourvoi n° 99-60274, *Bull.*, n° 4, p. 7.

80. B. de LAMY, *loc. cit.*, note 42, p. 789.

applique la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil⁸¹ et complète son interprétation en cas de nécessité⁸².

24. En ce qui concerne le contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation a choisi d'adopter une position prudente, qui n'est au fond que le résultat de ce que lui a prescrit le Conseil constitutionnel : elle exerce le contrôle de conventionnalité de façon à respecter le contrôle de constitutionnalité.

Ainsi, au regard des termes de l'article 55 de la Constitution, elle vérifie que la convention internationale est applicable, notamment qu'elle est entrée en vigueur⁸³, régulièrement publiée⁸⁴ et qu'aucune initiative n'a été prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou en suspendre l'exécution⁸⁵; le juge interprète alors le traité⁸⁶, dans le respect des réserves émises par la France⁸⁷ ou par un État cocontractant⁸⁸, pour vérifier la compatibilité de la norme nationale.

Il est vrai que les requérants invoquent régulièrement la violation de l'article 55 de la Constitution en même temps que la violation de dispositions internationales⁸⁹. D'ailleurs, la Cour de cassation semble lier sa considération des dispositions internationales et de l'article 55 de la Constitution, puisqu'elle les vise ensemble⁹⁰. Ce raisonnement est somme

81. B. de LAMY, *loc. cit.*, note 42, p. 790 : « La phase d'indifférence est aujourd'hui dépassée et c'est essentiellement un rôle d'auxiliaire que remplit le juge judiciaire de deux manières : d'une part, il respecte la chose jugée par le Conseil constitutionnel et il en applique la doctrine; d'autre part il met en œuvre les principes constitutionnels et assure leur conciliation. »

82. Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84922, *Bull.*, n° 11, p. 25, à propos de la responsabilité pénale du chef de l'État français. Voir *supra*, note 57.

83. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1984, pourvoi n° 83-11951, *Bull. I*, n° 160.

84. Cass. com., 2 mai 1972, pourvoi n° 68-12561, *Bull.*, n° 124, p. 126.

85. Jurisprudence constante : Cass. crim., 22 janvier 1963, pourvoi n° 62-91509, *Bull.*, n° 34; Cass. crim., 29 juin 1972, pourvoi n° 71-91581, *Bull.*, n° 227, p. 595; Cass. 1^{re} civ., 16 février 1994, pourvoi n° 92-10397, *Bull. I*, n° 65, p. 50; 4 arrêts, pourvois n° 92-10398, 92-10403, 92-10404 et 92-11638, inédits.

86. Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, pourvoi n° 93-20424, *Bull. I*, n° 470, p. 326.

87. Cass. crim., 3 décembre 1997, pourvoi n° 96-86256, inédit titré.

88. Cass. crim., 13 décembre 1983, inédit.

89. Pour un exemple récent, voir : Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-15611, inédit.

90. Cass. com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-21591, *Bull. IV*, n° 121, p. 139 : « Vu les articles 1^{er}, 14 et 6-1 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, les articles 1 et 5 de son Protocole additionnel, ensemble l'article 55 de la *Constitution du 4 octobre 1958*; ».

toute cohérent au regard de l'analyse positiviste des implications de l'article 55 de la Constitution, à propos desquelles Denys de Bechillon estime que « toute loi violant un traité viole la Constitution »⁹¹. La Cour de cassation ne répond toutefois jamais directement à l'argument tenant à la violation de cet article 55, qu'il soit invoqué à l'appui d'autres dispositions internationales⁹² ou seul⁹³. Elle frôle certes le contrôle de compatibilité de la norme nationale au regard de l'article 55 précité autrement dit le contrôle de constitutionnalité, en répondant à la question de la conformité à la disposition internationale. Toutefois, elle s'y refuse toujours clairement⁹⁴ et respecte ainsi les prérogatives du Conseil constitutionnel.

25. Au cœur d'un dilemme profond, la Cour de cassation préfère jouer la note de la prudence pour sauvegarder au mieux l'harmonie du système constitutionnel français. Consciente à la fois des critiques de l'état actuel du droit du contentieux de la conventionnalité⁹⁵ et du fait qu'elle ne dispose pas de la légitimité du pouvoir constituant, elle se refuse à promouvoir toute forme de « gouvernement des juges ». Elle choisit ainsi la voix du compromis et de l'équilibre en exerçant la compétence qui lui est constitutionnellement exigée, dans le respect de la Constitution et donc du Conseil constitutionnel. Aussi en « fin de compte, ce n'est pas tant de concurrence, mais de complémentarité entre le juge judiciaire et le Conseil constitutionnel, dont il faut parler »⁹⁶. Cette complémentarité ne peut alors qu'enrichir notre système juridique, par les apports et approfondissements du dialogue. La séparation des pouvoirs en constitue un vif témoignage.

91. Voir *supra*, point 18 à propos de D. de BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », (1998) 2, *RFDA*, pp. 225-242, p. 234.

92. Cass. 2^e civ., 9 octobre 2003, pourvoi n° 02-15412, *Bull. II*, n° 292, p. 238.

93. Cass. com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 99-10590, *Bull. IV*, n° 117, p. 134.

94. Cass. crim., 27 février 1990, pourvoi n° 89-86692, *Bull.*, n° 96, p. 251 : « Attendu, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi ».

95. À propos de la critique de la position du Conseil constitutionnel, suite à l'affaire IVG, voir par exemple : D. de BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », (1998) 2, *RFDA*, p. 225-242, p. 233.

96. B. de LAMY, *loc. cit.*, note 42, p. 820.

**B. LA PORTÉE DE LA SOBRIÉTÉ DE LA COUR
DE CASSATION POUR L'APPROFONDISSEMENT
DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS**

26. La séparation des pouvoirs forme un des piliers essentiels du droit constitutionnel français : l'article 16 de la DDHC énonce d'ailleurs que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » Sans rentrer dans toutes les subtilités d'une notion historiquement complexe⁹⁷, il est communément admis que la séparation des pouvoirs correspond au « principe qui tend à prévenir les abus du pouvoir en confiant l'exercice de celui-ci non à un organe unique, mais à plusieurs organes, chargés chacun d'une fonction différente et en mesure de se faire mutuellement contrepoids »⁹⁸.

La conception originnaire britannique refusait la confusion des pouvoirs, tout en donnant la primauté au pouvoir législatif. La conception révolutionnaire française n'est en fait pas si éloignée : si les pouvoirs sont les composantes de la souveraineté et si l'article 3 de la DDHC pose le principe de la souveraineté nationale, l'article 16 de la DDHC interprété au regard de l'article 3 précité implique que « cette séparation des pouvoirs va jouer en faveur avant tout du pouvoir représentant cette volonté nationale, c'est-à-dire le pouvoir législatif »⁹⁹.

27. Toutefois, le mythe de la souveraineté parlementaire a été profondément ébranlé par la V^e République. L'esprit du *Discours de Bayeux*¹⁰⁰ a pris corps dans le texte du 4 octobre 1958 pour faire du pouvoir exécutif un pouvoir fort non soumis au pouvoir législatif, de manière à résoudre l'instabilité ministérielle.

97. M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 48.

98. *Lexique des Termes juridiques, op. cit.*, note 7, p. 503.

99. G. SCOFFONI, « La division horizontale des pouvoirs », dans L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2003, 921 p., p. 327-376, p. 334, § 506.

100. C. de GAULLE, *Discours de Bayeux*, 16 juin 1946, disponible sur le site : <http://www.charles-de-gaulle.org>.

Les manifestations de la rationalisation du pouvoir législatif sont nombreuses : le pouvoir exécutif dispose notamment de privilèges importants au sein de la procédure législative¹⁰¹. En outre, ces prérogatives se renforcent lorsque sont en cause les finances publiques, alors que ce domaine suscita la première manifestation historique de la séparation des pouvoirs au profit du Parlement¹⁰².

Cette relativisation du pouvoir exécutif est telle que le législateur organique profita de la réforme de la « Constitution financière » de l'État pour élargir le droit d'amendement des parlementaires et renforcer les prérogatives du Parlement en matière d'information et de contrôle¹⁰³, jugées jusqu'alors insuffisantes car ayant surtout un caractère formel¹⁰⁴. D'ailleurs, le Conseil avait semblé témoigner d'une certaine sensibilité à l'égard des parlementaires, choqués par un scénario de croissance selon eux trop optimiste conjugué à une sous-estimation des charges publiques, qui violerait le principe de sincérité budgétaire, principe *a priori* profitable aux parlementaires¹⁰⁵. Si le juge constitutionnel ne remet pas en cause la nature de son contrôle de l'erreur manifeste, il estime « cependant, que si, au cours de l'exercice 2003, les grandes lignes de l'équilibre de la loi de finances s'écartaient sensiblement des prévisions, il appartiendrait au Gouvernement de soumettre au Parlement un projet de loi de finances

101. A. ROUX, « La procédure législative », dans L. FAVOREU (dir.), *op. cit.*, note 99, p. 710-724, spéc. p. 721-723, § 1177-1184.

102. À propos des apports de l'histoire constitutionnelle britannique au principe de la séparation des pouvoirs, voir : G. SCOFFONI, *op. cit.* note 99, p. 329-331, § 497-501.

103. E. OLIVA, « Commentaire de la décision n° 2001-448 DC du Conseil constitutionnel », (2002) *RFDC*, p. 152-174 : à propos de l'élargissement du droit d'amendement des parlementaires en matière financière, l'article 47 de la *Loi organique relative aux lois de finances* du 1^{er} août 2001 est plus souple que l'article 42 de l'ordonnance organique n° 59-2 du 2 janvier 1959, portant *loi organique relative aux lois de finances*.

104. M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN et J.-P. LASSAL, *Finances publiques*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 444-450.

105. Le principe de sincérité budgétaire, avant d'être consacré par les articles 32 et 33 de la *Loi organique relative aux lois de finances* du 1^{er} août 2001, fut en effet dégagé par le Conseil constitutionnel sous l'influence des requérants parlementaires : Cons. constit., déc. n° 93-320 DC du 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*, *Rec.*, p. 146; *RJC*, p. I-526.

rectificative »¹⁰⁶. Pourtant, le Conseil constitutionnel ne tire pas les conséquences juridiques de son invitation puisqu'il considère par la suite que « que l'absence de dépôt d'un projet de loi de finances rectificative en temps utile, si critiquable soit-elle, est sans effet sur la constitutionnalité de la loi déferée »¹⁰⁷. Bref, le contrôle parlementaire des finances publiques ne peut avoir pour effet de minorer le pouvoir exécutif, pouvoir essentiel de la V^e République française.

28. Le pouvoir législatif dépend donc beaucoup du pouvoir exécutif, quoique celui-ci soit responsable devant celui-là. Cette responsabilité est néanmoins atténuée « à l'intérieur de l'appareil majoritaire »¹⁰⁸ par le jeu des partis politiques, dont le Général de Gaulle se méfiait¹⁰⁹. Le professeur Pierre Pescatore en déduit d'ailleurs que la séparation des pouvoirs « a fait place, surnoisement, à un directoire politique né de la confusion entre législatif et exécutif », engendrant ce qu'il appelle le « pouvoir politique »¹¹⁰. Or, si les pouvoirs législatif et exécutif se confondent, seul le pouvoir judiciaire est susceptible de constituer un contrepoids efficace et nécessaire au maintien d'un certain équilibre des pouvoirs, essentiel à la garantie des droits individuels.

29. Cette valorisation du juge¹¹¹, consolidant en outre la transformation déjà explicitée¹¹² de « l'autorité judiciaire » de

106. Cons. constit., déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, Rec. p. 583, cons. 7.

107. Cons. constit., déc. n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, Rec., p. 480, cons. 5.

108. P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », (2000) *Commentaire*, p. 339-349, p. 340.

109. C. de GAULLE, *Discours de la place de la République*, 4 septembre 1958, disponible sur le site <http://www.charles-de-gaulle.org> : « On sait, on ne sait que trop, ce qu'il advint de ces espoirs. On sait, on ne sait que trop, qu'une fois le péril passé, tout fut livré et confondu à la discrétion des partis. On sait, on ne sait que trop, quelles en furent les conséquences. A force d'inconsistance et d'instabilité et quelles que pussent être les intentions, souvent la valeur, des hommes, le régime se trouva privé de l'autorité intérieure et de l'assurance extérieure sans lesquelles il ne pouvait agir. Il était inévitable que la paralysie de l'État amenât une grave crise nationale et qu'aussitôt la République fût menacée d'effondrement. »

110. P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *loc. cit.* note 108, p. 339.

111. À propos de « la montée en puissance du juge », voir : R. BADINTER et S. BREYER (dir.), *Les Entretiens de Provence — Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 381 p., p. 17.

112. M. de VILLIERS et T.S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2001, p. 529-531, commentaire sous le titre VIII de la Constitution.

la Constitution de 1958 en réel « pouvoir judiciaire », conduit à s'intéresser aux relations entre les pouvoirs judiciaire et « politique », quitte à les redéfinir pour maintenir l'absence de confusion des pouvoirs.

Si le pouvoir « politique » se fonde sur la primauté de la loi sur le juge, le pouvoir judiciaire existe en ce que ses décisions, fruits de sa réflexion menée en toute indépendance, s'imposent au pouvoir « politique », autrement dit bénéficient de l'autorité de chose jugée.

Face au « poids » qu'est la loi de validation, l'équilibre des pouvoirs implique donc l'existence ou l'élaboration d'un « contrepoids » correspondant. Puisque la loi de validation est susceptible de porter atteinte à l'autorité de chose jugée, le juge doit être en mesure de vérifier que cette atteinte n'est pas trop importante : elle ne doit pas léser le noyau dur de ce principe, dont dépend la pérennité du pouvoir judiciaire. En tout cas, le juge doit être en mesure de prévenir des attaques qui n'auraient pas pour seul effet de faire exception au principe du respect de l'autorité de chose jugée mais de toucher le pouvoir judiciaire de telle manière qu'elles discréditeraient sa parole et à terme son essence.

30. De la même façon, le contrepoids du pouvoir judiciaire ne peut remettre en cause la substance ou le contenu essentiel du pouvoir « politique ». Ainsi chacune de leurs prérogatives doit-elle être encadrée, afin de respecter l'équilibre des pouvoirs et de leurs moyens d'action : d'une part, la loi de validation ne peut porter atteinte à l'autorité de chose jugée ; d'autre part, le contrôle de la loi de validation ne peut faire du pouvoir judiciaire un pouvoir supérieur au pouvoir « politique ».

En effet, si un pouvoir émane d'un principe, notamment celui de la séparation des pouvoirs de l'article 16 de la DDHC pour la France, il ne peut redéfinir ou remettre en cause ce principe dont il procède lui-même, sans porter atteinte à la hiérarchie des normes ou révolutionner le système juridique en cause¹¹³. De ce fait, si la Cour de cassation opérait un contrôle de la loi de validation, soit un contrôle de conventionnalité, de nature à remettre en cause le contrôle

113. O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », dans L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2003, p. 49-111, p. 96-99, § 129 et 130.

de constitutionnalité, elle changerait la portée de l'article 16 de la DDHC et des articles 55 et 61 de la Constitution. Or, une telle révolution, comparable à celle initiée par l'arrêt *Marbury c. Madison* de la Cour suprême des États-Unis de 1803 n'est pas souhaitée et effraie même, *via* le prisme du « gouvernement des juges »¹¹⁴. En revanche, si la Cour de cassation effectue un contrôle de conventionnalité dans le respect de sa mission constitutionnelle, elle participe à la réalisation de l'État de droit, c'est-à-dire, dans une logique kelsénienne, à la réalisation de la hiérarchie des normes et à la promotion de son efficacité.

31. Le contrôle de conventionnalité de la loi de validation doit donc plutôt être conçu comme un contrepois au pouvoir « politique » que comme une menace envers le système hiérarchique de la Constitution de 1958. En effet, il participe à un rééquilibrage des pouvoirs nécessaires au regard des évolutions de la pratique actuelle de la séparation des pouvoirs.

La Cour de cassation choisit ainsi d'exercer son contrôle de la loi de validation dans le respect des principes constitutionnels qu'elle est tenue de respecter. Sa pratique de la séparation des pouvoirs est empreinte de prudence et d'un réel pragmatisme : si elle décidait de mettre en œuvre toute la potentialité de la constitutionnalisation du contentieux des validations législatives, cela risquerait non seulement de remettre en cause le système de justice constitutionnelle français mais également de promouvoir des droits fondamentaux bien imparfaits, tels qu'une sécurité juridique « à double face »¹¹⁵. Conscient qu'elle peut très bien engendrer elle-même le fait générateur de la loi de validation par des revirements de jurisprudence successifs voire intempestifs, la Cour de cassation décide donc de pratiquer avec beaucoup de circonspection le contrôle de conventionnalité des lois de validation. Elle engendre ainsi une évolution de la séparation des pouvoirs profitable aux progrès de la garantie des droits individuels fondamentaux.

114. J. MERLIN, « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général — Rapport sous Cour de cassation, assemblée plénière, 24 janvier 2003 (deux arrêts) », (2003) *Droit social*, p. 373-387, p. 378.

115. *Id.*, p. 383.

CONCLUSION

32. L'article 2 du Code civil français, parce qu'il détermine la compétence du juge judiciaire pour la bonne application de la loi dans le temps, constitue un vecteur efficient de la constitutionnalisation du contentieux judiciaire. Si, en attribuant une seconde nature conventionnelle au contentieux des validations législatives, la CEDH est venue rompre subrepticement l'équilibre du système hiérarchique de la Constitution de 1958 dans son ensemble, le juge ordinaire, en tant que juge de la conventionnalité des lois, tel que le Conseil constitutionnel le lui a prescrit, se retrouve dorénavant enjoint de suivre les positions de la CEDH et donc de contredire le Conseil constitutionnel lui-même. La portée d'un tel contrôle est colossale; il est susceptible de remettre en cause chacun des éléments du système de justice constitutionnelle français : ce dernier procède du modèle européen de justice constitutionnelle, c'est-à-dire qu'un organe spécialisé, le Conseil constitutionnel, est chargé d'effectuer un contrôle des lois, concentré, abstrait, *a priori*, et disposant de l'autorité absolue de la chose jugée. Or, l'approfondissement du contrôle de conventionnalité pourrait faire perdre au Conseil constitutionnel son autonomie.

33. La Cour de cassation n'a toutefois pas voulu remettre en cause le système dont elle tire son existence. Si l'article 2 du Code civil français fonde ce qui est conçu comme un « quasi contrôle de constitutionnalité »¹¹⁶, sa portée doit être comprise au regard des normes constitutionnelles de 1958. Le respect des prescriptions de la Constitution implique un exercice mesuré du contrôle de conventionnalité. Ainsi, la Cour de cassation témoigne par sa prudence de sa conscience du politique constitutionnel et fait preuve d'une grande sagesse : elle choisit d'exercer la compétence conventionnelle non pas au service du système juridique de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* mais dans le respect et pour la promotion du système juridique de la V^e République dont elle procède directement.

116. B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000 », *loc. cit.*, note 31, p. 1203.

Cette circonspection a en outre la vertu de renouveler le débat concernant la séparation des pouvoirs : en effectuant un contrôle effectif des lois de validation inspiré par la sanction *Zielinski*, la Cour de cassation recadre le législateur dans les limites de sa souveraineté. Elle contribue par-là même à sceller sa qualité de véritable « pouvoir judiciaire ».

34. En somme, la jurisprudence européenne des validations législatives aura eu le mérite de pousser le juge judiciaire à clarifier sa position au regard de la Constitution de 1958. Le défi a en effet toujours ceci de vertueux qu'il incite à la remise en question audacieuse. La conscience constitutionnelle du juge judiciaire en ressort aujourd'hui approfondie et l'équilibre du système de justice constitutionnelle français pérenne. La controverse des validations législatives n'en est pour autant pas épuisée et est donc susceptible de retenir l'attention de la doctrine encore longuement.

ANNEXE : Table des abréviations utilisées

| | |
|-------------------------|---|
| <i>AJDA</i> : | Actualité Juridique — Droit Administratif |
| <i>Bull.</i> : | Bulletin de la Cour de cassation française |
| <i>CA</i> : | Cour d'appel de l'ordre judiciaire français |
| <i>CEDH</i> : | Cour européenne des Droits de l'Homme |
| <i>cons.</i> | Considérant, soit une sorte de paragraphe pour le juge constitutionnel français |
| <i>Cons. constit.</i> : | Conseil constitutionnel français |
| <i>D.</i> : | Recueil Dalloz |
| <i>DDHC</i> : | Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 |
| <i>déc.</i> : | Décision |
| <i>JORF</i> : | Journal Officiel de la République Française |
| <i>LPA</i> : | Les Petites Affiches |
| <i>PUAM</i> : | Presses Universitaires d'Aix-Marseille |
| <i>RDP</i> : | Revue de Droit Public |
| <i>Rec.</i> : | Recueil des décisions ou arrêts du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ou du Conseil d'État français, <i>selon le contexte</i> |
| <i>req.</i> : | Requête déposée devant un juge |
| <i>RJC</i> : | Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle |

| | |
|-------------------|---|
| <i>RFDA</i> : | Revue Française de Droit Administratif |
| <i>RFDC</i> : | Revue Française de Droit Constitutionnel |
| <i>RFSP</i> : | Revue Française de Science Politique |
| <i>RIDC</i> : | Revue Internationale de Droit Comparé |
| <i>RTD civ.</i> : | Revue Trimestrielle de Droit civil |
| <i>RTDH</i> : | Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme |
| <i>TGI</i> : | Tribunal de Grande Instance |

Émilie Déal
GERJC
Institut Louis Favoreu
3 avenue Robert Schuman
13628 AIX-en-PROVENCE Cedex 1
Tél. : 33 6 82 19 02 04
Télec. : 33 4 42 17 29 61
deal_emilie@yahoo.fr