

LE JUGE ET LES LIBERTES

Gaston Jèze n'a pas écrit d'ouvrage ou de partie d'ouvrage sur les libertés publiques à l'instar de ses collègues de l'époque, Duguit, Esmein ou Hauriou. Il a présenté à la session de 1928 de l'Institut international de droit public un rapport sur « les libertés individuelles » (1) et annoté abondamment à la *Revue du Droit public* pendant un demi-siècle, de 1904 à 1944, les arrêts du Conseil d'Etat. Ces notes ont été reprises, pour certaines, dans ses « principes généraux ». Ainsi il est clair, dès l'abord, que son intérêt se porte essentiellement, moins sur les libertés, que sur le contrôle juridictionnel de l'administration.

Dans cette première moitié du xx^e siècle est posée la question du contrôle de la constitutionnalité des lois. Jèze s'oppose à Duguit et en reste à une position qu'on pourrait qualifier de classique ou « dix-neuviémiste ». Le pouvoir législatif est le protecteur des libertés individuelles. Il ne doit pas être lui-même soumis au contrôle d'un juge. C'est la thèse qu'il défend dans son rapport sur les libertés individuelles.

Mais l'essentiel de son activité doctrinale n'est pas là. Il est dans ses notes sous les arrêts du Conseil d'Etat. Là encore, on pourrait penser à priori qu'il exprime une position classique : le juge contrôle l'application de la loi par l'administration et cela semble une suite normale de la primauté de la loi. Mais Jèze admet que l'administration viole la loi libérale, quand le « besoin » en existe, le besoin en ordre. Cela n'est toujours pas vraiment contraire à la doctrine libérale classique, qui intègre quasiment l'ordre public dans la définition de la liberté. Toutefois, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui donne cette portée juridique particulière à la notion d'ordre public.

Jèze se situe, dans cette première moitié du xx^e siècle, comme un des artisans doctrinaux de la promotion du Conseil d'Etat. Il fait du Conseil d'Etat le protecteur des libertés. Un glissement s'opère alors, de façon presque imperceptible. Le Conseil d'Etat protège les

(1) « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 162 ; ce rapport est aussi intitulé « la signification juridique des libertés publiques », dans le compte rendu de la discussion dont il fait l'objet à l'institut (p. 202).

libertés, parce qu'il oblige l'administration à respecter la loi, source des libertés. Mais, aussi bien, il permettra à l'administration de s'affranchir du respect de la loi, sous son contrôle. C'est alors le juge lui-même qui définit les limites des libertés et qui détient ainsi un pouvoir initial.

C'est ce pouvoir du juge administratif, éventuellement contre la loi, que s'attache à expliquer et justifier Jèze, dans cette période qui voit l'apogée du Conseil d'Etat. Son œuvre est donc représentative de la doctrine administrativiste.

I. — L'OPPOSITION A UN JUGE CONSTITUTIONNEL

En théorie générale les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois, lorsqu'ils s'inscrivent dans un système de séparation de la loi constitutionnelle et de la loi ordinaire (2). Un tel contrôle est plus particulièrement organisé dans les Etats fédéraux, pour assurer la prépondérance de la Constitution et les lois des Etats particuliers. Il n'a pas pour objet direct de protéger les libertés individuelles (3).

Cependant, en droit français, une telle compétence n'existe pas. Jèze ne se limite pas à cette analyse du droit positif. Il exprime sa défiance à l'égard des juges et présente la défense du pouvoir législatif.

A. — L'analyse du droit positif

Jèze distingue le contrôle de constitutionnalité extrinsèque, contrôle des « conditions requises pour la confection de la loi », qui peut être exercé en droit positif français, du contrôle intrinsèque, qui ne peut l'être (4). La loi des 16-24 août 1790, reprise par la Constitution de 1791, s'oppose à un contrôle de la constitutionnalité des lois.

La jurisprudence s'y refuse. Contrairement à ce que soutient Hauriou sous l'arrêt Winkell, le Conseil d'Etat ne contrôle pas la constitutionnalité des lois. Cela est confirmé en 1936 par l'arrêt Arrighi (5).

De toutes façons, un tel contrôle n'aurait pas grand intérêt pour deux raisons. La première est le caractère limité des dispositions de

(2) « L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie », *R.D.P.*, 1912, p. 138.

(3) « Rapport sur les libertés individuelles », *Loc. cit.*

(4) « Le contrôle juridictionnel des lois », *R.D.P.*, 1924, p. 399.

(5) Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, C.E., 6 novembre 1936, ARRIGHI, COUDERT, *R.D.P.*, 1936, p. 670.

la Constitution de 1875. Toutefois, Jèze estime que le Président de la République, gardien de la Constitution, aurait dû refuser de promulguer la loi du 22 mars 1924, qui délégua au gouvernement, de façon générale, la compétence législative pour réaliser des économies (6). Jèze était contemporain de Carl Schmitt. La seconde raison est qu'il n'y a pas de principes constitutionnels intemporels, comme le soutiennent Hauriou, Duguit, Rolland. L'admission de tels principes ouvrirait la porte à l'arbitraire et donnerait le pouvoir aux juges, dont Jèze se défie.

B. — Défiance à l'égard des juges

Jèze envisage les deux sortes de juridictions possibles : une juridiction spéciale, les juridictions de droit commun.

Une proposition de loi, en 1912, avait porté sur l'institution d'une juridiction spéciale, chargée de statuer sur l'inconstitutionnalité des lois. Pour Jèze, « cela dépasserait les pouvoirs *logiques, naturels* du juge » (7). Jèze invoque contre le principe d'une juridiction spéciale la question de son indépendance et de son impartialité et l'expérience du Sénat conservateur.

Jèze admet d'envisager, à titre prospectif, le principe du contrôle de constitutionnalité par les juridictions de droit commun : « si jamais le contrôle juridictionnel des lois s'établit en France, ce sera, sans doute, *sous la forme indirecte de l'exception d'inconstitutionnalité* ». « Cette forme de contrôle juridictionnel est, en effet, moins agressive pour les chambres législatives, que la forme du *recours direct en annulation*. Elle sera plus facilement tolérée » (8).

Mais il y est hostile. D'abord il considère que les tribunaux français sont trop marqués par une tradition de dépendance à l'égard du gouvernement : « les tribunaux français à l'exception du Conseil d'Etat ne sont pas préparés à exercer ce contrôle... Il y a aussi une tradition séculaire de prosternation envers le Gouvernement, tradition qui est très défavorable à l'organisation d'un contrôle *juridictionnel* quelconque » (9).

Ensuite, il met en avant leur caractère de classe : « Ce serait le gouvernement des juges, ou plutôt le gouvernement d'une Cour suprême, d'un corps inamovible et irresponsable, suspect, par ses origines et le milieu social où il est recruté, de se poser en défenseur des privilèges des classes possédantes » (10).

Il étend sa défiance aux juristes en général : « L'aptitude et l'habileté des légistes à justifier toutes les solutions est un phéno-

(6) « Le contrôle juridictionnel des lois », *loc. cit.*

(7) « L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie », *loc. cit.*

(8) « Le contrôle juridictionnel des lois », *loc. cit.*

(9) *Ibid.*

(10) « Le contrôle juridictionnel des lois », *loc. cit.*

mène historique universel et bien connu. L'opération se ferait en deux temps : les légistes commenceraient par affirmer l'existence d'un principe soi-disant fondamental, auquel ils attacheraient du même coup le caractère constitutionnel ; 2° ils inviteraient ensuite les tribunaux à écarter la loi qui leur déplairait, sous prétexte qu'elle porte à ce principe une atteinte très grave ou même le fait disparaître ».

Il répond ainsi à Hauriou, qu'il cite en note, pour qui « il y a une deuxième Bastille à démolir qui est la croyance en la souveraineté du Parlement ».

En réponse à Duguit, qui veut faire du juriste un « Directeur de conscience », qui établit des règles de droit supérieures au législateur et à Berthelémy, pour qui « les Parlements sont incapables de voter des textes satisfaisants : il faut réduire leur rôle à émettre des opinions, le soin de rédiger les textes nécessaires devant être confiés à de plus compétents qu'eux » (11), Jèze estime qu'« il faut se défier de l'esprit conservateur des juges et même des juristes... il est dangereux de leur confier la mission de dire le droit en matière politique » (12).

Qui formulera la règle de droit : « le professeur ? C'est un homme aimant les abstractions, innocent, inoffensif. Le juge ? Il n'est pas qualifié pour cela. Reste le Parlement où tous les intérêts sont représentés : il faut s'en tenir à lui » (13).

Donc Jèze défend le pouvoir législatif.

C. — Défense du pouvoir législatif

Cette défense repose plus ou moins sur l'idée de légitimité démocratique. Pour Jèze, la garantie essentielle des libertés individuelles est l'intervention du pouvoir législatif, pour deux motifs. En premier lieu, elle signifie le respect d'une certaine procédure, qui entraîne automatiquement une grande protection des libertés individuelles essentiellement des « débats pleinement contradictoires et une large publicité » (14). En second lieu le Parlement représente « l'opinion moyenne » (15).

Pour autant, Jèze n'adhère pas aux thèses de Rousseau et considère la démocratie plutôt comme un pis-aller que comme un idéal : « les gouvernants dans une démocratie parlementaire sont

(11) Discussion du rapport de M. Gaston Jèze sur « La signification juridique des libertés publiques » *loc. cit.*

(12) Discussion du rapport de M. Kelsen sur « La garantie juridictionnelle de la Constitution » (la justice constitutionnelle), *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 193.

(13) Discussion du rapport Jèze, *loc. cit.*

(14) « Les libertés individuelles », *loc. cit.*, p. 175.

(15) Discussion sur le rapport Jèze, *loc. cit.*

moins mauvais que les gouvernants autoritaires » (16). Il critique aussi bien les gouvernés (« on a comparé la foule à une rosse rétive. Au moment même où le gouvernement compte sur elle, elle se couche à terre et roule son cavalier avec elle ») (17) que les députés, « dont la présence au Parlement est assez souvent un véritable défi au bon sens ou même à la morale » (18), les sénateurs, « élus par de tous petits collègues électoraux, sur lesquels, pendant de longues années, se sont exercées la pression, la corruption et l'intrigue » (19) et les ministres, qui « sont des députés et sénateurs influents » (20).

Seul, peut-être, le Conseil d'Etat échappera à l'acidité des critiques de Jèze.

II. — LA PROMOTION DU CONSEIL D'ETAT

Le contrôle juridictionnel de l'administration exercé par le Conseil d'Etat, par le moyen du recours pour excès de pouvoir, est excellent. S'il doit être étendu ou accéléré, il ne doit pas gêner excessivement l'action administrative.

A. — Le recours pour excès de pouvoir protège les libertés

Le contrôle juridictionnel est la garantie la plus efficace pour la défense des libertés contre les atteintes des autorités publiques. Jèze écarte le droit à l'insurrection qui n'est pas un recours juridique, et le droit de pétition, dénué de valeur pratique. Pour constituer cette garantie, il faut que le recours en justice soit facile, rapide et peu coûteux (21).

L'*habeas corpus* n'est plus un modèle. Les tribunaux l'ont interprété de manière restrictive et ne vérifient que la régularité des formes.

Le recours efficace est le recours pour excès de pouvoir, « merveilleuse création des juristes » (22). « D'une manière générale, le Conseil d'Etat juge très bien ; peu de tribunaux au monde rivalisent avec notre haut tribunal administratif pour l'impartialité de ses décisions et la prudente hardiesse de ses innovations » (23).

(16) « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », *R.D.P.*, 1927, p. 165.

(17) *Ibid.*, p. 171.

(18) *Ibid.*, p. 167.

(19) « Le dogme de la volonté nationale », *loc. cit.*, p. 169.

(20) *Ibid.*

(21) « Les libertés individuelles », *loc. cit.*

(22) *Ibid.*, p. 180.

(23) « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence », *R.D.P.*, 1914, p. 311.

Ce contrôle doit être étendu au maximum. Il faut limiter le champ d'application de la théorie des actes de gouvernement et lui préférer la théorie des pouvoirs de guerre (pour les mesures de police, prises au cours d'une guerre nationale contre les étrangers), qui a « l'avantage d'introduire le contrôle juridictionnel, sans cependant toucher à la liberté d'action *légitime* du gouvernement » (24).

Le principe de l'intervention du Conseil d'Etat importe plus que l'affinement du contrôle. La seule critique essentielle que Jèze adresse au contrôle du Conseil d'Etat est sa lenteur. Il faut parfois l'accélérer. En période de guerre il faut un contrôle juridictionnel dans les quinze jours sur les expulsions de nationaux d'une partie du territoire (25). En matière de liberté, « il serait à désirer que le Conseil d'Etat statue plus rapidement qu'il ne le fait... la censure du Conseil d'Etat est platonique parce qu'elle est tardive » (26). C'est la seule critique adressée à un arrêt, qui se situe dans la lignée de la jurisprudence Benjamin.

En effet, Jèze admet une relation variable entre la loi et le Conseil d'Etat.

B. — Le Conseil d'Etat pour écarter la loi libérale

On assiste à une sorte d'interversion de la théorie libérale. Jèze est, à priori, on l'a vu, tenant de l'orthodoxie libérale, selon laquelle la loi détermine le contenu et les limites des libertés individuelles et le juge veille à l'application de cette loi. La loi et la liberté sont placées au-dessus du juge.

La pratique, justifiée par Jèze, aboutit à un résultat qui peut être inverse : au nom de l'ordre, le juge écarte la loi libérale. Le juge et l'ordre sont placés au-dessus de la loi.

L'hypothèse symétrique — une interprétation restrictive de la loi répressive — n'est pas soutenue.

Un premier cas, dans lequel le Conseil d'Etat écarte l'application d'une loi est celui du droit à communication du dossier, prévu par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, en cas de grève. Pourtant, dans sa note sous l'arrêt Winkell (27), Jèze refuse l'interprétation d'Hauriou, qui y voit l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois, par le Conseil d'Etat, la censure d'une « contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'Etat, dont on peut bien dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la Constitution écrite » (28). Pour Jèze, au contraire, le

(24) « Théorie des pouvoirs de guerre et théorie des actes de gouvernement », *R.D.P.*, 1924, p. 572.

(25) « L'étendue des pouvoirs de police de l'administration en temps de guerre », *C.E.*, 9 janvier 1920, *MUSART, R.D.P.*, 1920, p. 88.

(26) *C.E.*, 5 février 1937, *BIJADOUX, R.D.P.*, 1937, p. 331.

(27) Conséquences d'une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique, *C.E.*, 7 août 1909, *WINKEL, ROSIER, R.D.P.*, 1909, p. 494.

(28) *S.* 1909, III, 145.

juge doit chercher dans la loi seule, la solution : « on ne peut aller contre le texte de la loi ». Il considère donc que le Conseil d'Etat a cherché à interpréter l'intention du législateur, mais conclue : « cette argumentation est séduisante. Je ne l'approuve, ni ne la désapprouve », encore que sa dernière phrase soit : « dans le doute, la garantie s'applique ».

En 1937, ses doutes ont disparu. Annotant l'arrêt *Dlle Minaire*, il estime qu'en cas de révocation immédiate, il n'y a pas de problème. Il n'y a pas lieu à communication, « sans qu'il y ait à observer aucune des garanties *même établies par la loi* » (29).

L'arrêt Benjamin n'est pas annoté par Jèze, alors que, dans sa note au Sirey, Mestre s'inquiétait de ce que s'insinue dans notre droit « une sorte de Notrecht » et une « violation caractérisée de la loi de 1881 qui a établi, de la manière la plus minutieuse, le statut légal de la réunion publique. Tout en sanctionnant la violation d'une liberté, l'arrêt Benjamin peut donc être versé au dossier de la crise du libéralisme » (30).

Effectivement, le rapporteur à la Chambre de la loi du 30 juin 1881, Naquet, avait précisé : la loi « ne prescrit pas d'énoncer dans la déclaration l'objet de la réunion et n'autorise aucun ajournement, aucune interdiction des réunions sous prétexte des nécessités d'ordre public ».

Jèze annoté l'arrêt Bijadoux, qui se situe dans la lignée de la jurisprudence Benjamin (31). Non seulement, il considère qu'il est certainement possible d'interdire une réunion privée, mais que « le juge devra se montrer discret dans son contrôle. Dans le doute il n'annulera pas l'interdiction ».

Jèze suit le même raisonnement à l'égard de la liberté de la presse, dans sa note sous l'arrêt « Action française » du Tribunal des conflits (32) : « un préfet a le droit de saisir, afin d'empêcher les troubles de se développer sur la voie publique, malgré la liberté de la presse ».

Les circonstances exceptionnelles rendent légitime l'augmentation des pouvoirs de police de l'administration. Dans l'arrêt Dol et Laurent, « le Conseil d'Etat a déclaré formellement que l'étendue des pouvoirs de police était plus grande en temps de guerre qu'en temps de paix... La liberté individuelle, la liberté du commerce et de l'industrie, etc., doivent s'incliner devant l'intérêt général de la Défense nationale » (33).

(29) « La grève dans les services publics », C.E., 22 octobre 1937, D¹⁰ MINAIRE et autres, *R.D.P.*, 1938, p. 121.

(30) S. 1934, III, 1.

(31) *Loc. cit.*

(32) « Compétence des tribunaux judiciaires en matière de saisie de journaux », T.C., 8 avril 1935, Action française, *R.D.P.*, 1935, p. 309.

(33) « Pouvoirs de l'administration en temps de guerre », C.E., 28 février 1919, DOL et LAURENT, *R.D.P.*, 1919, p. 340.

Le Conseil d'Etat doit exercer un contrôle limité. Le point de savoir si l'article supprimé est « de nature à exciter ou à entretenir le désordre » est une appréciation de fait qui ne rentre pas dans la compétence du Conseil d'Etat (34). De même, à l'égard des pouvoirs spéciaux accordés au gouvernement en temps de crise, le Conseil d'Etat a raison de ne pas contrôler l'opportunité des mesures de police (35).

Si Jèze justifie par les nécessités de l'ordre public l'interprétation restrictive, voire contraire, de la loi libérale, il ne pense pas possible une interprétation restrictive de la loi répressive. Il trouve normal que le Conseil d'Etat ne soit « pas disposé, par des interprétations restrictives, à atténuer les pouvoirs de l'autorité gouvernementale » (36). Il annote, en 1944, deux arrêts du 4 avril 1942, sur « la définition légale du juif au sens des incapacités légales », en les approuvant sans réserve.

On peut justifier cette position par sa cohérence avec la doctrine générale de Jèze, qui refuse un contrôle de la constitutionnalité des lois. Néanmoins des éléments ébranlent cette certitude de cohérence. D'abord, on a vu que Jèze admettait que le Conseil d'Etat écarte l'application d'une loi libérale. Ensuite, sous un arrêt Savary, en 1904, il avait considéré que la Déclaration des droits de 1789 était applicable et devait être appliquée par le Conseil d'Etat, en l'espèce, dans son article 6, selon lequel tous les citoyens sont admissibles aux fonctions publiques : « les seuls motifs de préférence admis par le droit public moderne français sont les talents et les vertus » (37).

Ensuite encore, Jèze n'avait pas une révérence pour le pouvoir législatif, mais le considérait pour des raisons pratiques ; il était caractérisé par le débat contradictoire et la publicité. Les lois de Vichy, au sens formel, n'étaient pas des lois parlementaires et des auteurs ont douté de la valeur juridique de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, fondement des lois suivantes (38). Il était possible de considérer les lois comme des décrets-lois, susceptibles d'un contrôle de constitutionnalité par le juge (39). Pour Jèze, la Déclaration des droits formulait de véritables règles juridiques, comme le principe de l'égalité des citoyens devant les lois et règlements, qui s'imposaient à l'administration (40).

Jèze salua, la même année, l'application d'un principe général du droit par le Conseil d'Etat : le principe du débat contradictoire

(34) C.E., 6 août 1915, DELMOTTE, *R.D.P.*, 1915, p. 710.

(35) « Contrôle de l'opportunité des mesures de police », *R.D.P.*, 1944, p. 72.

(36) Note sous DELMOTTE, *loc. cit.*

(37) « Sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires publics », C.E., 18 mars 1904, SAVARY, *R.D.P.*, 1904, p. 517.

(38) G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *R.D.P.*, 1944, p. 45.

(39) Cf. note R.E. CHARLIER, sous C.E., 22 mars 1944, VINCENT, S. 1945, III, 53.

(40) Valeur juridique des « Déclarations des droits » et des « Garanties des droits », C.E., 9 mai 1913, ROUBEAU, *R.D.P.*, 1913, p. 685.

pour toute mesure disciplinaire. Ainsi « la garantie du contrôle juridictionnel est assurée aux administrés par la jurisprudence contre les abus de pouvoir » (41).

Jèze aura ainsi connu une jurisprudence, dont le développement, après la seconde guerre mondiale, devait parfaire l'image d'un Conseil d'Etat protecteur des libertés. Lorsque Jèze s'opposait à l'idée d'un juge constitutionnel, il ne pouvait savoir que, précisément, par suite du statut de protecteur des libertés individuelles, attribué au Conseil d'Etat, ce juge constitutionnel devrait se situer par rapport au Conseil d'Etat. Mais son débat avec Duguit annonçait le débat contemporain sur la légitimité d'une juridiction constitutionnelle spéciale.

Arlette HEYMANN-DOAT,

Professeur à l'Université de Paris XI.

(41) C.E., 5 mai 1944, TROMPIER-GRAVIER, retrait d'une autorisation d'occupation de gérance d'un kiosque sur la voie publique, *R.D.P.*, 1944, p. 256.