

## **NOTE sous Tribunal Suprême, 9 décembre 1948, Sieur L. <sup>[1]</sup>.**

MARCEL MERLE,

*Chargé de cours à la Faculté de Droit de Caen.*

La décision ci-dessus rapportée ne saurait manquer de retenir l'attention de la doctrine française.

Le Tribunal suprême de Monaco, institué par la Constitution monégasque du 5 janvier 1911 (V. J.-M. Crovetto, *Le Tribunal suprême de Monaco*, thèse, Paris, 1937) se trouve, en effet, depuis que la tourmente de la seconde guerre mondiale a balayé les institutions similaires en Autriche et en Tchécoslovaquie, le seul tribunal en Europe à juger des atteintes aux droits individuels garantis par la Constitution. A ce seul titre, sa jurisprudence mérite un examen attentif.

Mais la décision qu'il a rendue dans l'affaire L. présente un intérêt très particulier. Le cas qui était soumis au Tribunal suprême rentre, en effet, dans la catégorie de ceux qui sont normalement soumis au Conseil d'État français par la voie du recours pour excès de pouvoir. Abstraction faite des détails de l'affaire, qui ne nous intéressent pas ici, il s'agissait de juger de la validité d'une ordonnance souveraine du prince de Monaco révoquant un fonctionnaire préalablement mis à la retraite et le privant de ses droits à pension. Or, la solution du Tribunal suprême, statuant en matière constitutionnelle, diffère sensiblement de celle traditionnellement formulée par la jurisprudence française.

La confrontation de ces deux solutions nous permettra d'apprécier ensuite, sur un plan plus général, les mérites respectifs des deux voies de recours, administrative et constitutionnelle, au regard de la protection des droits individuels.

I. - Un fonctionnaire ayant été admis, de gré ou de force, à faire valoir ses droits à la retraite, peut-il faire ultérieurement l'objet d'une mesure de révocation ?

A cette question, la jurisprudence administrative française apporte une réponse catégorique, fondée sur un argument de simple bon sens : le but essentiel de la révocation étant de faire sortir un fonctionnaire du service, cette sanction est inapplicable à un individu qui se trouve déjà exclu du service par suite de sa mise à la retraite. Le Conseil d'État a fait application de cette idée dans une décision récente dont les termes sont tout à fait explicites : " La sanction de la révocation... n'est pas applicable à un agent qui a cessé, par suite de son admission à la retraite, d'appartenir aux cadres de l'Administration et à qui ne saurait, par suite, être infligée une sanction ayant pour objet de l'exclure des cadres " (Cons. d'État 3 mai 1946, *Truitard* : S. 1947, 3, 31).

Cela ne signifie pas, il convient de bien le remarquer, que l'Administration soit privée de toute sanction à l'égard d'un fonctionnaire retraité dont on viendrait par exemple à découvrir tardivement des fautes graves passibles de mesures disciplinaires. Mais il s'agit alors de sanctions d'un caractère spécial, au

---

<sup>1</sup> Cette note a été initialement publiée au *Recueil Sirey*, 1950, partie 2, p. 49.

demeurant prévues par les lois sur les pensions (L. 20 sept. 1948, art. 48 : S. Lois annotées de 1948, p. 93) et qui consistent exclusivement en une déchéance du droit à pension. La révocation demeure, par définition, une sanction exclusivement applicable aux fonctionnaires en activité.

Le requérant n'avait pas manqué de soulever ce moyen d'annulation, qui semble parfaitement fondé au regard du statut des fonctionnaires monégasques, largement inspiré de la législation française. Cependant, le Tribunal suprême a complètement négligé cette argumentation - dont il n'est même pas fait mention dans l'arrêt - et il a prononcé l'annulation sur des motifs très différents qui soulèvent des points de droit assez délicats.

II. - Le Tribunal suprême de Monaco a jugé que la privation injustifiée du droit à pension constitue une atteinte au droit de propriété garanti par l'[article 9 de la Constitution](#) monégasque, ainsi conçu : " La propriété est inviolable. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité " (rédaction calquée sur celle de l'article 17 de la Déclaration française des droits de 1789). Pour en arriver à cette conclusion, le Tribunal suprême est nécessairement amené à considérer le droit à pension comme un droit patrimonial, autrement dit à reconnaître au fonctionnaire un véritable droit de propriété sur sa pension de retraite.

C'est là une notion qui surprend au premier abord et qui va nous contraindre à préciser la nature et la portée du droit qu'un fonctionnaire détient sur sa pension de retraite.

Le Conseil d'État définit la pension de retraite comme " le prolongement, après la cessation régulière d'activité, du traitement versé au fonctionnaire, en contrepartie du service par lui accompli " (Cons. d'État 16 mai 1944, Fauret : Rec. des arrêts du Cons. d'État, p. 140). Il en suit que les droits du fonctionnaire sur sa pension seront de même nature que ceux dont il jouit à l'égard de son traitement.

Ces droits sont d'une nature complexe.

a) Il est généralement admis que le fonctionnaire se trouve vis-à-vis de sa pension et de son traitement dans une situation légale et réglementaire. C'est la thèse du législateur qui décide, sans faire d'exception pour les traitements et pensions, que " le fonctionnaire est vis-à-vis de l'Administration dans une situation légale et réglementaire " (L. 19 oct. 1946, art. 5). C'est également l'opinion de la grande majorité de la doctrine. Le professeur Jèze écrit par exemple : " La pension n'a aucun caractère contractuel. Le régime juridique, dans tous ses détails, est fixé par la loi et par des règlements d'administration publique " (Princ. gén. du dr. adm., t. 2, p. 815). Il résulte de ce caractère " objectif " du traitement et des pensions que les fonctionnaires ne peuvent invoquer aucun droit acquis pour s'opposer à la modification législative ou réglementaire du régime de leur traitement ou pension. Le Conseil d'État l'a rappelé notamment dans un arrêt Colonel Josué : " Les règles de liquidation des pensions peuvent être à tout moment modifiées par des lois... " (Cons. d'État 27 avril 1945 : S. 1945, 3, 60, et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement J. Donnedieu de Vabres).

Si l'on s'en tient à ces conclusions, la thèse du Tribunal suprême sur la propriété du droit à pension est évidemment dépourvue de tout fondement. Tel semble bien être l'avis d'une partie de la doctrine, notamment du doyen Bonnard (*Précis de dr. admin.* 1940, p. 507), du professeur Rolland (*Précis de dr. admin.*, p. 108) et du professeur de Laubadère (*Man. de dr. admin.* 1947, p. 255-256) qui dénie ou hésitent à reconnaître au fonctionnaire un droit personnel sur sa pension.

b) Il semble, cependant, que l'analyse qui vient d'être résumée demeure incomplète. Sans doute, le régime des traitements et pensions est-il fixé unilatéralement par le législateur ; mais ce caractère légal ou réglementaire ne concerne que les modalités d'exécution des traitements et pensions. Indépendamment de ce régime légal, le fonctionnaire en situation régulière - c'est-à-dire le fonctionnaire en activité qui a accompli son service, conformément à l'article 10 du décret du 31 mai 1862, ou le fonctionnaire qui a fait l'objet d'une décision de mise à la retraite - a un véritable droit personnel à la liquidation de son traitement ou de sa pension tels qu'ils ont été fixés par les lois et règlements en vigueur. Ce point a été particulièrement mis en lumière par le professeur Jèze : " Lorsque les conditions légales sont remplies, et que le chef de service a prononcé régulièrement la mise à la retraite, le fonctionnaire a une créance proprement dite ; il est dans une situation juridique individuelle " (*op. cit.*, t. 2, p. 826). La jurisprudence confirme entièrement ce point de vue en admettant depuis longtemps et de façon très large (cf. le célèbre arrêt Lafage, Cons. d'État 8 mars 1912 : S. 1913, 3, I, et la note de M. Hauriou), les recours contentieux formés par les fonctionnaires pour faire valoir le droit subjectif qu'ils détiennent à l'égard de l'Administration en vue d'obtenir la liquidation de leur traitement ou pension.

On peut donc valablement conclure que si le régime des pensions, comme celui des traitements, est exclusivement déterminé par le législateur, le droit d'un fonctionnaire sur sa pension s'analyse en un droit subjectif, plus précisément en un droit de créance, qui peut être exercé contre l'Administration.

On ne voit alors aucune raison de refuser au droit à pension le caractère d'un droit patrimonial, puisque, d'après les définitions extensives de la doctrine contemporaine, le patrimoine est " l'ensemble des droits et des obligations qui ont une valeur économique " (Ripert et Boulanger, *Tr. élém. de dr. civ.* de Marcel Planiol, 1948, t. 1er, p. 826). La privation abusive de ce droit peut donc être considérée comme une atteinte au droit de propriété, à condition de préciser toutefois qu'il ne s'agit pas, comme l'a montré l'analyse juridique précédente, de la propriété de la pension elle-même, mais de la propriété du droit de créance que confère au fonctionnaire l'attribution d'un titre de pension régulier.

3° La thèse du Tribunal suprême pourrait même être renforcée, s'il en était besoin, par des arguments tirés du régime actuel des pensions.

On sait, en effet, que la pension de retraite n'est pas seulement la contrepartie des services rendus à l'État, mais aussi, dans une certaine mesure, la contrepartie des retenues qui ont été effectuées pendant toute sa carrière, sur le traitement du fonctionnaire. On peut valablement considérer que les sommes ainsi versées contribuent à fonder le droit de propriété du fonctionnaire sur les arrrages de sa pension.

D'autre part, le droit à pension n'est plus aussi étroitement personnel qu'il l'a été. Il tend à devenir transmissible par voie successorale, puisque l'article 16 de la loi monégasque du 20 janvier 1928 prévoit la réversibilité intégrale de la pension sur la tête du conjoint survivant et des enfants mineurs et que l'article 32, § 1, de la loi française du 20 septembre 1948 (S. Lois annotées de 1948, p. 1593, et le commentaire de MM. Carcelle et Mas) contient une disposition identique dans son principe (réversibilité limitée à 50 p. 100 sur la tête de la veuve). Les lois qui prévoient ainsi le transfert de ce droit de créance à l'encontre de l'État en reconnaissent par là même l'existence.

Tous ces arguments viennent confirmer le caractère patrimonial du droit à pension, qui ressort déjà suffisamment de l'analyse des rapports entre le fonctionnaire et la puissance publique. La thèse du Tribunal suprême, selon laquelle la privation irrégulière de la pension de retraite constitue une atteinte à la propriété privée garantie par la Constitution, est donc parfaitement cohérente et compatible avec les principes généraux du droit de la fonction publique.

III. - Mais un point essentiel demeure à élucider : pourquoi le Tribunal suprême a-t-il écarté la solution traditionnelle de la juridiction française pour prononcer l'annulation sur un motif beaucoup plus délicat qui ne manquera pas de soulever des controverses doctrinales ?

Nous n'avons malheureusement pas ici pour nous guider l'équivalent des précieuses conclusions d'un commissaire du gouvernement ; il semble toutefois qu'on puisse trouver à la décision du tribunal deux séries d'explications qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre :

Le choix effectué par le Tribunal suprême entre les deux solutions possibles peut tout d'abord s'expliquer par des motifs d'ordre pratique. En décidant d'annuler l'ordonnance princière pour atteinte à la propriété privée, le tribunal monégasque a donné au litige une solution complète et définitive : solution complète en ce sens qu'il a tranché à la fois la question de droit (validité de la révocation d'un fonctionnaire préalablement mis à la retraite) et la question de fait (opportunité de la mesure disciplinaire prise à l'encontre du demandeur) ; solution définitive, en ce sens que les termes de l'annulation comportent non seulement la censure de la mesure administrative attaquée, mais encore la reconnaissance d'un droit auquel il ne saurait être de nouveau porté atteinte. La solution de la jurisprudence administrative française, au contraire, n'aurait conduit qu'à l'annulation de la mesure de révocation, sans préjudice des sanctions ultérieures qui auraient pu être renouvelées, légalement cette fois, contre le demandeur.

Mais cet argument en faveur du choix du tribunal n'est pas décisif : on sait, en effet, que, dans la pratique, le Conseil d'État est souvent amené à juger en fait, spécialement en matière disciplinaire. Le Tribunal suprême aurait donc pu, sans sortir du cadre du premier moyen d'annulation invoqué, glisser du contrôle de l'erreur de droit à celui de l'erreur de fait et aboutir à un résultat pratique identique à celui qu'il a obtenu.

C'est sur un plan différent, celui de la différenciation des fonctions contentieuses, qu'il faut chercher en définitive la raison essentielle de la thèse adoptée par le Tribunal suprême : le tribunal monégasque, statuant en matière constitutionnelle, ne devait pas, ne pouvait pas trancher le litige sous l'angle du droit

administratif. Il se trouvait tenu ici par la règle de partage des compétences qui lui imposait de se cantonner strictement sur le plan de la défense des droits individuels garantis par la Constitution. L'examen de la jurisprudence antérieure du Tribunal suprême (V. Crovetto, op. cit.) fait ressortir la préoccupation constante de cette juridiction d'écarter toute requête exclusivement fondée sur un moyen de droit administratif. Un arrêt antérieur du Tribunal suprême de Monaco du 13 avril 1931 (S. 1932, 4, I, et la note de M. Bonnard) (I) déclare par exemple " qu'il n'appartient pas au Tribunal suprême, dans l'état actuel des textes qui le concernent, de statuer sur le bien-fondé d'une mesure disciplinaire ". Ici même, le tribunal a bien pris soin de préciser qu'il prononçait l'annulation " sans avoir à rechercher si les règles administratives concernant la privation de la pension ont été légalement observées en l'espèce ".

Cette formule traduit bien le souci du tribunal de demeurer dans les limites de sa compétence et elle suffit à expliquer, à nos yeux, comment les auteurs de la décision ont été amenés à rechercher la solution du litige sur le plan de la violation des droits individuels - et par là-même à donner une définition nouvelle du droit à pension.

Les deux remarques par lesquelles nous venons d'essayer de reconstituer la méthode de raisonnement du Tribunal suprême n'ont nullement pour objet de diminuer l'intérêt de sa thèse sur la propriété du droit à pension. Mais elles montrent comment et pourquoi les problèmes se posent différemment à une juridiction constitutionnelle et à une juridiction administrative. L'examen de ces difficultés va nous permettre maintenant de tirer des conclusions d'ordre plus général sur les mérites respectifs des deux systèmes contentieux.

L'exemple qui vient d'être analysé montre que la protection des droits individuels peut être assurée, selon le système en vigueur, par une juridiction constitutionnelle ou par une juridiction administrative. Il n'est pas indifférent de confronter et d'apprécier ces deux méthodes, surtout en l'état actuel de notre droit public qui comporte une affirmation renouvelée des droits publics individuels.

I. - Les traits distinctifs des deux contentieux - administratif et constitutionnel - résultent de la différence des fonctions assumées par chacun des deux ordres de juridiction.

La juridiction administrative a essentiellement pour tâche de trancher les litiges, quels qu'ils soient, nés du fonctionnement de l'Administration. Elle est dans une large mesure le prolongement de cette Administration elle-même dont elle assure le contrôle ou la défense et où elle n'exerce qu'une tâche plus spécialisée parmi les autres : celle de juger. C'est ce qu'exprime la vieille formule d' " Administration contentieuse " par opposition à l'Administration " active ". De façon plus précise, la fonction du recours pour excès de pouvoir, qui nous intéresse spécialement ici, est de protéger les administrés contre toute atteinte portée par l'Administration au principe de légalité qui veut que tout acte administratif émane d'une autorité compétente et soit conforme à la lettre et à l'esprit de la loi.

La juridiction constitutionnelle, du type de celle qui fonctionne à Monaco, est au contraire complètement indépendante de l'Administration. Son rôle est exclusivement d'assurer la défense des droits individuels garantis par la Constitution à l'encontre des empiétements de tous les organes de l'État. C'est une

mission à la fois beaucoup plus élevée, puisqu'il s'agit de la garantie des normes supérieures dans l'État, et plus limitée, puisque la compétence de cette juridiction est strictement définie par la liste des droits inscrits dans la Constitution.

De la distinction des tâches assignées dans l'État à ces deux juridictions, résultent les différences suivantes :

Quant au domaine des deux actions.

Le domaine d'exercice du recours pour excès de pouvoir s'étend en principe à tous ceux des actes de l'Administration susceptibles de faire grief aux administrés - mais à eux seuls. La compétence du juge constitutionnel, au moins dans la conception monégasque, s'étend indistinctement aux décisions de tous les organes de l'État susceptibles de porter atteinte aux droits individuels.

Le domaine du recours en inconstitutionnalité semble donc plus vaste que celui du recours pour excès de pouvoir ; mais il se trouve restreint, d'autre part, au point de vue matériel, par l'énumération limitative des droits dont un particulier peut invoquer la violation.

Quant aux pouvoirs du juge.

Le juge de l'excès de pouvoir ne juge en principe que de la légalité des actes. Son contrôle ne porte donc que sur l'acte attaqué et ne peut s'exercer que sur la conformité de cet acte avec la lettre et l'esprit de la loi. Le juge constitutionnel a pour mission de rechercher si tel droit garanti par la Constitution a été violé par les pouvoirs publics. Son examen ne portera donc pas seulement sur la légalité, matérielle ou formelle, de l'acte attaqué, mais sur sa conformité avec un principe supérieur inscrit dans la Constitution. Ses pouvoirs d'investigation pourront donc s'étendre de la légalité jusqu'à l'opportunité et sa liberté d'appréciation sera beaucoup plus large que celle du juge de l'excès de pouvoir.

Quant aux effets de la décision.

C'est ici qu'apparaissent les différences les plus importantes entre les deux systèmes contentieux. Sans doute, dans les deux cas, le juge va statuer uniquement par voie d'annulation. Mais les deux décisions d'annulation n'auront pas la même portée.

L'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir a gardé, dans une large mesure, son aspect originel de contrôle hiérarchique exercé sur l'Administration : en rétablissant la légalité, le juge administratif censure en premier lieu un abus commis par l'Administration. C'est seulement de façon indirecte, par le contenu de chacune de ses décisions, mais surtout par la répétition de sa jurisprudence, que le juge de l'excès de pouvoir assure la défense des droits individuels. Encore s'agit-il d'une défense limitée, puisque le seul droit véritablement garanti par une juridiction administrative est le droit de chacun au respect de la loi - quel que soit le contenu de cette loi - par l'Administration.

Au contraire, la décision du juge constitutionnel est entièrement tournée vers la garantie des droits individuels. D'abord, elle assurera au requérant qui triomphe dans son action une sécurité plus grande

que l'annulation pour excès de pouvoir, puisque l'intéressé se voit reconnaître un droit supérieur à toute autorité légale ; en second lieu, chaque décision contribuera à la définition et à l'interprétation des droits inscrits dans la Constitution : une jurisprudence libérale pourra ainsi s'élaborer, qui renforcera la défense des droits individuels ; enfin, la décision du juge constitutionnel pourra servir à cantonner l'Administration - ou le législateur - dans sa tâche en sanctionnant ceux de ses abus qui portent atteinte aux droits individuels : ce qui était la fonction essentielle du recours pour excès de pouvoir n'est plus ici qu'une fonction secondaire dérivée.

On pourrait résumer ces différences en soulignant que le recours pour excès de pouvoir exerce une fonction plutôt négative, en ce sens qu'il a principalement pour objet de rétablir la légalité troublée par un acte administratif, alors que le recours porté devant une juridiction constitutionnelle exerce une fonction positive, dans la mesure où il aboutit sur le plan individuel à la reconnaissance d'un droit et sur le plan général à la définition et à l'interprétation des garanties constitutionnelles.

Il ne faudrait pas, cependant, pousser trop loin le contraste entre ces deux voies de recours. On sait que la définition des droits individuels est extensible et peut contribuer à accroître le domaine du recours en inconstitutionnalité ; que le Conseil d'État, dans l'examen du recours pour excès de pouvoir, ne recule pas systématiquement devant l'examen de la matérialité des faits ; que le libéralisme de la jurisprudence administrative française aboutit enfin à un système de défense très efficace des droits individuels.

Mais, il n'en reste pas moins que ces deux contentieux se développent sur des plans différents et que la protection des droits individuels par une juridiction statuant en matière constitutionnelle semble constituer, en raison des larges pouvoirs du juge et de la portée de ses décisions, un mécanisme plus perfectionné que notre vieux système du recours pour excès de pouvoir.

On pourrait donc être tenté de conclure - de lege ferenda - que dans un système comme le nôtre, qui revient à la tradition révolutionnaire de la proclamation des droits individuels, l'instauration d'une juridiction constitutionnelle marquerait un progrès appréciable de la technique juridique en faveur de la défense de ces droits.

II. - Une telle innovation n'irait pas toutefois sans rencontrer de sérieux obstacles. Il ne suffit pas, en effet, de concevoir le meilleur système théorique ; il faut encore envisager l'insertion des réformes souhaitables dans le cadre des traditions politiques et des institutions juridiques en vigueur. A ce point de vue, l'introduction en droit français d'une protection juridictionnelle des droits individuels semble se heurter à deux obstacles importants :

La première difficulté provient de ce que la protection des droits individuels par une juridiction statuant en matière constitutionnelle implique, exige même, un certain contrôle de la constitutionnalité des lois. Tel est d'ailleurs le cas à Monaco où la compétence du tribunal suprême s'étend aux actes du pouvoir législatif.

C'est la logique du système : puisque les droits individuels sont affirmés dans la Constitution, norme fondamentale de l'État, ils doivent s'imposer à tous les organes de l'État, y compris le législateur. C'est

aussi la condition de l'efficacité - on pourrait même dire de l'effectivité - d'un contrôle juridictionnel : un organe qui prétend assurer la défense des droits individuels serait rapidement paralysé si ces droits pouvaient être impunément violés par le législateur lui-même.

Or, on sait que la tradition politique française, systématiquement défiante à l'égard du juge et aveuglée par la prétendue souveraineté du législateur, s'est toujours refusée à admettre le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. C'est là sans doute une des lacunes les plus graves de notre système juridique, mais il ne semble pas, pour des raisons trop connues pour qu'il soit besoin d'y revenir, que cette brèche dans le principe de légalité soit sur le point d'être comblée.

L'instauration d'une juridiction constitutionnelle se heurte ici à un obstacle majeur.

Supposons cependant cette grave difficulté résolue et le principe admis d'un contrôle juridictionnel de la conformité des lois aux articles de la Constitution garantissant les droits individuels. L'introduction en France d'un tel régime ne nous paraît pas pour autant facilement réalisable, ni même opportune.

Il faut tenir compte, en effet, de ce que la méthode de protection des droits individuels par le contrôle de constitutionnalité apparaît solidaire d'un système contentieux fondamentalement différent du nôtre, dans son principe comme dans son fonctionnement :

a) Il est tout à fait significatif d'observer que les pays où s'est imposé le contrôle de constitutionnalité sont souvent ceux où le droit administratif - au sens où nous l'entendons en France - est demeuré à un stade d'évolution très inférieur. Tel est le cas dans la principauté de Monaco, mais tel est aussi le cas aux États-unis.

Sans doute faut-il imputer cet état de choses à l'absence de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire qui a favorisé en France l'apparition et le développement d'un droit administratif autonome. Mais on peut également remarquer que le contentieux constitutionnel, là où il fonctionne, a été amené à prendre une grande partie de la place qu'occupe en France le contentieux administratif.

Dans la mesure où les litiges relatifs à la protection des droits individuels ont pu être résolus par référence aux garanties constitutionnelles, la nécessité d'un contrôle juridictionnel de l'Administration ne s'est pas fait sentir. Les particuliers ont pu, en effet, soit attaquer directement les actes de l'Administration devant la juridiction constitutionnelle, comme les y autorise la constitution du tribunal suprême de Monaco, soit exciper devant le juge de droit commun de l'inconstitutionnalité des lois que l'Administration prétend leur appliquer, comme les y invite la jurisprudence des Cours américaines. On sait, d'ailleurs, quelles larges assises ont réussi à donner aux droits individuels des citoyens américains l'interprétation extensive des cinquième et quatorzième amendements par la Cour suprême et l'application de la notion de " due process of law " (cf. E. Lambert, Quatre années de contrôle de la constitutionnalité des lois aux États-unis, Mélanges Hauriou). Les juridictions statuant en matière constitutionnelle ont donc réussi, par le truchement de la protection des droits individuels, à



monopoliser le contentieux de droit public et à paralyser le développement d'un droit administratif autonome.

On pourrait observer parallèlement la même cohérence dans le système français : l'absence d'une juridiction spécialisée dans la défense des garanties constitutionnelles, l'institution de tribunaux administratifs ont conduit à assurer la protection des droits individuels au moyen du contrôle de la légalité des actes administratifs. La lente évolution du recours pour excès de pouvoir en est la meilleure démonstration (cf. Landon, *Le recours pour excès de pouvoir avant 1872*, thèse, Paris 1942). C'est ici le contentieux administratif qui, favorisé par les circonstances historiques, a accaparé à son profit tous les litiges opposant les particuliers à la puissance publique.

Les deux systèmes contentieux - administratif et constitutionnel - s'alimentent donc en partie à la même source : la protection des droits individuels ; mais chacun d'eux capte cette source à son profit exclusif, dans la direction imposée par les conditions historiques et la tradition politique de chaque État. La cohabitation de ces deux contentieux à l'intérieur d'un même ordre juridique semble donc difficilement réalisable ;

b) Les difficultés pratiques qui ne manqueraient pas de surgir sont en effet faciles à prévoir et confirment les indications qu'on peut tirer de l'histoire et du droit comparé.

- S'agit-il d'un tribunal constitutionnel du type de celui qui fonctionne à Monaco - c'est-à-dire d'une juridiction qui assure la protection des droits individuels contre tous les actes - législatifs, réglementaires ou individuels - de la puissance publique ?

Dans la mesure où ce contrôle va porter sur les actes administratifs, une concurrence immédiate risque de s'établir entre cette voie de recours et le recours pour excès de pouvoir, puisque la majorité des abus de pouvoir de l'Administration peut s'analyser en une violation des droits individuels (l'affaire ci-dessus en est la meilleure démonstration). Des conflits de compétence vont fatalement surgir, dont la solution sera d'autant plus délicate qu'il paraît difficile de subordonner la juridiction constitutionnelle à l'autorité d'un organe d'arbitrage, politique ou juridictionnel. Dans ces conditions, ou bien l'une des deux juridictions, plus libérale ou plus accessible, parviendra à drainer tout le contentieux des droits publics aux dépens de l'autre, ou bien la répartition des compétences s'effectuera de façon arbitraire, en fonction de la seule formule de présentation de la requête.

- S'agit-il, comme aux États-unis, d'un contrôle par voie d'exception, limité à la vérification par le juge de la conformité des lois à la Constitution (ou simplement à la Déclaration des droits) ?

Il semble, a priori, que cette méthode puisse se combiner avec le contrôle juridictionnel de l'Administration.

Cependant, les objections ne manquent pas. E. Lambert (" *Le gouvernement des juges* "), et le doyen Duez (" *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France* ", Mélanges Hauriou) ont signalé les graves répercussions de ce système dans l'ordre constitutionnel, spécialement au point de

vue de l'équilibre des pouvoirs. Mais la simple mise en oeuvre du principe de l'exception d'inconstitutionnalité dans le système français soulèverait de graves problèmes.

Si le jeu de l'exception d'inconstitutionnalité se combine facilement avec l'unicité de droit et de juridiction qui est de règle aux États-unis, il s'accommoderait sans doute moins bien du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Pourrait-on admettre les deux ordres de juridiction à vérifier la constitutionnalité des lois ?

Devant les juridictions répressives, aucune difficulté : l'exception d'inconstitutionnalité jouerait dans les mêmes conditions que l'exception d'illégalité devant les tribunaux de simple police. Devant les autres juridictions judiciaires, rien ne s'oppose non plus à ce que soit admise l'exception d'inconstitutionnalité au cours d'un procès entre deux particuliers.

Mais l'exception d'inconstitutionnalité pourrait-elle jouer également devant les tribunaux administratifs ? Il semble que la fonction traditionnelle de la justice administrative, et la manière dont elle est saisie au moyen du recours pour excès de pouvoir, lui interdisent de juger de la validité des lois. L'intervention du juge administratif, sur recours d'un administré, présuppose en effet la validité de la loi, puisque le recours est fondé sur la violation, par un acte administratif, d'une loi dont le requérant prétend faire assurer le respect. Admettre le juge administratif à vérifier la constitutionnalité des lois, en même temps que la régularité de leurs mesures d'application, équivaldrait à le faire sortir complètement de son rôle traditionnel. Au surplus, l'attribution du pouvoir de contrôle de constitutionnalité aux deux ordres de juridictions risquerait, en l'absence d'une Cour suprême, d'aboutir à des divergences de jurisprudence très fâcheuses quant au contenu des droits individuels et quant à la validité des lois.

Mais si l'on refuse cette attribution redoutable aux tribunaux administratifs, les administrés risquent, alors de se trouver sans moyen de défense contre les mesures administratives prises en application d'une loi inconstitutionnelle, puisque la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire interdit en principe aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs. Il ne leur resterait qu'un moyen de défense - mais singulièrement périlleux - celui de la résistance à la loi, qui amènerait l'administré devant la juridiction répressive où il pourrait enfin soulever l'exception d'inconstitutionnalité.

On pourrait toutefois imaginer une solution transactionnelle, à la fois plus pratique et plus conforme aux principes généraux du contentieux français : les tribunaux judiciaires étant traditionnellement considérés comme les défenseurs des libertés publiques, les tribunaux administratifs devant lesquels on a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi pour atteinte aux droits individuels pourraient surseoir à statuer et renvoyer aux tribunaux judiciaires la solution de cette question préjudicielle. Ce serait la réplique, en sens inverse, du recours sur renvoi des tribunaux judiciaires.

Mais une telle solution, en consacrant le monopole de la défense des droits individuels au profit des tribunaux judiciaires, aurait l'inconvénient de rompre l'équilibre, si difficilement assuré par le Tribunal des conflits, entre les deux ordres de juridictions. Le caractère spectaculaire et, il faut bien le reconnaître, l'efficacité supérieure du contrôle de constitutionnalité, auraient sans doute bientôt fait de reléguer à

l'arrière plan la solution des difficultés proprement administratives. A travers l'acte administratif, porté devant la juridiction administrative, le plaideur cherchera tout naturellement à atteindre la loi elle-même et le juge administratif n'apparaîtra plus que comme un intermédiaire nécessaire dans la procédure qui conduit au contrôle de constitutionnalité. Il n'est pas certain que les juridictions administratives et le droit qu'elles ont élaboré puissent résister longtemps à la force attractive d'un contentieux constitutionnel qui leur ferait une redoutable concurrence - surtout dans une période où les excès du législateur sont plus à craindre encore que ceux de l'Administration.

Le mieux est quelquefois l'ennemi du bien. Peut-être n'aurait-on pas intérêt à solliciter une innovation qui, pour satisfaisante qu'elle paraisse à l'esprit, risque de bouleverser les principes fondamentaux de notre droit public en dissociant les éléments d'un droit administratif dont l'unité n'est peut-être pas aussi cohérente qu'on l'affirme trop souvent, mais dont les avantages pratiques ne sont plus à démontrer. Si la protection des droits individuels avait échappé à nos tribunaux administratifs, peut-être n'auraient-ils pas eu l'autorité suffisante pour proclamer le principe de la responsabilité de la puissance publique. L'exemple des États-unis, où ce principe fondamental n'a pas encore été admis, permet de mesurer par comparaison les effets d'un système contentieux exclusivement centré sur le contrôle de constitutionnalité.

Il n'en reste pas moins qu'il demeure dans notre système de légalité une brèche profonde qu'aucun argument ne saurait justifier. C'est une anomalie lourde de conséquence que le législateur puisse pratiquement restreindre ou supprimer les droits que l'autorité constituante a pris soin d'inscrire dans la Constitution.

Si l'on parvenait à triompher de la prévention traditionnelle contre le principe même du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, il semble que la meilleure méthode soit encore la plus agressive, mais aussi la plus lourde à manier : celle du contrôle par voie d'action devant une juridiction spéciale. Il ne s'agit pas de prétendre que ce soit la procédure théoriquement idéale. Duguit en a parfaitement analysé les risques et les inconvénients (Tr. de dr. constit., t. 3, p. 665) ; mais ce serait sans doute la seule méthode de contrôle qui puisse s'adapter facilement à nos institutions. Elle aurait l'avantage de laisser intact notre système contentieux et de limiter les effets d'un contrôle de constitutionnalité qui menace d'être envahissant. La protection des droits individuels affirmés par la Constitution pourrait être ainsi assurée simultanément contre les abus de l'Administration par le moyen du recours pour excès de pouvoir et contre les abus du législateur par la procédure du recours en inconstitutionnalité.

Nous voilà bien loin, semble-t-il, de l'affaire L. et de la propriété du droit à pension. En réalité, c'est souvent l'étude des institutions étrangères qui nous permet de mieux comprendre et de mieux apprécier le fonctionnement des nôtres.